



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

Processo nº 14041.001301/2007-63
Recurso nº 167.687 Voluntário
Acórdão nº 2101-01.202 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de julho de 2011
Matéria IRF
Recorrente KINROSS PARTICIPAÇÕES LTDA.
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-BRASÍLIA/DF

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Data do Fato Gerador: 23/12/2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA - LANÇAMENTO DE IMPOSTO DE RENDA NA FONTE.

A regra do artigo 2º, inciso IV, do Anexo II, do RICARF, somente é aplicável quando o lançamento de imposto de renda retido na fonte, entre outros, estiver baseado em fatos que serviram para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ, situação não verificada no caso em apreço, inclusive porque as ações fiscais ocorreram em momentos distintos. Pelo entendimento do Colegiado, os fatos suscitados pela Fazenda Nacional são autônomos e independentes e, por força do artigo 3º, inciso II, do Anexo II, do RICARF, a competência para apreciação da matéria é desta Segunda Seção.

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA A RESIDENTE NO EXTERIOR. ARTIFICIALIDADE DO CUSTO DE AQUISIÇÃO APRESENTADO. UTILIZAÇÃO DOS VALORES DE INVESTIMENTO REGISTRADOS NO BANCO CENTRAL DO BRASIL.

Comprovado nos autos que o custo de aquisição apresentado decorreu de organização societária artificial, efetivada com o objetivo de acobertar o ganho de capital decorrente de venda de participação societária, correta a utilização, como custo de aquisição, dos valores em moeda estrangeira registrados no Banco Central do Brasil pela vendedora, a título de investimento e reinvestimento, referentes ao capital estrangeiro, que corresponde ao valor efetivamente aplicado no país.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de incompetência da Segunda Seção, suscitada pela PFN em sede de sustentação oral. Vencidos os Conselheiros José Raimundo Tosta Santos e Célia Maria de Souza Murphy. Pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Gonçalo Bonet Allage (relator), Alexandre Naoki Nishioka e Gilvanci Antonio de Oliveira Souza. Designado o Conselheiro José Evande Carvalho Araújo para redator do voto vencedor.

JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS - Presidente – Substituto

(Assinado digitalmente)

Gonçalo Bonet Allage – Relator

(Assinado digitalmente)

José Evande Carvalho de Araújo

(Assinado digitalmente)

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros José Raimundo Tosta Santos, José Evande Carvalho Araújo, Alexandre Naoki Nishioka, Célia Maria de Souza Murphy, Gilvanci Antônio de Oliveira Sousa e Gonçalo Bonet Allage.

Relatório

Em face de Kinross Participações Ltda., CNPJ nº 29.398.922/0001-80, foi lavrado o auto de infração de fls. 577-581 (Volume III), para a exigência de imposto de renda na fonte incidente sobre rendimentos de residentes ou domiciliados no exterior, com fato gerador ocorrido em 23/12/2004, no valor de R\$ 86.788.598,91, acrescido de multa de ofício de 75% e de juros de mora calculados até 30/11/2007, totalizando um crédito tributário de R\$ 188.418.048,23.

O trabalho desenvolvido pela autoridade lançadora encontra-se detalhado no Termo de Verificação Fiscal e Anexos de fls. 583-598 (Volume III), de onde extraio as seguintes assertivas:

Na execução dos trabalhos de fiscalização constatamos que o contribuinte adquiriu 100% das ações da empresa Morro de

Ouro Investimentos S/A, que era de propriedade do Grupo Rio Tinto (investidor estrangeiro). O envio de recursos ao exterior decorrente desta operação foi objeto de fiscalização pelo Banco Central do Brasil através do PT 0501317741.

(...)

No dia 01/11/2007 o contribuinte apresentou o solicitado (fls. 505 a 572) e nos informou que "não houve ganho de capital na aquisição das ações da Morro de Ouro Investimentos S/A, posto que o valor de venda das ações foi inferior ao valor do Capital Social da sociedade."

Ressalte-se que embora a empresa fiscalizada afirme que não houve ganho de capital ela acordou com a vendedora das ações (Grupo Rio Tinto) uma indenização no valor de até US\$ 37,5 milhões mais juros e multa, caso as autoridades fiscais brasileiras a autuassem (fls. 293, 294, 418 verso e 421).

A legislação tributária brasileira, abaixo citada, estabelece que o ganho de capital decorrente da alienação de participações societárias corresponderá à diferença positiva, apurada em moeda estrangeira, entre o valor de alienação e o custo de aquisição da participação societária.

Considera-se como custo de aquisição os valores em moeda estrangeira registrados no Banco Central do Brasil, a título de investimento e reinvestimento, referentes ao capital estrangeiro (investimento externo direto).

(...)

De acordo com os contratos de câmbio apresentados pelo contribuinte (fls. 218 a 227) o valor da alienação foi de US\$ 249.552.220,00.

O custo de aquisição referente à empresa Morro de Ouro Investimentos S/A, na data da operação, correspondia a US\$ 35.726.631,69. Obtivemos este valor a partir das informações do RDE-IED IA 043224 (fls. 021, 022 e 528), procedendo a devida conversão das moedas franco suíço (fls. 573), libra esterlina (fls. 574) e euro (fls. 575) para dólar dos EUA.

Efetuamos o lançamento do principal no valor de R\$ 86.788.598,91, que corresponde ao valor de alienação (em moeda estrangeira) menos o custo de aquisição (em moeda estrangeira), convertendo-se o saldo (base de cálculo) para reais através da taxa de câmbio (2,7059) divulgada pelo Banco Central (fls. 576) para compra no dia 23/12/2004 (data do fato gerador). A demonstração dos cálculos consta à folha 597/598.

Elaboramos o anexo a este Termo de Verificação Fiscal (fls. 591 a 596) descrevendo o histórico das operações de reorganização societária promovidas pelo Grupo Rio Tinto e pela Kinross Participações Ltda (TVX).

Histórico das operações de reestruturações societárias promovidas pelo Grupo Rio Tinto e pela Kinross Participações Ltda (antiga TVX). Abaixo o significado de algumas referências feitas neste anexo:

MOI: Morro de Ouro Investimentos S/A

MOEM: Morro de Ouro Empreendimentos Minerais S/A

RPM: Rio Paracatu Mineração S/A

Kinross Participações Ltda: Novo nome da TVX Participações Ltda

Rio Tinto Brasil: Empresa com domicílio no Brasil

Rio Tinto: Empresas do grupo com domicílio no exterior

1) O controle da RPM estava dividido entre a Rio Tinto (51%) e a Kinross (TVX) 49% (fls.153).

(...)

2) Em 15/10/2003 é constituída a MOEM com capital social de R\$ 10.000,00 (fls.131 a 150).

No Banco Central do Brasil é registrado integralização em moeda estrangeira no valor de US\$ 1.431,45 (RDE-IED IA 041071) e US\$ 2.102,12 (RDE-IED IA 041069), totalizando US\$ 3.533,57 (fls. 017 e 030).

(...)

3) No dia 10/12/2003 aumento de capital da MOEM de R\$ 10.000,00 para R\$ 64.525.693,21, integralizados com ações da RPM (fls. 151 a 170).

No dia 11/12/2003 ocorre a transferência de registro de moeda estrangeira do RDE-IED IA 041670 (Rio Tinto Brasil) para o RDE-IED IA 041071 (MOEM), conforme abaixo (fls.014):

(...)

No dia 11/01/2004 os valores acima são transferidos para o RDE-IED IA 042519 (MOEM). Neste mesmo dia é transferido do RDE-IED IA 041069 (MOEM) para o RDE-IED IA 042519 o valor de US\$ 13.466.629,68 registrados no item investimentos (fls. 014 e 019). Com isso o saldo em moeda estrangeira do RDE-IED IA 042519 passa a ser (fls. 020):

(...)

4) No dia 22/04/2004 é constituída a MOI com capital social de R\$ 10.000,00 (fls. 179 a 189).

Em moeda estrangeira é registrado US\$ 3.483,97 (RDE-IED IA 043224), fls.021.

(...)

5) Em 29/11/2004 há o aumento de capital da MOI de R\$ 10.000,00 para R\$ 765.657.823,00 com ações da MOEM reavaliadas com base no valor de mercado da RPM (fls. 552 a 562).

No mesmo dia os valores em moeda estrangeira registrados no RDE-IED IA 042519 (MOEM) são transferidos para o RDE-IED IA 043224 (MOI), fls. 020 e 022, ficando, este último, com o seguinte saldo (fls. 022):

(...)

6) Em 23/12/2004 a Kinross (TVX) adquire as ações da MOI por US\$ 249.552.220,00 (fls.268 a 480 e 218 a 227). Neste momento o saldo em moeda estrangeira, referente à MOI (RDE-IED IA 043224), registrado no Banco Central correspondia ao seguinte (fls. 022):

(...)

7) Em 31/12/2004 há o aumento de capital da MOI de R\$ 765.687.823,00 para R\$ 1.467.512.173,00, integralizado com ações da RPM reavaliadas (fls. 190 a 193).

(...)

8) Em 31/12/2004 ocorre a incorporação da MOI e MOEM pela RPM e aumenta-se o capital da RPM de R\$ 79.286.542,87 para R\$ 548.681.171,92 (fls.203 a 217).

Estes são os fatos que levaram à autuação.

Há Representação Fiscal para Fins Penais (processo nº 14041.001305/2007-41).

Apreciando a impugnação apresentada pelo sujeito passivo às fls. 607-624, os membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília (DF) consideraram procedente o auto de infração, através do acórdão nº 03-24.412, que se encontra às fls. 703-718 (Volume IV), cuja ementa é a seguinte:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte -IRRF

Fato Gerador: 23/12/2004

Ementa: ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA POR ESTRANGEIROS NÃO RESIDENTES. CAPITAL ESTRANGEIRO - INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO. INVESTIMENTO E REINVESTIMENTO REGISTRADO EM DÓLAR NO BANCO CENTRAL DO BRASIL. GANHO DE

CAPITAL NA ALIENAÇÃO. APURAÇÃO DO RESULTADO POSITIVO EM DÓLAR.

Aos não residentes no País aplica-se, em regra, a mesma legislação do ganho de capital aplicável aos residentes na alienação de investimentos societários (art. 685, § 3º do RIR/99 e art. 18 da Lei 9.249/95). Isso significa que: para investimentos societários em Reais, a apuração do ganho de Capital é em Reais quando da alienação do investimento (venda); para investimentos diretos em Dólar registrados no Banco Central do Brasil (investimento e reinvestimento), quando da alienação a apuração do ganho de capital é em Dólar, mediante conversão da base de cálculo em Dólar para Reais pela taxa de câmbio da data do fato gerador (MP 2.158-35/2001, art. 24, § 5º; IN SRF 118/2000, arts. 4º e 5º; e Portaria MF 550/94 (art. 2º).

O ganho de capital decorrente da alienação de participações societárias corresponderá à diferença positiva, apurada em moeda estrangeira, entre o valor de alienação e o custo de aquisição da participação societária.

Considera-se como custo de aquisição os valores em moeda estrangeira registrados no Banco Central do Brasil, a título de investimento e reinvestimento, referentes ao capital estrangeiro (investimento externo direto).

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO FEDERAL. FALTA DE COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA NÃO CONHECIDA.

Não compete ao órgão de julgamento administrativo conhecer de pretensa ilegalidade e inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Pelo contrário, ao julgador administrativo compete, apenas, verificar se a lei e os atos normativos do Poder Público foram aplicados conforme foram editados, uma vez que são dotados de presunção de legitimidade, legalidade e constitucionalidade. O conhecimento e julgamento de eventual vício formal ou material de formação da legislação aplicada e em vigor na data do fato gerador do tributo ou contribuição compete, apenas, ao Poder Judiciário, o qual tem a última palavra em face do princípio da unidade de jurisdição.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA, PERÍCIA E PROTESTO PELA JUNTADA DE DOCUMENTOS. PEDIDO REJEITADO.

Para que seja deferido o pedido de diligência, perícia, produção ou juntada de outras provas, o requerimento deve, além de demonstrar com fundamentos a sua necessidade, ser formulado em consonância com o inciso IV e § 1º artigo 16 do Decreto nº 70.235/72.

Lançamento Procedente

Inconformada com a decisão de primeira instância, a autuada, devidamente representada, interpôs recurso voluntário às fls. 722-744 (Volume IV), onde alegou, em apertada síntese, que:

1. Nos termos do artigo 18 da Lei nº 9.249/95 e do artigo 26 da Instrução Normativa SRF nº 208/02, o ganho de capital auferido por não residente ou domiciliado no exterior será: (i) apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País, ou seja, pessoas físicas domiciliadas no País; e (ii) o custo de aquisição deverá corresponder ao custo de aquisição efetivamente incorrido pelo vendedor;
2. Aceitar que o montante de moeda estrangeira registrado perante o Banco Central do Brasil prevaleça sobre o custo efetivamente incorrido pelo vendedor afronta a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional e o artigo 18 da Lei nº 9.249/95;
3. Em um grande número de situações, existe efetivamente uma coincidência entre o custo de aquisição do investidor e o valor em moeda estrangeira registrado perante o Banco Central do Brasil. Tal hipótese ocorrerá sempre que o investimento tenha sido adquirido pelo investidor via subscrição de aumento de capital com recursos financeiros. Entretanto, quando o investidor não residente adquire seu investimento de outro investidor não residente, ou ainda, subscreve um aumento de capital em outra sociedade e integraliza tal aumento de capital mediante a transferência de um investimento anteriormente por ele possuído, passa a haver uma discrepância entre o custo de aquisição efetivamente incorrido pelo investidor e o montante registrado perante o Banco Central do Brasil como moeda estrangeira;
4. Acreditar que o montante cartorariamente registrado perante o Banco Central do Brasil deva prevalecer sobre o custo efetivamente incorrido pelo investidor, quando da aquisição do investimento, para fins de apuração do ganho de capital, fere frontalmente o art. 43 do Código Tributário Nacional, pois assim se tributa acréscimo patrimonial inexistente ou receita ficta, o que é inadmissível;
5. Os Vendedores eram anteriormente proprietários das ações da MOEM. Tal investimento estava devidamente registrado junto ao Banco Central do Brasil, sendo o montante de moeda estrangeira objeto do referido registro US\$ 35.726,631.69. Em 29 de novembro de 2004, subscreveram um aumento de capital na MOI, o qual foi integralizado mediante a transferência da propriedade das ações da MOEM pelo valor de R\$ 765.647.811,00. Considerando que o capital inicial da MOI era de R\$ 10.000,00, o capital resultante após a subscrição e integralização de capital tornou-se R\$ 765.657.811,00. Este valor, nos termos do artigo 23 da Lei nº 9.249/95, tornou-se o efetivo custo de aquisição da participação detida pelos Vendedores na MOI;
6. Entretanto, o montante em moeda estrangeira registrada perante o Banco Central do Brasil permaneceu inalterado, ou seja, os mesmos US\$ 35.726.631,69.
7. O artigo 23 da Lei nº 9.249/95 é importante porque, evidentemente, o valor pelo qual os bens ou direitos tenham sido transferidos para a pessoa jurídica, em processo de subscrição e integralização de capital, será considerado o custo de aquisição da participação societária recebida em substituição aos bens objeto da integralização;
8. Este princípio é confirmado pelo artigo 16 da Instrução Normativa SRF nº 84/01;

9. Na hipótese, foi atribuído às ações da MOEM o valor de R\$ 765.647.811,00 para fins de integralização do capital. Portanto, tal quantia deve ser agregada ao custo de aquisição dos Vendedores. Considerando que os mesmos já possuíam um investimento na MOI no valor de R\$ 10.000,00, o custo de aquisição total da participação dos Vendedores na MOI tornou-se R\$ 765.657.811,00;
10. No Processo de Consulta nº 435/05, da 10ª Região Fiscal, ficou assentado que na hipótese de o investidor subscrever e integralizar aumento de capital mediante a transferência de propriedade de participação societária, o valor da alienação da participação societária transferida será considerado custo de aquisição da participação societária emitida pela sociedade investida, para fins de posterior apuração de ganho de capital relativo ao novo investimento. Assim, as Vendedoras corretamente consideraram como custo de aquisição do seu investimento na MOI o valor de R\$ 765.647.811,00 atribuído às ações da MOEM transferidas para a MOI a título de integralização de capital;
11. Em suma, o custo de aquisição da participação dos Vendedores na MOI é inequivocamente R\$ 765.657.811,00 (valor inicialmente subscrito do capital no montante de R\$ 10.000,00 mais o valor atribuído à participação alienada no valor de R\$ 765.647.811,00 na operação de integralização de capital), que corresponde ao valor do capital total da MOI, nos exatos termos da Solução de Consulta nº 435/05 acima transcrita;
12. O artigo 24 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 se dirige primordialmente ao ganho de capital incorrido por pessoas físicas residentes no País, e que somente em razão do artigo 18 da Lei nº 9.249/95, torna-se igualmente aplicável aos ganhos de capital incorridos por investidores não residentes. Referido dispositivo legal se refere ao "custo de aquisição do bem ou do direito", claramente significando o custo efetivo pago pelo investidor, quando da aquisição do investimento. Este dispositivo legal igualmente pode ser interpretado como significando que o ganho de capital do não residente deve ser calculado em moeda estrangeira. Entretanto, evidentemente se dirige ao montante de moeda estrangeira efetivamente despendido pelo investidor, e não o montante estampado no registro de capital estrangeiro, quando ambos não forem coincidentes, como é a hipótese ora em discussão. Assim, não se pode confundir o montante efetivamente despendido pelo investidor na aquisição do investimento (ou o seu valor equivalente em moeda estrangeira) com o montante de moeda estrangeira registrado junto ao BACEN como investimento externo;
13. Cabe ressaltar que enquanto a Instrução Normativa SRF nº 118/00, invocada pela autoridade lançadora, aplica-se primordialmente a pessoas físicas residentes no País, e tão somente por uma extensão a pessoas não residentes, a Instrução Normativa SRF nº 208/02 é específica para pessoas não residentes. O ato específico deve prevalecer sobre o ato mais geral, nos termos do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil;
14. A fiscalização deixou de cumprir com disposição expressa e cogente contida no art. 26 da Instrução Normativa SRF nº 208/2002, razão porque o auto de infração deve ser considerado nulo de pleno direito;
15. Finalmente, a decisão ora recorrida erroneamente confirma o entendimento de que deve ser aplicada a Portaria MF nº 550/94, que teve por objetivo disciplinar, à época de sua edição, a tributação do ganho de capital auferido por residentes ou domiciliados no

exterior em razão da alienação de ações ou quotas, redução de capital para restituição aos sócios ou liquidação de empresas;

16. Ocorre que esta Portaria já era equivocada à época em que foi editada, em face de inexistência de embasamento legal para suportar tal entendimento. Entretanto, invocar a mesma para eventos ocorridos posteriormente ao advento da Lei nº 9.249/95 constitui erro crasso, eis que a mesma claramente conflita com o seu art. 18, bem como com a Instrução Normativa nº 208/2002, visto que ambas afirmam que deve prevalecer o custo efetivo, enquanto que portaria afirma que deve ser adotado o montante em moeda estrangeira constante do certificado de registro de capital estrangeiro. Assim, fica claro que tal portaria não pode mais ser considerada como vigente, pelo menos não no que tange à definição do custo de aquisição do investidor estrangeiro;
17. Nesse sentido, ainda, é a resposta 571 do “Perguntas e Respostas da Receita Federal do Brasil”;
18. O próprio Banco Central, na Circular nº 2.997/2000, reconhece que o registro do capital estrangeiro nos termos do Módulo RDE-IED não possui impacto tributário;
19. Requer a reforma da decisão de primeira instância, no sentido de que o Auto de Infração seja julgado nulo e improcedente, com o conseqüente cancelamento do crédito tributário nele consubstanciado e arquivamento da ação fiscal.

Transcreveu ensinamentos doutrinários relacionados às teses defendidas.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Gonçalo Bonet Allage, Relator

O recurso é tempestivo, preenche os demais pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecido.

Antes de adentrar no mérito da questão trazida à apreciação deste Colegiado, necessário enfrentar a alegação da Procuradoria da Fazenda Nacional, trazida em sede de memorial e de sustentação oral, no sentido de que este lançamento decorre de fatos cuja apuração também serviu para configurar a prática de infração à legislação do IRPJ (processo nº 13609.000814/2009-93), de modo que, nos termos do artigo 2º, inciso IV, do Anexo II, do RICARF, a competência para julgamento deste feito seria da Primeira Seção do CARF.

No primeiro memorial apresentado pela Procuradoria, relativamente a este ponto, constam as seguintes assertivas:

Em outras palavras, o ganho de capital discutido neste caso corresponde ao ágio que é objeto daquele processo, o que entremostra a conexão entre ambos. A

rigor, o ganho de capital auferido pelo Grupo Rio Tinto – que surgiu na conferência das ações da MOEM na MOI, e que foi realizado por ocasião da remessa dos recursos ao exterior, como será visto adiante – corresponde ao “1º ágio” questionado no processo nº 13609.000814/2009-93, registrado na contabilidade da MOI como “ágio investimento MOEM” e amortizado posteriormente pela RPM.

Nesse contexto, percebe-se que há uma relação de prejudicialidade entre os julgamentos dos processos de IRRF e IRPJ. Explica-se. É que, a depender do rumo adotado pelas Turmas, a decisão de um caso pode vir a repercutir no outro. A título ilustrativo, imagine-se que esta eg. Turma decida pela existência do ganho de capital, isto é, entenda que o Grupo Rio Tinto efetivamente auferiu o ganho de capital na operação. Nessa hipótese, o argumento da inexistência do “1º ágio” restaria prejudicado, vale dizer, a tributação do ganho de capital auferido pelo vendedor legitima o registro do ágio correspondente na contabilidade do comprador. Assim, a alegação de artificialismo do “1º ágio” seria afastada, pois o recebimento do sobrepreço pelo vendedor (ganho de capital) certifica o pagamento desse sobrepreço pelo comprador (ágio).

Em sentido oposto, caso se entenda que o “1º ágio” é artificial, dada a ausência de pagamento efetivo pela parte compradora, a consequência seria o reconhecimento da inexistência do ganho de capital na parte vendedora, o que afastaria a tributação do IRRF.

Conclui-se, portanto, (i) que os processos em questão são conexos, tendo em vista que envolvem o exame dos mesmos fatos – as operações relacionadas à alienação do controle da RPM –, e (ii) que o julgamento dos recursos voluntários interpostos em ambos os casos compete à Primeira Seção do CARF, por força do art. 2º, IV, do Anexo II do RICARF.

Entendo que esta tese não pode prosperar, pois a competência para julgamento desta controvérsia é da Segunda Seção do CARF.

Isso porque no processo em apreço, cuja exigência é de imposto de renda na fonte e o autuado é o responsável tributário que adquiriu tais ações (Kinross Participações Ltda.), discute-se a apuração de ganho de capital de não-residente em alienação de participação societária ou, mais especificamente, o critério para definição do custo de aquisição das participações societárias pelo alienante: se o valor do investimento registrado no Banco Central ou o custo efetivamente incorrido.

Por outro lado, no processo nº 13609.000814/2009-93, a autuação, lavrada cerca de dois anos após esta e que tem como sujeito passivo a empresa Rio Paracatu Mineração S.A., envolve, salvo melhor juízo, a dedutibilidade ou não dos encargos decorrentes da amortização de ágio contabilizado pela empresa Morro do Ouro Investimentos S.A. – MOI.

Não há que se cogitar, pois, que os fatos desta exigência serviram para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ, inclusive porque as ações fiscais ocorreram em momentos distintos, sendo inaplicável ao caso a regra do artigo 2º, inciso IV, do Anexo II, do RICARF.

Os fatos, segundo penso, são autônomos e independentes e, por força do artigo 3º, inciso II, do Anexo II, do RICARF, a competência para apreciação da matéria é desta

Segunda Seção.

Considerando que este foi o entendimento seguido pela maioria dos Conselheiros, passo a analisar o mérito da questão.

Reitero que a autuação envolve a exigência de imposto de renda na fonte incidente sobre rendimentos de não-residentes, com fato gerador ocorrido em 23/12/2004, sendo que, sob minha ótica, o cerne da discussão trazida à apreciação deste Colegiado está relacionado ao valor do custo de aquisição da participação societária da empresa Morro do Ouro Investimentos S.A. – MOI, que foi alienada por investidor estrangeiro para a autuada.

Enquanto a autoridade lançadora e a decisão de primeira instância firmaram posição no sentido de que se considera custo de aquisição o valor em moeda estrangeira registrado no Banco Central do Brasil a título de investimento e reinvestimento, referentes ao capital estrangeiro (no caso, US\$ 35.726.631,69), a recorrente defendeu a tese de que o custo de aquisição é aquele efetivamente incorrido pelo vendedor, ou seja, R\$ 765.657.811,00 (este valor representa o somatório de R\$ 10.000,00, que era o capital social inicial da MOI, com R\$ 765.647.811,00, que corresponde ao aumento de capital social da MOI, ocorrido em 29/11/2004, com ações reavaliadas a valor de mercado da Morro do Ouro Empreendimentos Minerais S.A. – MOEM).

A alienação, ocorrida em 23/12/2004, se deu pelo valor de US\$ 249.552.220,00.

Insisto que, segundo penso e considerando o teor do auto de infração, da decisão de primeira instância e das defesas apresentadas pela autuada, a matéria devolvida à análise desta Turma está relacionada apenas ao custo de aquisição da participação societária alienada por investidor estrangeiro.

O voto que preparei, inicialmente, tratava exclusivamente deste tema, que é a acusação fiscal (a descrição do fato, nos termos do artigo 10, inciso III, do Decreto nº 70.235/72) e limita a controvérsia, ao menos pelo entendimento deste julgador.

Penso que não é facultado ou possível ao órgão julgador inovar na fundamentação da autuação, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

No entanto, os debates ocorridos nas diversas sessões em que o processo esteve em pauta (desde fevereiro de 2011) envolveram outras questões, sequer suscitadas ou enfrentadas anteriormente.

A principal delas, trazida pela Procuradoria em sede de memorial e de sustentação oral, diz respeito ao fato de que o ganho de capital ocorrera em 29/11/2004, no momento da integralização do aumento do capital social da MOI, mediante a conferência das ações da MOEM pelo valor de mercado, mas só foi realizado em 23/12/2004, por ocasião da remessa dos recursos ao exterior, em contrapartida à alienação das ações da MOI, sendo que nesse momento teria havido a concretização do fato gerador do imposto de renda na fonte incidente sobre o ganho de capital de não-residente, em consonância com o artigo 685 do RIR/99.

Salgo engano, a posição vencedora seguiu esta linha de raciocínio.

Não obstante a matéria jamais ter sido enfrentada anteriormente e, portanto, nada sobre isso está escrito nos autos, parece-me incontroverso que o ganho de capital ocorreu em 29/11/2004 na apuração de aumento de capital da MOI.

Ora, se é assim, por força do § 2º, do artigo 23, da Lei nº 9.249/95, segundo o qual “§ 2º. Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.”, aplicável ao caso em razão da regra do artigo 18 da Lei nº 9.249/95, o lançamento deveria considerar a ocorrência do fato gerador em 29/11/2004 (e não em 23/12/2004), tendo como sujeito passivo a MOI (e não a Kinross), pois foi ela quem experimentou acréscimo patrimonial.

No caso, há erro na eleição do sujeito passivo e na data de ocorrência do fato gerador, além do que o valor da aquisição (R\$ 675.263.352,10) é inferior ao custo registrado pelos vendedores da participação societária (R\$ 765.657.823,00), sendo que a diferença decorre, segundo a recorrente, da variação da cotação do dólar entre as datas da avaliação da MOEM e do pagamento realizado.

Relembro, apenas, que nem a autoridade lançadora e tampouco a decisão de primeira instância se debruçaram sobre este tema, focando apenas e tão-somente a questão do custo de aquisição.

Feitas estas breves considerações, volto minhas atenções para a matéria debatida desde a ação fiscal, qual seja, o valor do custo de aquisição da participação societária da MOI que foi alienada por investidor estrangeiro para a autuada.

Pois bem, o artigo 18 da Lei nº 9.249/95 estabelece que:

Art. 18. O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País.

Portanto, de acordo com tal regra, o ganho de capital, consistente na diferença entre o valor de alienação de bem ou direito situado no Brasil e seu custo de aquisição, auferido por não-residente, está sujeito à tributação definitiva pelo imposto de renda na fonte.

Os artigos 682, inciso I e 685, inciso I, alínea “a”, ambos do RIR/99, citados como fundamentos do auto de infração, assim determinam:

Art. 682. Estão sujeitos ao imposto na fonte, de acordo com o disposto neste Capítulo, a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos:

I – pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior;

Art. 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por

fonte situada no País, a pessoa física residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte:

I – à alíquota de quinze por cento, quando não tiverem tributação específica neste Capítulo, inclusive:

a) os ganhos de capital relativos a investimentos em moeda estrangeira;

Em razão destas previsões, os ganhos de capital de não-residentes relativos a investimentos em moeda estrangeira estão sujeitos ao imposto de renda na fonte, como regra, à alíquota de 15%.

Contudo, nos termos do artigo 690, inciso II, do RIR/99:

Art. 690. Não se sujeitam à retenção de que trata o art. 682 as seguintes remessas destinadas ao exterior:

(...)

II - os valores, em moeda estrangeira, registrados no Banco Central do Brasil, como investimentos ou reinvestimentos, retornados ao seu país de origem;

Relevante trazer à colação, também, o artigo 24, § 5º, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, segundo o qual:

Art. 24. O ganho de capital decorrente da alienação de bens ou direitos e da liquidação ou resgate de aplicações financeiras, de propriedade de pessoa física, adquiridos, a qualquer título, em moeda estrangeira, será apurado de conformidade com o disposto neste artigo, mantidas as demais normas da legislação em vigor.

(...)

§ 5º. Na hipótese de aquisição ou aplicação, por residente no País, com rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira, a base de cálculo do imposto será a diferença positiva, em dólares dos Estados Unidos, entre o valor de alienação, liquidação ou resgate e o custo de aquisição do bem ou do direito, convertida para Reais mediante a utilização do valor do dólar para compra, divulgado pelo Banco Central do Brasil para data da alienação, liquidação ou resgate, ou, no caso de operação a prazo ou a prestação, na data do recebimento de cada parcela.

Já o artigo 26 da Lei nº 10.833/2003 estampa a responsabilidade do adquirente domiciliado no Brasil pela retenção e pelo recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital de não-residente, nos seguintes termos:

Art. 26. O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável 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 26 de dezembro de 1995, auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.

A recorrente citou como fundamento da defesa no sentido da inexistência de ganho de capital no caso, o artigo 23 da Lei nº 9.249/95, segundo o qual:

Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º. Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2º. Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.

A Circular nº 2.997/2000, do Banco Central do Brasil, que institui e regulamenta o registro declaratório eletrônico de investimentos externos diretos – Módulo RDE-IED, tem seu artigo 2º com a seguinte redação:

Art. 2º. Definir como investimento externo direto, para os fins e efeitos desta Circular, as participações, no capital social de empresas no País, pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, integralizadas ou adquiridas na forma da legislação em vigor, bem como o capital destacado de empresas estrangeiras autorizadas a operar no País, observado o disposto no art. 10 desta Circular.

O Regulamento anexo à Circular 2.997/2000, do Banco Central do Brasil, estabelece:

Art. 5º. São registrados no item investimento do Módulo RDE-IED, na moeda estrangeira efetivamente ingressada no País, os

valores correspondentes à integralização da participação de não-residentes no capital social, subscrito ou destacado, de empresas no País, ou relativos ao pagamento da aquisição de ações ou quotas integralizadas detidas por residentes no capital social de empresas no País, mediante utilização de moeda, direitos creditórios ou bens conferidos, na forma das normas vigentes e nos termos deste Regulamento.

(...)

Art. 10. São registradas no item reinvestimento do Módulo RDE-IED as capitalizações de lucros, de juros sobre capital próprio e de reservas de lucros, proporcionalmente à participação de cada investidor externo no número total de ações ou quotas integralizadas do capital social na mesma empresa receptora em que foram gerados os respectivos rendimentos no País.

Parágrafo 1º. Excetuam-se da proporcionalidade de que trata este artigo situações específicas amparadas pela legislação em vigor.

Parágrafo 2º. O registro do reinvestimento é efetuado na moeda do país para o qual poderiam ter sido remetidos os rendimentos, ressalvada a hipótese do artigo 20.

Art. 11. A capitalização de reservas de capital, de reavaliação, de contingência, de lucros a realizar e de doações produz ajuste exclusivamente na quantidade de ações ou quotas integralizadas detidas pelo investidor e/ou na correspondente fração do capital social integralizado, não implicando alterações nos valores em moeda estrangeira ou nacional constantes do registro nos itens investimento e reinvestimento.

A Instrução Normativa SRF nº 118/2000, que dispõe sobre a tributação do ganho de capital decorrente da alienação de bens ou direitos e da liquidação ou resgate de aplicações financeiras, adquiridos em moeda estrangeira, e da alienação de moeda estrangeira mantida em espécie, de propriedade de pessoa física, prevê em seu artigo 4º que:

Art. 4º. Na hipótese de bens e direitos adquiridos e aplicações financeiras realizadas em moeda estrangeira com rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira, o ganho de capital corresponderá à diferença positiva, em dólares dos Estados Unidos da América, entre o valor de alienação, liquidação ou resgate e o custo de aquisição do bem ou direito ou o valor original da aplicação, convertida em reais mediante a utilização da cotação do dólar fixada, para compra, pelo Banco Central do Brasil, para a data do recebimento.

Já o artigo 26 da Instrução Normativa SRF nº 208/2002, que dispõe sobre a tributação, pelo imposto de renda, dos rendimentos recebidos de fontes situadas no exterior e dos ganhos de capital apurados na alienação de bens e direitos situados no exterior por pessoa física residente no Brasil e dos rendimentos recebidos e dos ganhos de capital apurados no País por pessoa física não-residente no Brasil, traz a seguinte regra:

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.

§ 1º. O ganho de capital é determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição do bem ou direito.

§ 2º. O custo de aquisição dos bens ou direitos adquiridos:

I - até 1995 pode ser atualizado com base nos índices constantes no Anexo I;

II - a partir de 1996 não está sujeito a atualização.

§ 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.

§ 5º. Na apuração do ganho de capital de não-residente não se aplicam as isenções e reduções previstas para o residente no Brasil.

Por fim, eis a redação do artigo 2º da Portaria MF nº 550/94:

Art. 2º. O ganho de capital corresponderá à diferença positiva, apurada em moeda estrangeira, entre o valor da alienação, redução do capital ou liquidação e o custo de aquisição da participação societária.

§ 1º. Para efeito de determinação do ganho de capital a que se refere este artigo, o valor de alienação, redução de capital ou liquidação deverá ser convertido em moeda estrangeira, tomando-se por base a taxa de câmbio fixada para venda, no dia da operação, ou na data do balanço de encerramento da empresa, no caso de liquidação.

§ 2º. Consideram-se como custo de aquisição os valores em moeda estrangeira constantes dos itens Investimento e

Reinvestimento do certificado de registro de capital estrangeiro emitido pelo Banco Central do Brasil, observado o disposto no art. 5º desta Portaria.

Trazidos à baila os fatos que deram origem à autuação e a legislação citada pela autoridade lançadora e pela recorrente, cumpre agora avaliar qual o custo de aquisição das ações da MOI, que pertenciam a investidor estrangeiro e foram alienadas para a autuada, para ao final concluir pela procedência ou não da exigência fiscal.

Segundo penso, o capital estrangeiro registrado junto ao Banco Central não reflete, no caso, o custo de aquisição suportado pelo investidor estrangeiro relativamente à participação societária alienada para a recorrente.

Isso porque não restam dúvidas que o vendedor transferiu a propriedade das ações da MOEM para a MOI, através de operação de subscrição e de integralização de aumento de capital, a qual, em contrapartida pelo recebimento das ações da MOEM, emitiu 765.647.823 ações ordinárias nominativas pelo valor de R\$ 765.647.823,00 (fls. 552-562).

Entendo que tal importância, somada ao capital social anterior da MOI (R\$ 10.000,00), ou seja, R\$ 765.657.823,00, representa o custo de aquisição do alienante.

Segundo a própria Instrução Normativa SRF nº 2008/2002, em seu artigo 26, §§ 3º e 4º, já transcrito, o custo de aquisição precisa ser comprovado com documentação hábil e idônea e, apenas na impossibilidade de sua efetiva demonstração, deve-se adotar o valor do capital registrado no Banco Central.

Nesse sentido, ainda, são as Soluções de Consulta nºs 150/2003, 336/2004 e 79/2007, além das decisões dos Processos de Consulta nºs 115/2006 e 132/2006 (ambas da 8ª Região Fiscal), cujas ementas foram trazidas pela recorrente em memorial apresentado na sessão de fevereiro de 2011, quando este feito entrou em pauta pela primeira vez.

Debruçando-se sobre o assunto, Ricardo Ferreira Bolan e Carolina dos Santos Vidigal, no artigo “Tributação do Ganho de Capital Auferido por Não-Residente na Alienação de Participação Societária”, publicado na Revista de Direito Tributário Internacional nº 06, de agosto de 2007, assim concluem (fls. 123-125 da obra):

De uma forma geral, o custo de aquisição de participação societária detida por não-residente, quando o investimento é realizado em moeda estrangeira, corresponde ao valor registrado no sistema eletrônico do Banco Central do Brasil.

Com efeito, por força da Lei n. 4.131/62, os capitais estrangeiros que ingressam no País sob a forma de investimento direto, bem como os reinvestimentos de lucros dos capitais estrangeiros, dentre outros, devem ser registrados perante o Banco Central do Brasil. Destarte, o valor do custo de aquisição de participações societárias detidas por não-residentes está devidamente refletido no registro de investimento perante o Banco Central nas hipóteses em que tais participações são compradas pelo não-residente diretamente de residentes no Brasil, mediante o ingresso no País dos recursos necessários para o pagamento do

preço, ou são subscritas por meio de investimento inicial em dinheiro ou conversão de créditos registrados ou, ainda, mediante aumentos de capital por incorporação de lucros ou reservas registráveis.

No entanto, há certamente casos em que o valor do registro do investimento estrangeiro perante o Banco Central do Brasil não corresponde ao custo de aquisição da participação societária incorrido pelo não-residente. Tais casos ocorrem sobretudo quando o não-residente adquire a participação societária diretamente de outro não-residente, já que nessa situação o adquirente apenas “herda” o registro do capital estrangeiro perante o Banco Central que havia sido efetuado quando o alienante originalmente adquiriu a participação. Por conseguinte, nessa situação o valor do registro continua a espelhar o valor que havia sido originalmente investido pelo alienante para a aquisição da participação societária e não o valor realmente incorrido pelo novo adquirente (o qual, por óbvio, pode ser maior ou menor que o valor do registro).

Sendo assim, parece-nos claro que o registro do investimento estrangeiro perante o Banco Central é um dos possíveis meios (sem dúvida o mais comum) para comprovação do custo de aquisição em moeda estrangeira de participações societárias detidas por não-residentes; todavia, esse não é de forma alguma o único, sendo certo que devem ser admitidos para tanto todos os meios de prova admitidos em direito.

As autoridades fiscais brasileiras pareciam concordar plenamente com esse entendimento, uma vez que a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 73/98, cujo artigo 26 estabelece o seguinte:

(...)

Essa mesma disposição foi posteriormente reproduzida pelo artigo 26 da Instrução Normativa n. 208/2002. (...)

(...) Deveras, tomar a posição de que o custo de aquisição de participações societárias detidas por não-residente deve necessariamente corresponder ao valor do investimento estrangeiro registrado no Banco Central é criar uma presunção absoluta (isto é, uma presunção que não admite qualquer prova em contrário) nesse sentido. Ora, se tal presunção absoluta não poderia ser criada nem mesmo por meio de lei – haja vista o conceito constitucional de renda, bem como as determinações do artigo 43 do Código Tributário Nacional – que se dirá então de um mero ato administrativo (i.e., lançamento de ofício efetuado pelas autoridades fiscais)?

(...)

Diante dessas considerações, não deveriam restar dúvidas ao intérprete/aplicador do direito de que, para fins de apuração do ganho de capital tributável em uma operação que implique alienação, o custo de aquisição do investimento pelo não-

residente em participações societárias pode ser comprovado por quaisquer meios hábeis e idôneos, sendo o registro perante o Banco Central apenas um desses meios.

Concordo com tal posicionamento, pois, cumpre reiterar, o valor do capital registrado no Banco Central representa tão-somente uma das formas de comprovação do custo de aquisição, devendo ser admitida para este fim qualquer outra prova hábil e idônea.

Analizando situação semelhante a esta, a Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes proferiu acórdão cuja ementa é a seguinte:

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

Período de apuração: 01/10/2002 a 31/07/2003

RESPONSABILIDADE DA FONTE. RENDIMENTOS DE PESSOA JURÍDICA RESIDENTE OU DOMICILIADA NO EXTERIOR.

Compete à fonte pagadora reter e recolher o imposto de renda incidente sobre os rendimentos de pessoa jurídica residente ou domiciliada no exterior.

(...)

PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. CUSTO DE AQUISIÇÃO.

A alteração contratual, devidamente registrada na competente Junta Comercial faz prova do custo de aquisição das quotas representativas do capital social, salvo prova incontestante em contrário.

(...)

Preliminares rejeitadas.

Recurso parcialmente provido.

(Recurso Voluntário nº 157.475, Acórdão nº 102-49.101, Relatora Conselheira Núbia Matos Moura, julgado em 29/05/2008)

Do voto proferido pela Relatora, Conselheira Núbia Matos Moura, trago à colação as seguintes passagens:

No mérito, a Recorrente afirma que as quotas representativas de capital social de Ozyx Indústria e Comércio de Artigos Esportivos Ltda foram adquiridas pela Biraco Sociedad Anonima ao custo de R\$ 39.414.150,00 e para comprovar tal afirmação juntou aos autos cópia da Sexta Alteração Contratual da Ozyx, fls. 298/300.

Da referida alteração contratual verifica-se que Biraco Sociedad Anônima ingressou na Ozyx Indústria e Comércio de Artigos Esportivos Ltda, subscrevendo 39.414.150 quotas, no valor de R\$ 1,00 cada uma e que a integralização foi realizada mediante dação de bens imóveis, quais sejam: 69% do total do imóvel objeto da matrícula nº 18.641, do Registro de Imóveis da 2º Circunscrição de Joinville, pelo valor de R\$ 38.802.150,00; terreno e casa situados a Rua Visconde de Taunay, 275, Joinville, no valor de R\$ 270.000,00; e terreno, matrícula nº 23.034 do Registro de Imóveis da 2º Circunscrição de Joinville, no valor de R\$ 342.000,00.

Em reforço às suas alegações, a Recorrente apresentou aditamento às suas razões de defesa, em 30/07/2007, informando que a pessoa jurídica Ozyx Indústria e Comércio de Artigos Esportivos Ltda também foi autuada pela ausência de recolhimento de imposto de renda retido na fonte sobre ganho de capital de Biraco Sociedad Anonima. A autoridade fiscal teria constatado que os valores dos imóveis objetos da integralização das quotas representativas de capital social de Ozyx Indústria e Comércio de Artigos Esportivos Ltda foram maiores que os custos de aquisição dos referidos imóveis, apurando-se, portanto, ganho de capital.

Ao contrário do que afirma a autoridade julgadora de primeira instância, há de se observar que a alteração contratual, devidamente registrada na competente Junta Comercial faz prova do custo de aquisição das quotas representativas do capital social. Não pode a autoridade fiscal rechaçá-lo, sem que se comprove sua inidoneidade.

Ressalte-se que a própria autoridade fiscal, baseada na Sexta Alteração Contratual do Contrato Social de Ozyx Indústria e Comércio de Artigos Esportivos Ltda, admitiu que Biraco Sociedade Anonima havia ingressado na sociedade, subscrevendo quotas ao custo total de R\$ 39.414.150,00. Não se pode admitir que tal custo de aquisição prevalece em uma situação e em outra não.

Deste modo, há de se concluir que a Sexta Alteração Contratual do Contrato Social de Ozyx Indústria e Comércio de Artigos Esportivos Ltda, fls. 298/300, faz prova do custo de aquisição das quotas representativas do capital social.

Levando-se em consideração que as quotas foram alienadas pelo mesmo valor do custo de aquisição não há que se falar em ganho de capital obtido por Biraco Sociedad Anonima quando da alienação das quotas representativas de capital para a contribuinte autuada.

A autoridade lançadora (fls. 584) e a recorrente fazem menção à Solução de Consulta nº 435, de 20 de outubro de 2005, da 7ª Região Fiscal, cuja ementa expressa que:

GANHO DE CAPITAL. RESIDENTE OU DOMICILIADO NO EXTERIOR. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA EM SUBSCRIÇÃO DE CAPITAL DE SOCIEDADE NO BRASIL. INVESTIMENTO REGISTRADO NO BANCO CENTRAL DO BRASIL. A incidência do imposto de renda sobre ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior na alienação de participação societária em integralização de capital de pessoa jurídica domiciliada no exterior, somente ocorre se o valor da integralização for superior ao montante registrado como investimento ou reinvestimento junto ao Banco Central do Brasil. O valor de alienação da participação societária transferida será considerado custo de aquisição da participação societária emitida pela sociedade investida, para fins de posterior apuração de ganho de capital relativo ao novo investimento.

(Grifei)

Salvo melhor juízo, a conclusão a que chegou a Receita Federal no caso acima destacado dá sustentação à pretensão da recorrente, pois admite como custo de aquisição o valor de integralização de capital de pessoa jurídica domiciliada no exterior.

A utilização do valor do capital estrangeiro registrado junto ao BACEN levaria a uma tributação do capital do não-residente e não da renda representada pela diferença entre o custo de aquisição e o preço da venda das ações, o que desrespeita a regra do artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Com tais breves considerações, entendo que não pode prevalecer a exigência fiscal, pois, no caso, o custo de aquisição da participação societária alienada é aquele efetivamente incorrido pela vendedora (R\$ 765.657.823,00) e não apenas o valor do capital registrado no Banco Central.

Considerando que o valor da alienação foi de US\$ 249.552.220,00 ou de R\$ 675.263.352,1, utilizando a taxa de câmbio 2,7059 adotada pela fiscalização, há de se concluir que inexistiu ganho de capital na venda das ações da MOI para a recorrente.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

Gonçalo Bonet Allage

Voto Vencedor

Conselheiro José Evande Carvalho Araújo, Designado

Na sessão de julgamento deste processo, ousei divergir do posicionamento do Ilustre Relator, entendimento que prevaleceu pelo voto de qualidade do Presidente da Turma.

A despeito dos argumentos de que o custo de aquisição da Morro Ouro Investimentos S/A (MOI) de R\$ 765.657.823,00 está corretamente comprovado pelo recorrente, e que por isso não houve ganho de capital na operação de venda, penso ter sido correta a opção da fiscalização de não admitir esse valor.

Julgo que os fatos constantes nos autos demonstram que a reorganização societária da empresa Rio Tinto visou precipuamente à criação de um custo de aquisição fictício e inexistente, com o objetivo de mascarar ganho de capital na venda de sua parte na empresa Rio Paracatu Mineração (RPM) para a recorrente.

Pela clareza da informação, tomo a liberdade de transcrever excertos do Memorial da Fazenda Nacional apresentado por ocasião do julgamento do caso:

Trata-se de lançamento do IRRF, referente ao ganho de capital percebido por investidor estrangeiro (Grupo Rio Tinto), na alienação de ativo situado no País para a então TVX Participações Ltda. (atual Kinross Participações), subsidiária brasileira da multinacional Kinross Gold Corporation.

Em síntese, o cerne do processo diz respeito à apuração de ganho de capital na operação de transferência do controle societário da Rio Paracatu Mineração S/A, do Grupo Rio Tinto para a então TVX Participações, operação instrumentalizada mediante as empresas Morro de Ouro Empreendimentos S/A (MOEM) e Morro de Ouro Investimentos S/A (MOI).

É essencial acentuar, desde logo, que o negócio praticado entre o Rio Tinto e a TVX deve ser analisado *como um todo*, na medida em que a operação foi fracionada em diversos passos pelo investidor estrangeiro, com o claro intuito de encobrir o ganho de capital auferido na negociação.

Como descrito no Termo de Verificação Fiscal (fls. 583-598), em 23/12/2004, a TVX efetuou a remessa de US\$ 249.552.220,00 ao exterior, em pagamento da totalidade das ações da MOI, detidas pelo Grupo Rio Tinto.

Indagada a respeito da retenção do imposto incidente sobre o ganho de capital do investidor estrangeiro, a autuada informou que “não ocorreu ganho de capital na aquisição das ações da Morro de Ouro Investimentos S/A, posto que o valor de venda das ações (*em moeda nacional, R\$ 672.543.232,90*) foi inferior ao valor do Capital Social da sociedade (*R\$ 765.657.823,00*)” (fls. 505-506).

Esse é o ponto central da argumentação da recorrente. As ações da MOI foram alienadas por preço inferior ao seu custo de aquisição, o que indicaria a ausência de ganho de capital para a parte vendedora. Por conseguinte, estaria justificada a não retenção do imposto.

Cumpra sublinhar, contudo, que o argumento tem por referencial apenas o último passo da reorganização societária engendrada pelo Grupo Rio Tinto: a alienação das ações da MOI para a TVX.

Não obstante, é outra a conclusão extraída da análise da *totalidade* do negócio. De fato, o exame do conjunto de operações societárias realizadas pelo investidor estrangeiro evidencia a apuração de ganho de capital no processo de transferência do controle da Rio Paracatu Mineração para a TVX, o que será demonstrado a seguir.

O NEGÓCIO

- Finalidade: Alienação de 51% das ações da Rio Paracatu Mineração S.A. (RPM).
- Vendedor: Grupo Rio Tinto, que controlava a RPM através da empresa Rio Tinto Brasil.
- Comprador: TVX Participações (Kinross Gold Corporation), que detinha 49% das ações da RPM.
- Valor da alienação: US\$ 249.552.220,00 (= R\$ 672.543.232,90).
- *Modus operandi*: reorganização societária prévia à alienação propriamente dita, com a interposição das empresas MOEM e MOI entre o Rio Tinto e a RPM, o que possibilitou a majoração do custo de aquisição das ações da RPM no interior do grupo econômico.
- Fontes das informações relativas ao negócio: (i) laudo de avaliação a mercado da RPM, de 21/11/2004 (fls. 229-267), e (ii) a impugnação apresentada pela RPM no processo administrativo nº 13609.000814/2009-93, referente à glosa da amortização do ágio gerado nas operações em exame:

(i) Laudo da avaliação a mercado da RPM, emitido em 21/11/2004 (data-base: 30/9/2004).

“Introdução e objetivos

Constituída em 1984, a Rio Paracatu Mineração SA (RPM) é empresa controlada indiretamente pelos grupos RT Brazilian Holdings (51%) e Kinross Gold Corporation (49%). Suas operações consistem na lavra do minério de ouro e sua industrialização.

Suas operações industriais estão localizadas no município de Paracatu (MG), A jazida da qual é extraído o minério beneficiado em suas operações também está localizada no município de Paracatu (MG).

A administração informou que atualmente os grupos controladores estão finalizando processo de negociação de suas respectivas participações no capital da RPM:

▪ **A RT Brazilian Holdings, detentora de 51% do capital da RPM, alienaria sua participação para a Kinross Gold Corporation.**

• **O valor envolvido na negociação seria de cerca de US\$ 260 milhões, o que corresponderia a cerca de US\$ 510 milhões pela totalidade das ações da RPM.**

A administração da RT Brazilian Holdings informou que pretende efetuar operação de reorganização societária, para a qual necessitará de estimativa do valor econômico da RPM, na data-base de 30 de setembro de 2004.

Tendo em vista esse contexto, a administração da RPM solicitou a assessoria independente da Trevisan Consultores na análise do valor econômico da RPM, com base na metodologia do fluxo de caixa descontado, com objetivo de subsidiar a operação de reorganização societária pretendida.

A análise da operação de reorganização societária pretendida pela administração ou de tratamento contábil relacionado não fez parte do escopo da Trevisan Consultores. Nossos trabalhos foram baseados em dados e informações gerenciais e contábeis, e em outras informações, fornecidos pela administração da empresa, **considerando-os fidedignos e de boa-fé” (grifos nossos, fl. 231)**

(ii) Impugnação apresentada pela RPM no processo nº 13609.000814/2009-93.

“3.43 Ressalte-se que, ao contrário do entendimento da autoridade fiscal, os objetivos almejados nas reorganizações societárias foram: **(i) a aquisição pela Kinross de 51% das ações de emissão da ora IMPUGNANTE, ainda que indiretamente, mediante a aquisição do controle acionário da MOI;** e (ii) a simplificação da estrutura societária com a consequente redução de custos, e não apenas pagar menos imposto.” (grifos nossos)

Assim, a partir de um laudo de avaliação que calculou que o valor de mercado da RPM seria de R\$ 1.432.355.816,00 (fls. 228 a 267), montou-se uma complexa operação que envolveu duas empresas que, em um período de um pouco mais de um ano, foram criadas com um aporte de apenas R\$10.000,00, tiveram seu capital aumentado com base nas ações reavaliadas da RPM, e finalmente foram incorporadas pela própria RPM. Como a recorrente adquiriu uma das empresas intermediárias, que teve seu custo inflado pela citada reorganização societária, a vendedora supostamente não teria auferido ganho de capital.

Na prática, o custo de aquisição utilizado na apuração do ganho de capital foi o valor de mercado do investimento a ser vendido, o que fere o próprio conceito de ganho de capital, que consiste na valorização do bem negociado. Utilizando-se uma comparação com a vida cotidiana, é como se, antes de vender um imóvel, o cidadão pudesse atualizar seu custo de aquisição pelo mesmo preço que pretende cobrar.

A análise do processo como um todo, composto por uma série de operações que escapam à lógica de negócios jurídicos usuais, suporta a conclusão de se tratar de planejamento tributário visando à criação de custo de aquisição artificial.

Se tudo o que foi dito não bastasse para comprovar o verdadeiro intuito negocial da operação descrita, basta acrescentar que, no contrato de venda da MOI, a recorrente fez constar cláusula que obriga a vendedora a indenizá-la no caso de tributação, pelo Fisco, do ganho de capital por ventura apurado, o que demonstra o conhecimento da ilicitude e de suas possíveis consequências.

Desta forma, diante da evidência da artificialidade do custo de aquisição apresentado para o negócio, não poderia o Fisco admiti-lo para o cálculo do ganho de capital. Em seu lugar, adotou os valores em moeda estrangeira registrados no Banco Central do Brasil pela vendedora referentes ao investimento externo direto e indireto, que corresponde justamente ao valor efetivamente aplicada pelo Grupo Rio Tinto no país.

Observe-se que toda a legislação citada no voto vencido suporta essa conclusão, uma vez que exige a comprovação do custo de aquisição com documentação hábil e idônea, mas utiliza o capital registrado no Banco Central do Brasil, vinculado à compra do bem ou direito, quando o custo indicado não puder ser admitido. É o que diz o art. 26 da Instrução Normativa SRF nº 208, de 2002, em conjunto com o art. 18 da Lei nº 9.249, de 1995.

Aliás, o art. 18 da Lei nº 9.249, de 1995 é citado como um verdadeiro mantra da defesa, pois afirma que o ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País, como se a legislação permitisse que as empresas nacionais fabricassem custos de aquisições fantasiosos sem possibilidade de contestação pelo Fisco.

A doutrina trazida no voto vencido (“Tributação do Ganho de Capital Auferido por Não-Residente na Alienação de Participação Societária”, Revista de Direito Tributário Internacional nº 06, de agosto de 2007) caminha na mesma direção, concluindo que o valor registrado no sistema eletrônico do Banco Central do Brasil reflete, de forma geral, o custo de aquisição de participação societária detida por não-residente, pois representa o capital estrangeiro que efetivamente ingressou no país.

Os citados doutrinadores defendem que existem situações nas quais o valor do Banco Central não seria o custo efetivo, como no caso de venda anterior da participação societária para outro não-residente, pois o valor efetivamente pago pelo novo comprador não estaria registrado no Brasil. Mas essa conclusão não se aplica ao caso em tela, pois o vendedor estrangeiro é o mesmo que adquiriu a participação societária vendida, e os únicos recursos que efetivamente se utilizou para adquiri-la estão registrados no Banco Central. Recorde-se que as empresas intermediárias utilizadas no planejamento tributário não agregaram recursos efetivos ao custo de aquisição, pois receberam aportes de capital ínfimos, e que tiveram seu custo inflado com base no valor de mercado da empresa objeto da transação.

Finalmente, não compartilho da preocupação do Ilustre Relator de que esta Turma estaria modificando os fundamentos da autuação.

Os fatos estão devidamente descritos nos autos, com especial ênfase às características da reorganização societária. O autuante manifestou de forma explícita sua insatisfação com o custo de aquisição apresentado para a operação de venda de ações. Utilizou, então, custo de aquisição previsto pela legislação, que reflete o valor real do investimento negociado. E procedeu à tributação correta do ganho de capital auferido: incidência na fonte no momento do crédito à pessoa jurídica residente no exterior, efetuando o lançamento no responsável pela retenção e recolhimento do tributo: o adquirente residente no Brasil.

Assim por considerar irretocável o lançamento, a Turma Julgadora, pelo voto de qualidade de seu Presidente, entendeu por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)
José Evande Carvalho Araujo