



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.720831/2012-50
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9202-010.183 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 25 de novembro de 2021
Recorrentes BUNDY REFRIGERAÇÃO BRASIL INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA E FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Exercício: 2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de Recurso Especial de Divergência quando não resta demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

CTN. OBSERVÂNCIA DE NORMAS COMPLEMENTARES PELO SUJEITO PASSIVO. INCIDÊNCIA DE MULTA E JUROS DE MORA. CONDIÇÕES.

O art. 100, parágrafo único do CTN, que prevê a exclusão de multa e juros de mora, nos casos de observância pelo contribuinte, na apuração do tributo devido, de normas complementares, posteriormente modificadas ou revogadas, não se aplica no caso de apuração do custo de aquisição, para o cálculo do ganho de capital de não residente, com base no valor do investimento registrado no Banco Central, nos termos do art. 26, § 4º, I, da Instrução Normativa RFB, 208, de 2002, quando o custo de aquisição poderia ter sido apurado com base no custo efetivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial do Contribuinte, vencido o conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci, que conheceu. Acordam ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, em dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mario Pereira de Pinho Filho, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Joao Victor Ribeiro Aldinucci,

Mauricio Nogueira Righetti, Marcelo Milton da Silva Risso, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em exercício).

Relatório

Cuida-se de Recursos Especiais interpostos por BUNDY REFRIGERAÇÃO BRASIL INDUSTRIAL E COMÉRCIO LTDA. e pela FAZENDA NACIONAL contra o Acórdão nº 1201-003.316, proferido na sessão de 12 de novembro de 2021, que deu provimento parcial ao recurso voluntário, nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado em conhecer do recurso voluntário para, no mérito por voto de qualidade, dar-lhe parcial provimento no sentido manter a exigência, porém excluir a multa de ofício e os juros de mora. Vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Alexandre Evaristo Pinto e Barbara Melo Carneiro, que davam provimento integral ao recurso. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto.

A decisão foi assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Exercício: 2007

GANHO DE CAPITAL AUFERIDO POR EMPRESA DOMICILIADA NO EXTERIOR. CRITÉRIO DE APURAÇÃO DO CUSTO.

A Fonte Pagadora deve envidar esforços no sentido de identificar o custo de aquisição das participações societárias em empresas no Brasil adquiridas de residente no exterior, ou o seu valor mais próximo, quando o declarado pelo beneficiário ao Banco Central não merecer fé. Na hipótese de a Fiscalização chegar a um valor do custo mais condizente com a realidade, este é o que deve ser tomado como base para a apuração do ganho de capital.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007

NORMAS COMPLEMENTARES.

Afastam-se a multa de ofício e os acréscimo moratórios quando comprovado que a Recorrente se pautou em Normas Complementares nos termos do art. 100 do CTN.

O recurso da Procuradoria visa rediscutir a seguinte matéria: **afastamento da multa de ofício e dos acréscimos moratórios.**

Em exame preliminar de admissibilidade, a presidente da Câmara de origem deu seguimento ao apelo.

Em suas razões recursais a Fazenda Nacional aduz, em síntese, que o lançamento não se baseou estritamente na interpretação do art. 26, §4º, inciso I, da IN SRF nº 208/2002, no qual o autuado diz que amparou suas decisões; que a aplicação do art. 100, do CTN está adstrita àqueles casos em que a conduta do contribuinte está amparada em atos genéricos e abstratos da Administração, de forma a impedir a aplicação retroativa de critérios jurídicos supervenientes a fatos geradores passados; que a dispensa da exigência de penalidades e demais consectários justifica-se apenas pelo fato de o contribuinte ter cumprido a lei tal como interpretada pela Administração Tributária, o que não seria o caso.

A contribuinte apresentou contrarrazões nas quais afirma que observou à época o comando do art. 26 da IN RFB nº 208/02, segundo o qual o IRRF seria apurado com base na diferença entre o valor alienado e o custo de aquisição das quotas, sendo que este último, na impossibilidade de comprovação do custo efetivo, poderia ser determinado com base no valor dos registros no BACEN; que a BRUS Brasil somente tinha como elemento objetivo para apuração do IRRF, os valores registrados no BACEN, não dispondo de outras informações de custos incorridos por empresas independentes e que estão no exterior. Na sequência a contribuinte questiona o custo apurado pela fiscalização e conclui que não haveria como desqualificar o procedimento adotado pela empresa, devendo ser aplicado ao caso o art. 100 do CTN.

O Recurso Especial da contribuinte visava rediscutir as seguintes matérias: 1) **A legislação da época - o art. 26 da IN SRF nº 208/02 - conferia a prerrogativa de se utilizar o valor registro no Bacen como base de cálculo para apuração dos ganhos de capital na alienação de bens por não-residente;** e 2) Afronta ao conceito de lançamento, tendo em vista tratar-se de procedimento administrativo para constituir o crédito tributário e, como tal, deve ser realizado com base em pressupostos exatos. Em exame preliminar de admissibilidade, contudo, a presidente da Câmara de origem deu seguimento apenas em relação à primeira matéria, e somente quanto ao paradigma **Acórdão nº 2402-006.884**.

Em suas razões recursais sobre a matéria devolvida para a apreciação deste colegiado a contribuinte aduz, em síntese, que a fiscalização ao apurar o custo de aquisição simplesmente aplicou proporcionalmente o percentual de quotas canceladas na cisão; que incorre em outro erro conceitual ao deixar de considerar em seus cálculos a correta proporção do patrimônio originado pelo investimento da TI AUTOMÓVEIS na TI BRASIL; que a fiscalização erra ao ignorar a porcentagem das quotas canceladas e vertidas, pois soma aos cálculos valores de origem contábil; que pelo TVF a fiscalização abate do valor do custo prejuízos acumulados e lucros do exercício, distorcendo a quantidade de quotas que foram efetivamente vendidas; que a fiscalização adota nesse tocante, o mesmo critério de custo aplicável a pessoas jurídicas brasileiras, criando uma verdadeira “equivalência patrimonial”; que embora essa questão tenha sido trazida em sede de impugnação e de Recurso Voluntário, a decisão recorrida afirma que a Recorrente não impugnou os cálculos da Fiscalização. Na sequência, a contribuinte pede que seja declarada a nulidade quanto à base de cálculo; que os cálculos realizados pela contribuinte se basearam em elementos legalmente aceitos; que não há no processo administrativo indício de manipulação de dados ou suspeita de que os valores constantes dos registros do Bacen tenham sido manipulados; que embora se trate de um registro declarativo o RDE/IED tem natureza oficial nos termos da Lei nº 4.131, de 1962 e das Leis nºs 9.069 e 11.371, de 2006; que a recorrente tomou por base para aferição do custo 100% do valor do capital registrado no Banco Central; que a legislação conferia à fiscalização três possíveis soluções: (i) determinação do custo de aquisição real; (ii) Utilização dos valores registrados no Banco Central; (iii) na falta de elementos, indicar valor zero.; que, portanto, não houve previsão legal para o arbitramento realizado pela fiscalização o qual foi construído por analogia; que se os valores registrados no Banco Central não eram fidedignos, deveria a Fiscalização ter considerado valor zero;; que se os dados do DRE/IED não eram confiáveis, a fiscalização também não poderia tê-los utilizado.

A Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões nas quais defende a manutenção do recorrido com base, em síntese, nos seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, Relator.

Antes de proceder à análise dos recursos, faço breve resumo dos fatos.

A autuação que inaugurou o processo exigiu da **BUNDY REFRIGERAÇÃO BRASIL INDUSTRIAL E COMÉRCIO LTDA**, ora recorrente, na condição de substituta tributária, imposto de renda na fonte, incidente sobre ganho de capital de residentes no exterior, em operação que será resumida a seguir.

Trata-se do ganho de capital na alienação, em 07/03/2007, das participações societárias de **TI AUTOMOTIVE HOLDINGS LIMITED** (domiciliada na Inglaterra) e **TI AUTOMOTIVE, LLC** (domiciliada nos Estados Unidos da América) da totalidade das quotas do capital social da **BUNDY BRASIL** para **BRUS REFRIGERAÇÃO HOLDINGS DO BRASIL LTDA**, ou apenas **BRUS BRASIL**, competindo a esta última, na qualidade de substituta tributária, a retenção e recolhimento do imposto sobre o Ganho de Capital na operação. Como a **BRUS BRASIL** foi posteriormente incorporada pela **BUNDY BRASIL** (incorporação reversa), o lançamento foi feito contra esta, agora, também, na qualidade de sucessora. A **BUNDY BRASIL** não recolheu imposto de renda na fonte e quando intimada a justificar, alegou que não teria ocorrido ganho de capital; que o custo de aquisição considerado foi o valor do investimento registrado no Banco Central, na monta de R\$ 11.547.536,32, superior ao valor de alienação. A fiscalização apurou o custo de aquisição das participações societárias alienadas, mediante procedimento que será adiante resumido, tendo chegado a um custo de aquisição de US\$ 3.073.381,54.

A **BUNDY BRASIL** foi constituída em 27/03/2006, com capital de R\$ 5,00, tendo como sócios duas empresas domiciliadas no exterior: **TI AUTOMOTIVE HOLDINGS LIMITED** (da Inglaterra) e **TI AUTOMOTIVE, LLC** (dos Estados Unidos da América). Em 1º/11/2006, a **BUNDY BRASIL** incorporou patrimônio vertido por **TI BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, empresa que havia sofrido cisão parcial e tinha como sócios as mesmas **TI AUTOMOTIVE HOLDINGS LIMITED** e **TI AUTOMOTIVE LLC**. O patrimônio vertido pela **TI BRASIL** teve o valor de R\$ 5.644.262,43, do que resultou o aumento do capital social da **BUNDY BRASIL** (incorporadora) de R\$ 5,00 para R\$ 5.644.263,00 (sic), mediante a emissão de 5.644.258 novas quotas com valor nominal de R\$ 1,00 cada. Após este evento, o capital social da **BUNDY BRASIL** ficou assim constituído: **TI AUTOMOTIVE HOLDINGS LIMITED**, com 5.644.262 quotas no valor nominal de R\$ 1,00 cada, integralizadas com os ativos e passivos vertidos a partir da **TI BRASIL**; e **TI AUTOMOTIVE LLC**, com 1 quota no valor nominal de R\$ 1,00. Por sua vez, a fiscalização constatou que a participação societária da **TI AUTOMOTIVE HOLDING LIMITED** na **TI BRASIL** teve origem em dois eventos: (i) 15.003.065 quotas foram transferidas da empresa francesa **TISA** para a **TI AUTOMOTIVE HOLDINGS LIMITED** em 02/07/2001, a fim de “refletir transação ocorrida no exterior” e (ii) 84.024.096 quotas foram integralizadas em 09/09/2003, como resultado da conversão em capital de créditos no valor total de US\$ 28.755.680,00 correspondentes a empréstimos concedidos à **TI BRASIL**. A fiscalização concluiu, após diligências, não ser possível apurar o custo dessa participação societária, tendo procedido, então, conforme o art. 26, § 4º, da Instrução Normativa SRF nº 208/2002, ou seja, considerou como custo de aquisição o valor registrado no Banco

Central. Por esse método chegou-se ao custo de aquisição das 15.003.065 quotas transferidas da TISA para a TI AUTOMOTIVE HOLDINGS LIMITED em US\$ 25.166.028,44. Quanto ao custo da parcela correspondente às 84.024.096 quotas integralizadas em 09/09/2003, a fiscalização chegou ao valor de US\$ 28.755.680,00, correspondente à conversão em capital de empréstimo concedido pela TI AUTOMÓVEIS. Assim, o custo de aquisição da TI BRASIL, antes da cisão ocorrida em novembro de 2006 foi de US\$ 53.921.708,14. Como a constituição do capital da BUNDY BRASIL se deu com a transferência das ações da TI BRASIL, chegando-se a um custo de aquisição de 3.073.381,54, apurando-se, então, ganho de capital de R\$ US\$ 5.092.687,51, valor que, após conversão em reais, resultou num ganho de capital de **R\$ 10.752.191,14**.

Passo, então, à análise dos recursos especiais, começando pelo da contribuinte, o qual, a depender do seu desfecho, pode resultar em prejudicialidade do recurso da Procuradoria, o que não acontece em sentido contrário.

O recurso foi interposto tempestivamente. Quanto aos demais pressupostos de admissibilidade, examino detidamente a questão. É que, do cotejo entre os acórdãos recorrido e paradigma, não identifiquei a necessária similitude fática, o que passo a demonstrar.

O acórdão recorrido validou o procedimento de apuração do custo de aquisição, acima reproduzido e rejeitou a alegação feita pelo contribuinte em sede de recurso voluntário de que o método correto de apuração seria a utilização do valor do investimento registrado no Banco Central.

O cerne da controvérsia cinge-se à apuração do custo de aquisição de participações societárias no Brasil detidas por empresas domiciliadas no exterior. A sucedida pela Recorrente tomou por base informações do capital registrado pelas beneficiárias no Banco Central. Já a fiscalização procedeu a diligências e chegou a outro valor, para o qual também precisou recorrer a outras informações de capital registrado no Banco Central.

Primeiramente, deve-se ter por certo que o ganho de capital auferido por não residentes no Brasil só têm como ser apurado se forem aplicados os critérios de tributação de pessoas físicas. A este respeito dispõe, inclusive, o art. 26 da IN SRF nº 208/2002:

Art. 26. A alienação de bens e direitos situados no Brasil realizada por não-residente está sujeita à tributação definitiva sob a forma de ganho de capital, **segundo as normas aplicáveis às pessoas físicas residentes no Brasil**.

Assim, o custo de aquisição de participações societárias no Brasil por uma pessoa jurídica domiciliada no exterior deve ser calculado seguindo as mesmas regras aplicadas às pessoas físicas residentes.

Os cálculos referentes à tributação do ganho de capital das pessoas físicas na alienação de participações societárias encontra-se melhor detalhado na IN SRF 81/2001, a qual dispõe, em seu art. 16, §3º, que “para efeito de apuração de ganho de capital na alienação de participações societárias, o custo de aquisição das ações ou quotas é apurado pela média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses títulos”.

Esta média ponderada das cotas deverá, oportunamente, ser convertida para moeda nacional. Embora o custo para o adquirente no exterior tenha se dado em moeda estrangeira, este deve ser convertido para moeda nacional, da mesma forma que uma pessoa física que apura ganho de capital no Brasil por alienar participações adquiridas no exterior.

Assim, perfeitamente cabível a aplicação do art. 24 da MP 2.158-35/2001 pela Fiscalização, o qual trata da tributação do ganho de capital por pessoas físicas referente a alienação de bens e direitos em moeda estrangeira. Deve-se, portanto, afastar a

alegação de impropriedade no critério aplicado pela Fiscalização quanto à observância deste dispositivo legal.

Em seguida, deve-se reconhecer a correção nos cálculos e métodos aplicados pela Fiscalização, os quais, inclusive, não foram impugnados em si pela Recorrente. Com base nestes, é possível dizer que o custo da participação societária em dólares da beneficiária estrangeira neste processo pode ser dado pela fórmula a seguir:

[...]

Para chegar ao valor de operação com a TISA, a fiscalização teve acesso, no curso de diligência na TI Brasil, a documento com a informação do capital registrado no Banco Central no valor de U\$ 25.166.026,14.

A primeira questão a ser enfrentada diz respeito ao fato de a fiscalização ter desconsiderado, a princípio, informação registrada no Banco Central para, no curso de suas diligências, acabar por recorrer a esta mesma fonte para ter chegado ao valor acima de U\$ 25.166.026,14.

Não há contradição no critério adotado pela fiscalização. Na verdade, ao assim proceder, chegou a Fiscalização a uma melhor aproximação do resultado do que o apurado pela Recorrente. Senão vejamos.

A Recorrente tomou por base 100% do valor no capital registrado no Banco Central. Já a fiscalização precisou recorrer a apenas um pequeno percentual desta fonte de informações para chegar ao resultado do custo de aquisição.

Isto se confirma também quando, para se chegar ao custo declarado pela Recorrente de U\$ 11.547.536,32, dever-se-ia admitir que a operação havida entre a TISA e a beneficiária, declarada no Banco Central como no valor de U\$ 25.166.026,14, teria sido na realidade de quase U\$ 174 milhões. Ou seja, o valor adotado pela Recorrente pressupõe que a operação com a TISA teria sido quase sete vezes o declarado ao Banco Central.

Já as diligências da fiscalização apontam para o fato de que o valor declarado no Banco Central adotado pela Recorrente teria sido majorado de U\$ 3.073.381,54 para U\$ 11.547.536,32, ou seja, pouco mais de 3,5 vezes.

Trata-se, portanto, de uma aproximação, a qual se deve reconhecer como de melhor representação da realidade. É bom ressaltar, nestes casos não é possível de fato se chegar a um valor preciso, por esta razão devem ser admitidas aproximações do gênero. Do contrário, outra solução não haveria senão isentar os não-residentes da tributação do ganho de capital na alienação de participações societárias no Brasil.

Ou seja, deve-se exigir um esforço maior dos residentes no sentido de, em operações deste tipo com não-residentes, descubram qual o verdadeiro custo da participação societária – ou o mais próximo do real – caso este beneficiário estrangeiro simplesmente informe perda de capital com base em declaração por ele mesmo prestada ao Banco Central. E acaso não seja possível comprovar este valor, deve-se assumir como zero o custo de aquisição.

Como se vê, o Acórdão Recorrido reconheceu que o ganho de capital foi apurado pela Fiscalização segundo o critérios previsto para as pessoas físicas, admitiu como correto o cálculo realizado pela fiscalização que considerou apenas uma parcela do valor do investimento realizado no Banco Central e, em momento algum, afirmou, ou mesmo sugeriu que a fiscalização tenha apurado o ganho de capital por aferição indireta.

Dito isso, passo à análise do paradigma e para tanto, reproduzo trecho do seu voto condutor:

Considerando os fundamentos da decisão recorrida, com os quais estou de pleno acordo, peço vênha para os reproduzir, adotando-os como razões de decidir:

"O cerne da questão é o custo considerado pela impugnante na apuração do ganho de capital da Famodo, para fins de incidência de IRRF, decorrente da alienação da participação societária, pela empresa situada no exterior (Países Baixos), das pessoas jurídicas Mabesa Ltda. e Mabesa SA, domiciliadas no Brasil.

A fiscalização discordou do valor do custo apurado pela defendente, concluindo que ela deveria ter considerado, para esse fim, o método de equivalência patrimonial, o que resultaria em custo de aquisição igual a zero, em razão do Patrimônio Líquido negativo das pessoas jurídicas adquiridas.

Para o deslinde da controvérsia, cumpre trazer à lume a legislação que rege a matéria. De se ver.

[...]

E após a análise da legislação aplicável, prossegue:

Cabe esclarecer que para alienações ocorridas a partir de 1º de fevereiro de 2004, com a vigência do art. 26 da Lei nº 10.833, de 2003, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei nº 9.249, de 1995 (anteriormente prevista no § 2º do art. 685 do Decreto nº 3.000, de 1999), passou a ser do adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior.

Analisando o disposto no art. 18 c/c o art. 17 da Lei nº 9.249, de 1995, no § 3º do art. 685 do Decreto nº 3.000, de 1999, bem como as orientações contidas no art. 26 da Instrução Normativa SRF nº 208, de 2002, é de se concluir que o ganho de capital auferido por não-residente no País é determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação (em Reais) e o custo de aquisição (em Reais) do bem, este podendo ser atualizado monetariamente até 31 de dezembro de 1995, sendo que, na impossibilidade de comprovação com documentação hábil e idônea, o custo de aquisição deve ser apurado com base no capital registrado no Banco Central do Brasil (vinculado à compra do bem ou direito) ou ser igual a zero.

Também no tocante à apuração e recolhimento do imposto devido, após a vigência do art. 26 da Lei nº 10.833, de 2003 (1º de fevereiro de 2004), a Instrução Normativa SRF nº 407, de 17 de março de 2004, ao disciplinar o disposto no art. 18 da Lei nº 9.249, de 1995, assim dispôs:

[...]

Como se verifica da legislação acima transcrita, a apuração de ganho de capital auferido por pessoa jurídica domiciliada no exterior, decorrente de alienação de participação societária, detida no Brasil, para adquirente, pessoa jurídica, também domiciliada no País, sujeita-se às mesmas regras de tributação aplicáveis a pessoas físicas residentes. É dizer, a diferença apurada entre o preço da alienação e o custo de aquisição está sujeita a tributação definitiva como ganho de capital, à alíquota de 15%.

Na apuração do ganho de capital das pessoas físicas residentes admite-se como custo o valor de aquisição, não se cogitando a possibilidade redução de tais custos com prejuízos sofridos, desvalorização do bem etc. Considerando que as pessoas jurídicas não residentes estão sujeitas às mesmas regras das pessoas físicas residentes, aplica-se, igualmente, o método de custo, de modo que eventuais prejuízos sofridos pelas sociedades investidas não devem interferir na apuração do ganho de capital.

No caso em concreto, o custo considerado pela impugnante, tem origem em aportes de capital efetuados pela Famobo (investimento externo) em suas investidas no Brasil (Mabesa Ltda. e Mabesa SA), em moeda estrangeira, devidamente registrados no Bacen (fls. 116 a 124), correspondentes, em moeda nacional, a R\$ 148 milhões. Este é o custo de aquisição comprovado pela alienante, cuja origem não foi contestada pela autoridade fiscal.

[...]

A pretensão da autoridade fiscal é a de admitir, para apuração do custo de aquisição das investidas no Brasil, o método da equivalência patrimonial, entendendo que essa seria a metodologia a que estaria sujeita a Famobo, se considerada na condição de residente no País. Essa foi a interpretação da fiscalização ao conteúdo da parte final do § 3º do art. 685 do RIR/99, equivocada, à luz do que até aqui foi exposto.

In casu, existem normas expressas disciplinando a tributação de pessoas jurídicas não residentes.

Com efeito, as disposições expressas na legislação sobre tributação de ganhos de capital de não residentes, pessoas jurídicas, determinam que a apuração do ganho de capital na alienação de participações societárias considere o método de custo, que é a disciplina do imposto sobre a renda de pessoas físicas residentes, aplicável a rendimentos dessa natureza.

Logo, acolho as alegações de fato e de direito da impugnante, para o fim de cancelar integralmente a exigência fiscal.

Como se vê, o fundamento do paradigma para afastar a tributação foi o de que, valendo-se da analogia, a Fiscalização apurou o custo de aquisição da alienação societária com base no método da equivalência patrimonial, ignorando as normas que disciplinam esse custo que estabelecem três opções, conforme o caso: custo efetivo, valor registrado no banco central, na impossibilidade de apuração do custo efetivo, ou custo zero, na impossibilidade de apuração por um dos critérios anteriores. E, mais, apurando o ganho de capital segundo as normas aplicáveis às pessoas jurídicas, quando a lei também estabelece que, tratando-se de pessoa jurídica residente no exterior o custo de aquisição deve ser calculado segundo critérios aplicados às pessoas físicas, pelo custo efetivo. Ou seja, a Fiscalização adotou um quarto critério de aferição do custo que seria aplicável apenas a pessoas jurídicas residentes, em tudo diferenciando-se do recorrido em que a apuração do ganho de capital se fez com base no custo efetivo, aplicável às pessoas físicas, procedimento que, como referido acima, foi acolhido pelo acórdão recorrido.

Assim, não é possível estabelecer um paralelo entre os acórdãos recorrido e paradigma, de modo a se aferir divergência de interpretação. Ao contrário, os que os acórdãos mostram é uma convergência de entendimento quanto à matéria devolvida. Isto é, os julgados concordam que o ganho de capital de residente no exterior deve ser calculado pelo método de custos, como o das pessoas físicas e que as formas desse cálculo estão disciplinadas no art. 26, da Instrução Normativa SRF nº 208, de 2002.

Em conclusão, por ausência de similitude fática entre recorrido e paradigma, não conheço do Recurso Especial da contribuinte.

Passo à análise do Recurso Especial da Procuradoria.

O recurso foi interposto tempestivamente e atende aos demais pressupostos de admissibilidade. Dele conheço. Não há questionamento do contribuinte em sede de Contrarrazões quanto ao conhecimento a serem consideradas, e da análise dos acórdãos recorrido e paradigma constato que o despacho de admissibilidade analisou adequadamente a questão. De fato, os acórdãos indicados como paradigmas enfrentaram situações assemelhadas ao do recorrido, envolvendo a apuração de ganho de capital por estrangeiro e a utilização ou não dos valores registrados no banco central, e decidiram pela não aplicação ao caso do art. 100 do CTN, diferentemente do que aconteceu no recorrido.

Quanto ao mérito, registro, inicialmente que, diferentemente do que foi afirmado algumas vezes, no caso analisado a contribuinte não apurou custo de aquisição ou ganho de capital por nenhum critério, mesmo com base no valor registrado no Banco Central. O que ocorreu foi que, diante da intimação da Fiscalização para comprovar a apuração do ganho de capital, simplesmente justificou dizendo que não havia ganho de capital a ser tributado, pois o custo de aquisição seria maior do que o valor de alienação. Para maior clareza, recapitulemos alguns fatos.

Trata-se da alienação da participação na empresa BUNDY BRASIL, a qual foi constituída em 27/03/2006 com capital social de R\$ 5,00. Em 1º/11/2006, menos de um ano depois, a BUNDY BRASIL incorporou o capital vertido da TI BRASIL, no valor de R\$ 5.644.262,43, cujos sócios eram as mesmas empresas estrangeiras titulares do capital da BUNDY BRASIL. A TI BRASIL, por sua vez, fora constituída em julho de 2001, inicialmente com 15.003.065 quotas que foram transferidas da empresa francesa TISA e, posteriormente aumentado em 84.024.096 quotas integralizadas em setembro de 2003 correspondentes a empréstimos concedidos a TI BRASIL, perfazendo um custo total de aproximadamente US\$ 53 milhões. Ao valor do capital da cindido da TI BRASIL e investido na BUNDY BRASIL foi atribuído para fins de registro no Banco Central, o valor de R\$ 11.547.536,32. Ocorre que, quando da referida cisão, o valor do investimento da TI BRASIL, considerados investimentos para efeito de registro no Banco central, era bem inferior a esse valor, em razão de prejuízos acumulados da TI BRASIL que reduziram seu patrimônio líquido de R\$ 99.027.162,00, correspondente a aproximadamente US\$ 53 milhões, para R\$ 26.357.523,20.

Feitas essas breves considerações, examinemos o caso sob análise. O acórdão recorrido afastou a exigência da multa, com fundamento no art. 100, do CTN, sob o fundamento de que o contribuinte adotou como critério de aferição do custo de aquisição o valor registrado no Banco Central, seguindo orientação da Instrução Normativa RFB nº 208, de 2002, no seu art. 26. Vejamos o que reza o art. 100, parágrafo único do Código Tributário Nacional (CTN) e, em seguida o art. 26 da precitada Instrução Normativa.

Lei nº 5.172, de 1.966 (Código Tributário Nacional)

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

- I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;
- II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;
- III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;
- IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. **A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.**

Instrução Normativa RFB, 208, de 2002, na redação vigente à época dos fatos::

Art. 26. A alienação de bens e direitos situados no Brasil realizada por não-residente está sujeita à tributação definitiva sob a forma de ganho de capital, segundo as normas aplicáveis às pessoas físicas residentes no Brasil.

[...]

§ 3º O valor de aquisição do bem ou direito para fins do disposto neste artigo deve ser comprovado com documentação hábil e idônea.

§ 4º Na impossibilidade de comprovação, o custo de aquisição é:

I - apurado com base no capital registrado no Banco Central do Brasil, vinculado à compra do bem ou direito;

II - igual a zero, nos demais casos.

O art. 26, quanto ao custo de aquisição é claro: o custo de aquisição deve ser apurado, primeiramente, com base no custo efetivo, a ser comprovado com documentos hábeis e idôneos. (§§ 3º e 4º), apenas na impossibilidade de apuração/comprovação do custo efetivo, deveria ser apurado com base no valor registrado no Banco Central (§ 4º, inciso I) e na impossibilidade da aplicação dos dois critérios acima, considerar custo zero (§ 4º, II).

Ou seja, em momento algum a norma conferia ao sujeito passivo, indistintamente, o direito de apurar o ganho de capital com base no valor do investimento registrado no Banco Central, e no presente caso, não se cogita de impossibilidade de comprovação do custo de aquisição. A razão dessa norma é que, tratando-se de alienante residente no exterior, eventualmente o adquirente não teria acesso às informações do custo de aquisição. Porém, este não é o caso dos autos, em que todas as partes envolvidas: empresa alienada, alienantes e adquirente eram empresas do mesmo grupo, constituindo-se a operação em mera reestruturação societária. Não bastasse isso, conforme referido acima, o valor registrado no Banco Central foi deliberadamente superavaliado, isto é, se a contribuinte tivesse de fato, apurado o ganho de capital com base no valor registrado no Banco Central e esse registro representasse o valor correto do investimento, o ganho de capital devido seria igual ou próximo àquele apurado pela fiscalização.

Nessas condições não há como se afirmar que o contribuinte agiu conforme a orientação normativa da Receita Federal, seja porque tal orientação em não autorizava a utilização indistinta da valor do investimento registrado no Banco Central, seja porque o valor registrado foi deliberadamente superavaliado.

Por outro lado, o fundamento da autuação não foi apenas a desqualificação do critério adotado pelo contribuinte, de apuração do custo de aquisição com base no valor registrado no Banco Central, até porque a própria Fiscalização também adotou esse critério na parte em que entendeu impraticável a aferição do custo efetivo (onde, possivelmente, o próprio contribuinte teria condições de apurar esse custo). Mas a Fiscalização também demonstrou, claramente, que o valor do investimento registrado no Banco Central estava absolutamente errado. Cito trecho do Relatório Fiscal:

Portanto, para as 5.644.262 quotas do capital da TI BRASIL canceladas por ocasião da cisão foi atribuído um **valor de investimento igual a US\$ 11.547.536,32**, exatamente como informado pela fiscalizada à fl. 325. Os ativos e passivos correspondentes às quotas canceladas da TI BRASIL representaram o capital integralizado pela TI AUTOMOTIVE HOLDINGS LIMITED na BUNDY BRASIL em novembro/2006 (vide itens V, VI e VII da 1ª alteração contratual da BUNDY BRASIL – fls 30 e 31).

O art. 15 do Regulamento anexo à Circular BACEN nº 2.997/2000¹⁸ determinava que o registro da conferência de quotas²⁷, no País, envolvendo investimentos externos registrados no Módulo RDE-IED, implicava transferência dos valores registrados na proporção da quantidade de quotas transacionadas, observada a situação patrimonial de cada empresa. Para fins de avaliação e versão da parcela do patrimônio da TI BRASIL para BUNDY BRASIL foi utilizado o critério contábil, com base em balanço patrimonial levantado em 02/10/2006 (vide justificativa e laudo de avaliação às fls. 242 a 252). Neste balanço, o Patrimônio Líquido (PL) da então cindida TI BRASIL tinha a composição mostrada na Tabela 2.

[...]

Imediatamente antes da cisão, o valor do investimento externo da TI BRASIL era igual a US\$ 53.921.708,14 (vide subtópicos 4.3.1, 4.3.2 e 4.3.3). Aplicada a proporcionalidade dos PLs mostrados na Tabela 2, o valor do investimento externo transferido para BUNDY BRASIL por ocasião da cisão da TI BRASIL foi igual a US\$ 11.547.536,32. A obtenção deste valor é a seguir demonstrado (há uma pequena variação de 0,0053%).

[...]

No entanto, como pode-se observar na Tabela 2, o PL da TI BRASIL antes da cisão era significativamente menor que o capital integralizado, pois havia quase R\$ 90 milhões em prejuízos acumulados. Daí a origem da divergência entre custo de aquisição e investimento registrado no BACEN.

Explica-se.

O art. 135 do RIR/1999, ao tratar do custo de aquisição de participações societárias adquiridas por pessoas físicas (que por expressa previsão legal também deve ser observado na apuração do ganho de capital por domiciliados no exterior¹⁶), prevê que, no caso de quotas distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros apurados a partir de janeiro/1996, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro capitalizado que corresponder ao sócio. *Mutatis mutandis*, o art. 10 do Regulamento anexo à Circular BACEN nº 2.997/2000¹⁸ previa a hipótese de registrar no item reinvestimento do Módulo RDE-IED as capitalizações de lucros. Em ambas situações, a capitalização de lucros acumulados resultaria em aumento do custo de aquisição/valor do investimento registrado no BACEN.

Por outro lado, caso a empresa recebedora de investimento externo tivesse prejuízos acumulados, não existia a previsão de registro de um “reinvestimento negativo”²⁸ no Regulamento anexo à Circular BACEN nº 2.997/2000. Da mesma forma, não há na legislação aplicável ao ganho de capital auferido por pessoas físicas a possibilidade de redução do custo de aquisição da participação societária em decorrência da absorção de prejuízos.

Portanto, no momento em que se apurou o valor do investimento externo transferido da TI BRASIL para a BUNDY BRASIL tomando como base o PL da cindida, este significativamente reduzido por conta de prejuízos acumulados, houve uma clara falta de identidade entre: (i) o custo de aquisição, que não poderia ser afetado pelos prejuízos; e (ii) o valor do investimento externo transferido, cuja proporcionalidade entre os PLs das empresas cindida (TI BRASIL) e cindenda (BUNDY BRASIL) foi afetado pelos prejuízos acumulados na cindida.

Portanto, também fez parte da autuação, a desqualificação do valor informado como valor do investimento informado ao Banco Central. Assim, vale repetir, ainda que a Fiscalização tivesse acolhido o critério que a contribuinte diz ter adotado, de apuração do custo pelo valor do investimento registrado no Banco Central, ainda assim teria procedido ao lançamento para a exigência de diferença de ganho de capital, em valor igual ou aproximado, inclusive, ao que foi apurado com base no custo efetivo, pois, considerado o Patrimônio Líquido da empresa cindida à época da incorporação, o valor a ser registrado seria de pouco mais de R\$ 3 milhões.

É evidente, portanto, que o contribuinte não procedeu conforme a orientação normativa da IN RFB nº 208, de 2002, não se aplicando na espécie o art. 100, do CTN.

Ante o exposto, não conheço do Recurso Especial do Contribuinte, e conheço do Recurso Especial da Procuradoria e, no mérito, dou-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa

