



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

Processo n° 12448.721601/2012-21
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.580 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2014
Matéria IRF
Recorrente TRANSMISSORA ALIANÇA DE ENERGIA ELÉTRICA SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Data do fato gerador: 07/05/2008

IRRF. SOCIEDADE REGIDAS NA LEGISLAÇÃO LUXEMBURGUESA.

À luz do artigo 1º, XXIII, da Instrução Normativa nº 188, de 2002, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, Luxemburgo somente é considerado país com “tributação privilegiada”, em relação às sociedades holdings, regidas na legislação luxemburguesa, pela Lei de 31 de julho de 1929.

PROVA. DOCUMENTOS

Provado nos autos de que a recorrente não se enquadra entre as sociedades com tributação favorecida, que goze de vantagens especiais em Luxemburgo, é de 15% a alíquota aplicável no caso de remessa de juros sobre o capital

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso. Fez sustentação oral pelo Contribuinte o Dr. André Gomes de Oliveira, OAB/RJ nº 85.266..

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Presidente em Exercício e Relator

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Lopo Martinez, Rafael Pandolfo, Marcio de Lacerda Martins (Suplente Convocado), Fabio Brun Goldschmidt, Pedro Anan Júnior e Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Suplente Convocado).

CÓPIA

Relatório

Em desfavor da Contribuinte, TRANSMISSORA ALIANÇA DE ENERGIA ELÉTRICA SA, auto de infração lavrado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro, DRF/RJI, exigindo da Interessada, acima identificada, o IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE – IRRF, no valor de R\$48.219.243,95, acrescido de multa de ofício de 75%, com juros de mora calculados até 31.01.2012.

Na descrição dos fatos consta que houve a falta de recolhimento do IRRF no ano de 2008.

Consta no Termo de Verificação o que segue.

A Interessada, TAESA TRANSMISSORA ALIANÇA DE ENERGIA ELÉTRICA S.A, originalmente controladora da empresa TERNA PARTICIPAÇÕES S.A, que por sua vez era a controladora da subsidiária integral ETEO EMPRESA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA DO OESTE S/A, hoje todas incorporadas em diversas operações sucessórias, de tal forma, que o patrimônio da ETEO EMPRESA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA DO OESTE S/A foi vertido no patrimônio da Interessada.

Antes, em 2008, a ETEO teve suas ações adquiridas pela LOVINA PARTICIPAÇÕES S.A. CNPJ: 09.047.817/000190, sendo que, após isto, a ETEO incorporou a LOVINA.

A LOVINA havia sido criada em 14/08/2007, com capital social de R\$1.000,00 tendo como sócios quotistas em partes iguais, os Srs. Marcos Vinícios Bitencourt e Luiz Augusto de Azeredo Osório de Castro, ambos advogados, os quais promoveram a integração do capital social no caixa da LOVINA, em partes iguais, no dia da criação, conforme consta do Livro Diário da mesma. Nesta data o domicílio da LOVINA era Rua Almirante Barroso, 527/1202.

Em 17/09/2007, firmou se contrato de compra e venda entre TROPAZ GROUP SARL, sociedade de responsabilidade limitada constituída em Luxemburgo e EARTH TECH BRASIL LTDA, CNPJ: 27.608.694/000109, sociedade com sede em São Paulo, como alienantes e como adquirente a LOVINA.

Neste contrato, firmou se a intenção de aquisição da empresa detentora do contrato de concessão de nº.40/2000 junto a ANEEL, que até então era denominada ETEO.

No contrato firmaram como garantidoras as empresas do grupo econômico: TERNA PARTICIPAÇÕES S.A., controladora da LOVINA e TYCO INTERNACIONAL FINCNACE, sociedade também com sede em Luxemburgo, no mesmo endereço da alienante TROPAZ.

Ao promover a aquisição da ETEO, a LOVINA promoveu a remessa a TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL de R\$504.336.883,37, através do contrato de

Cambio de Venda Tipo 4 TRANSFERENCIAS FINANCEIRAS AO EXTERIOR, apresentado pela Interessada em sua resposta às intimações.

A memória de cálculo apresentada pela Interessada em sua resposta à intimação, assim como os comprovantes de registro de capital internacional, demonstra que o total do capital registrado no BACEN pela TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL foi de R\$176.445.942,00 e conseqüente ganho de capital de R\$385.754.058,00.

A Interessada demonstra ter promovido o recolhimento de IRRF sobre o ganho de capital à alíquota de 15%, portanto R\$ 57.863.109,00.

À época da negociação e da celebração do pré contrato de compra e venda o capital da empresa ETEO era propriedade de TROPAZ GROUP SARL, sociedade de responsabilidade limitada constituída em Luxemburgo, com 78% e EARTH TECH BRASIL LTDA, sociedade com sede em São Paulo, com os demais 22%.

Por ocasião da efetivação da venda, e correspondente pagamento, entretanto, conforme informado pela Interessada, as participações acima foram alteradas passando a ser detentora de 99,99% da participação societária da empresa ETEO a TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL, restando a EARTH TECH BRASIL LTDA, 0,01%.

Destaque-se que na 10º alteração do contrato social da ETEO a TROPAZ GRUP S.A.R.L. passa a apresentar a denominação de TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL, que nesta operação declara ter pago R\$38.972.528,11 pelos 21,99% que adquiriu da EARTH TECH BRASIL LTDA.

Desta forma, no momento da aquisição da ETEO, apesar da negociação de venda ocorrida em 17092007, onde firmara-se o contrato de compra e venda entre TROPAZ GROUP SARL e EARTH TECH BRASIL LTDA, como alienantes e como adquirente a LOVINA, as alienantes promoveram alteração da titularidade de suas cotas antes da efetiva alienação o que em princípio feriria o contrato de compra e venda, transferindo quase a totalidade das cotas para a holding company TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL, nova denominação da antiga TROPAZ GROUP SARL, ambas com sede em Luxemburgo.

Sendo assim reorganizada a sociedade ETEO, a adquirente LOVINA paga integralmente, o valor de aquisição a TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL, sem efetuar qualquer pagamento a EARTH TECH BRASIL LTDA, pelos 0,01% que ainda detinha à época.

Ao efetuar o pagamento integral à TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL, a Interessada se responsabilizou pelo recolhimento do IRRF devido ao ganho de capital auferido por pessoa jurídica estrangeira.

Não tendo sido encontrado na contabilidade da adquirente, a LOVINA, qualquer registro de pagamento do IRRF conforme a análise de seu livro diário, em 06/05/2008, a Interessada foi intimada a comprovar o recolhimento do imposto sobre o ganho de capital auferido pela TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL, sociedade com sede em Luxemburgo. Sendo esta detentora de 99,99% do capital da ETEO auferiu 99,99% do ganho de capital.

O ganho de capital da TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL, foi demonstrado pela Interessada, a partir do capital estrangeiro registrado no BACEN pela TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL. Ocorre que, a Interessada comprova o recolhimento de apenas 15% sobre o montante do ganho de capital calculado por ela, ou seja, R\$57.863.109,00

de uma diferença entre o capital registrado no BACEN e o valor efetivamente recebido, antes do desconto do imposto de renda, ou seja, R\$385.754.058,00.

Assim sendo, sobre os ganhos incidiria 25% e não 15%, sendo os 10% adicionais devidos a países com tributação favorecida, conforme previsto pela IN SRF nº.407 de 17032004, sendo a relação indicativa de países com tributação favorecida dada pela INSRF nº.188 de 06082002, que relaciona as empresas holding regidas pela legislação de Luxemburgo, no caso TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL.

Nos termos do artigo 26 da Lei nº.10.833, de 2003, da INSRF nº.407/2004 e da IN SRF nº.188/2002, deve ser reconhecido o valor bruto a ser recebido pela TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL, apurando-se o IRRF devido à alíquota de 25%, descontando o montante pago à alíquota de 15% e constituir o crédito tributário devido pela Interessada que é responsável pela retenção do imposto na fonte sobre o ganho de capital. Nos termos do artigo 5o da Lei 4.154/62 e artigo 725 do RIR/99, a base de cálculo deverá ser reajustada, como se o valor pago fosse considerado líquido.

Desta forma, ao apurar-se o quanto recebido pela TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL, foram considerado os 10% não recolhidos de IRRF devidos pela LOVINA, incorporada pela ETEO, atual TAESA. O valor do IRRF compõe o valor pago pela aquisição da empresa e portanto compõe o ganho de capital, de tal forma, que ao recolher IRRF a alíquota menor, a TAESA (LOVINA), na prática, por ser responsável pelo recolhimento do IRRF, promoveu pagamento maior do que o pactuado pela ETEO. Para efetuar este cálculo, deve-se considerar o IRRF não pago como ganho de capital da TYCO, vez que devido pela LOVINA, deveria ter sido recolhido e não o foi, e recalcular o IRRF devido e o IRRF a recolher.

Assim, recompondo o ganho de capital, pela incorporação do valor de IRRF de 25% devido cuja parcela não fora paga, o valor real pago pela LOVINA à TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL foi de R\$504.336.883,37 + 10% de R\$ 385.754.058,00 ou seja, R\$552.556.127,32, com um ganho de capital de R\$424.329.463,80 (R\$385.754.058,00 + 10% de R\$ 385.754.058,00), dos quais era devido o IRRF de R\$106.082.365,95, e tendo sido apenas recolhido o montante de R\$57.863.122,00, resta a constituir o montante de R\$48.219.243,95 devidos na data do pagamento, ou seja, em 30/05/2008.

A justificativa para o desconto por dentro do valor devido de IRRF é que a Interessada é responsável tributária pelo IRRF a ser retido, não o tendo feito e aceitado o ônus de fazê-lo posteriormente, remunerou o contribuinte estrangeiro com a parcela do IRRF que deveria ser descontada e não o foi, pagando portanto maior ágio pelas ações.

Inconformada com o crédito tributário originado da ação fiscal da qual teve ciência do lançamento em 29022012, a Interessada apresentou em 29032012, impugnação instruída por documentos na qual argui o que a seguir se expõe.

No ano de 2007, a ETEO deu início ao projeto de reestruturação societária, que contemplou a transferência da totalidade das quotas representativas do seu capital social, até então detido pela EARTH e pela TYCO, esta última sediada em Luxemburgo, para a LOVINA, esta, por sua vez, controlada pela TERNA PARTICIPAÇÕES S/A, antiga razão social da TRANSMISSORA ALIANÇA DE ENERGIA ELÉTRICA S/A, a Interessada, (doc. 03). A LOVINA aprovou, por meio da Ata da Assembleia Geral Extraordinária realizada em 27.05.2008, o pagamento do preço de aquisição da ETEO, no valor de R\$565.000.000,00 e, em

seguida, promoveu a remessa a TYCO da quantia de R\$504.336.888,37, por ocasião da efetivação da venda, por meio do Contrato de Câmbio de Venda, Tipo 04 Transferências Financeiras para o Exterior (doc. 04). O valor da transação foi pago integralmente à TYCO, a qual detinha 99,99% do controle acionário da ETEO, sendo certo que a LOVINA não realizou qualquer pagamento à EARTH pelos 0,01% da qual ainda era detentora à época, informação esta que é, inclusive, confirmada no próprio relatório descritivo da autuação (parágrafo 34).

Em decorrência da alienação, a TYCO apurou ganho de capital de R\$385.754.058,00, sobre o qual incidiu o IRRF à alíquota de 15%, nos termos do artigo 18, da Lei nº 9.249, de 26.12.1995, o qual foi devidamente retido e recolhido pela LOVINA, por força do disposto no artigo 1o, da Instrução Normativa SRF nº 407, de 17.03.2004. Contudo, equivocadamente, a Fiscalização entendeu que a TYCO seria residente em país de tributação favorecida (Luxemburgo) e, por esse motivo, a alíquota do IRRF incidente sobre o ganho de capital por ela auferido seria, na verdade, de 25% (vinte e cinco por cento), de acordo com a previsão contida no artigo 2o, da Instrução Normativa SRF nº 407, de 17.03.2004, sendo a relação indicativa de países com tributação favorecida dada pela Instrução Normativa SRF nº 188, de 06.08.2002 (artigo 1o, inciso XXVIII).

O posicionamento adotado pela Fiscalização Federal para a aplicação da alíquota de 25% do IRRF incidente sobre a referida operação está equivocado, pois, embora Luxemburgo tenha sido listado como país de tributação favorecida pela Instrução Normativa SRF nº 188, de 06.08.2002, a sua inclusão limitou-se às sociedades holdings regidas, na legislação luxemburguesa, pela Lei de 31 de julho de 1929, o que não é o caso da TYCO.

A TYCO somente poderia ser considerada como residente ou domiciliada em país de tributação favorecida, na hipótese de reger-se pela Lei de 31 de julho de 1929 de Luxemburgo, tal como previsto na Instrução Normativa nº 188, de 06.08.2002. Entretanto, a TYCO não se constituiu e tampouco é regida pela Lei de 31 de julho de 1929, não tendo jamais se beneficiado do regime especial de tributação aplicável às "holding companies de 1929 de Luxemburgo", conforme comprovam os seus atos societários (doc. 07), o certificado de residência expedido pela "Administration des contributions directes" do Governo de Luxemburgo (doc. 08) e a declaração assinada pelo representante legal da empresa em conjunto com as autoridades fiscais de Luxemburgo (doc. 09), todos devidamente acompanhados de suas versões em português, e transcritos na impugnação.

A INSRF 188/2002 foi revogada pela INSRF 1.037/2010, que alterou a lista dos países de tributação favorecida. Com essa alteração, as empresas passaram a não mais estar sujeitas à alíquota de 25%, tendo em vista que esta alíquota majorada é prevista unicamente para os países ou dependências de tributação favorecida.

Com a edição do Ato Declaratório Executivo RFB 3, de 25.03.2011, as "holding companies" regidas pela Lei de 31 de julho de 1929 em Luxemburgo, foram excluídas da relação de regimes fiscais privilegiados prevista na Instrução Normativa RFB nº 1.037, de 04.06.2010, como se observa pela leitura do ato declaratório transcrito na impugnação.

Tendo em vista que a TYCO não é residente ou domiciliada em país de tributação favorecida, o ganho de capital auferido por essa sociedade não está sujeito à alíquota majorada de 25%, mas, sim, à alíquota de 15%, já devidamente retida e recolhida aos cofres públicos.

A DRJ ao apreciar as razões do interessado, por maioria de votos, julgara, a impugnação improcedente nos termos da ementa a seguir:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE
IRRF*

Ano calendário: 2008

DOCUMENTOS EM IDIOMA ESTRANGEIRO. Para produzirem efeitos legais no País e valerem em repartições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, os documentos redigidos em língua estrangeira deverão ser traduzidos para o português por tradutor juramentado e registrados no Registro de Títulos e Documentos.

IRRF. GANHO DE CAPITAL. BENEFICIÁRIA RESIDENTE OU DOMICILIADA EM PAÍS COM TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA. ALÍQUOTA. 25% (VINTE E CINCO POR CENTO).

O ganho de capital auferido por pessoa jurídica domiciliada ou residente em país com tributação favorecida sujeitase à incidência do imposto na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), nos termos dos artigos 1º e 2º da IN SRF nº 407/2004 c/c o art. 1º, inciso XXVIII, da IN SRF nº 188/2002.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Insatisfeito, o interessado interpõe recurso voluntário, onde reitera as razões da impugnação.

- Indica que não houve por parte da autoridade julgadora, questionamento quanto ao fato de que as sociedades luxemburguesas não regidas pela Lei de 31 de julho de 1929 estariam sujeitas a retenção do IRRF à alíquota regular de 15%;

- Para justificar a cobrança do IRRF à alíquota de 25% é imprescindível que a TYCO seja constituída ou regida sob a Lei de Luxemburguesa de 31/07/1929, o que sequer restou comprovado pela autoridade lançadora;

- Da efetiva comprovação de que a TYCO Internacional Holding SAR não se constituiu e não é regida pela lei de 31/07/1929. Apresentado agora também em português;

- Da extinção do sistema dos “1929 Holding Companies” de Luxembourg em momento anterior à constituição da Tyco International Holding SARL.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Conforme relatado, a Fiscalização informou que a recorrente comprovou o recolhimento de 15% sobre o montante do ganho de capital auferido pela TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL quando da venda da ETEO, sendo que, o correto deveria ter sido aplicado a alíquota de 25%, uma vez que trata-se de empresa sediada em país com tributação favorecida, conforme previsto pela INSRF nº.407 de 17/03/2004, e 188 de 06/08/2002.

Alegou a Recorrente que não se aplica a alíquota de 25% do IRRF no presente caso, pois, embora Luxemburgo tenha sido listado como país de tributação favorecida pela INSRF 188, de 2002, a sua inclusão limitou-se às sociedades holdings regidas na legislação luxemburguesa, pela Lei de 31 de julho de 1929, o que não é o caso da TYCO.

Acrescentou que a TYCO somente poderia ser considerada como residente ou domiciliada em país de tributação favorecida, na hipótese de reger-se pela Lei de 31 de julho de 1929 de Luxemburgo, tal como previsto na Instrução Normativa nº 188, de 06.08.2002.

Registre-se que a Instrução Normativa SRF nº 188, de 6 de agosto de 2002, no seu artigo 1º., inciso XXVIII, diz que:

“Art. 1º Para todos os efeitos previstos nos dispositivos legais discriminados acima, consideram-se países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% ou, ainda, cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade as seguintes jurisdições:

(...) XXVIII Luxemburgo (no que respeita às sociedades holding regidas, na legislação luxemburguesa, pela Lei de 31 de julho de 1929); (...)”(Grifado nosso)

Especificamente, no que se refere à Luxemburgo, depreende-se dos dispositivos acima transcritos que a incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% aplica-se às sociedades holding regidas, na legislação luxemburguesa, pela Lei de 31 de julho de 1929.

Na apreciação dos fatos o voto condutor do acórdão da DRJ, assim se pronunciou a autoridade recorrida:

Com relação aos docs. 07 e 08, documentos redigidos em língua estrangeira, respectivamente, Estatuto Social da Tyco Internacional Holding Sarl e Certificado de Residência desta empresa emitido pelo Grão Ducado de Luxemburgo, apesar de

público juramentado, não consta que estão registrados no Registro de Títulos e Documentos, não produzindo, por conseguinte, efeitos em repartições da União (Secretaria da Receita Federal do Brasil).

Com relação ao doc 09, documento de procedência estrangeira, cujo teor é uma declaração assinada por representante da Tyco Internacional Holding Sarl, supostamente em conjunto com autoridades fiscais de Luxemburgo, além de não estar registrado no Registro de Títulos e Documentos, não teve a tradução efetuada por tradutor juramentado. Cabe notar que a tradução consta no próprio corpo do documento. Todavia, se o documento tem procedência estrangeira, a tradução, para ter efeito legal, deverá ser efetuada por tradutor juramentado, o que não ocorreu. Por fim, o referido documento foi redigido em papel timbrado da própria Tyco Internacional Holding Sarl (fonte interna), e não por fonte independente (Administração Fiscal de Luxemburgo).

Pelo exposto, com a devida venia, entendo que a documentação supra (docs 07, 08 e 09) não pode ser aceita para fins de comprovação.

O interessado tem o ônus de provar (art. 333, I, do CPC) que a empresa Tyco Internacional Holding Sarl, sediada em Luxemburgo, não é uma holding regida, na legislação luxemburguesa, pela Lei de 31 de julho de 1929. Não logrando fazê-lo, deve ser mantida a aplicação da alíquota de 25% de IRRF sobre o ganho de capital auferido por pessoa jurídica domiciliada ou residente em país com tributação favorecida, de que trata os artigos 1º e 2º da IN SRF nº 407/2004 c/c o art. 1º, inciso XXVIII, da IN SRF nº 188/2002.

No recurso o recorrente apresenta os documento fls 1874 a 1881 uma versão legalizada pela Embaixada Brasileira em Bruxelas (Bélgica) e registrada no Cartório de Títulos e Documentos da declaração assinadas das autoridades fiscais de Luxemburgo atestando que a Tyco International Holding SARL não é regida pela Lei de 31/07/1929.

Do exame dos documentos de fls.1.446/1.452, (docs. 7, 8, e 9) e , especialmente os de fls. 1874 a 1881, pode-se comprovar que, no que se refere à legislação luxemburguesa, a TYCO INTERNATIONAL HOLDING SARL não era regida pela Lei de 31 de julho de 1929. Os documentos atendem a todos o requisitos da legislação.

Desse modo entendo que está provado que a recorrente não se enquadra entre as sociedade com tributação favorecida, que goze de vantagens especiais em Luxemburgo, é de 15% a alíquota aplicável no caso de remessa de juros sobre o capital próprio, enviados a credor com sede naquele país.

Nestes termos, posiciono-me no sentido de dar provimento ao recurso de voluntário.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

CÓPIA