



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 16327.720648/2012-03
Recurso n° Especial do Contribuinte
Resolução n° **9202-000.037 – 2ª Turma**
Data 28 de setembro de 2016
Assunto Solicitação de diligência
Recorrente BM&F BOVESPA S/A - BOLSA DE VALORES, MERCADORIAS E FUTUROS
Interessado FAZENDA NACIONAL

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência à Unidade de Origem, para que o sujeito passivo seja cientificado do Despacho de Admissibilidade de Recurso Especial e do Despacho de Reexame.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator e Presidente em exercício

Da autuação ao acórdão do recurso voluntário

Trata o presente processo de exigência de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF, acrescido de juros de mora e multa de ofício, decorrente de falta de retenção do Imposto de Renda (IRRF) apurado sobre os ganhos de capital relativos à integralização de capital realizada por meio de conferência de ações de investidores não residentes por ocasião da incorporação de ações da Bovespa Holding S/A (Bovespa Holding) CNPJ 08.695.953/0001-23, em 05/2008, pela Nova Bolsa S/A (Nova Bolsa) CNPJ 09.346.601/0001-25, atual BM&F Bovespa S/A Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (BMFBovespa), conforme auto de infração de e-fls. 1127 a 1130, cientificado à contribuinte em 22/05/2012.

O procedimento fiscal com as razões da exigência dele decorrente está descrito no Termo de Verificação Fiscal – TVF, às e-fls. 1112 a 1126, sendo o montante do crédito tributário exigido de R\$ 147.010.452,93, calculado até maio de 2012.

O auto de infrações foi objeto de impugnação pelo contribuinte, em 21/06/2012, anexada às e-fls. 1180 a 1242 dos autos. A impugnação foi apreciada na 10ª Turma da DRJ em São Paulo I que, por unanimidade, em 31/01/2013, a julgou improcedente, mantendo o crédito tributário lançado, conforme acórdão n° 16-48.003, às e-fls. 1314 a 1341.

Inconformado, a contribuinte, em 16/08/2013, apresentou recurso voluntário, às e-fls. 1346 a 1445, no qual sustentou, em resumo:

(i) a decisão recorrida violou o princípio da ampla defesa e do contraditório, uma vez que não foram apreciadas questões relevantes ao deslinde do caso ("1.2.2 - O Regime de Caixa Aplicável às Pessoas Físicas e aos Não-Residentes" e "2 - Da Ausência de Responsabilidade por parte da Impugnante - Inaplicabilidade do Artigo 26 da Lei nº 10.833/03 ao Presente Caso");

(ii) o lançamento fiscal é ilíquido e incerto, pois não considerou/investigou os pagamentos realizados pelos contribuintes de fato (procuradores dos não-residentes);

(iii) a Recorrente, por ser mera responsável e não contribuinte, não tem poder de ingerência ou persuasão sobre os efetivos contribuintes (não residentes), motivo pelo qual a Turma Julgadora deveria ter convertido o julgamento em diligência para evitar a cobrança de crédito tributário em duplicidade;

(iv) a operação de incorporação de ações gera efeitos tributários diferenciados para as companhias incorporadora e incorporada e para os acionistas da incorporada; estes últimos tem suas ações substituídas, em verdadeira sub-rogação real;

(v) os não-residentes (e pessoas físicas) sujeitam-se ao regime de caixa, apenas sendo tributados quando os rendimentos são efetivamente recebidos em dinheiro;

(vi) ainda que se diga que a sub-rogação real ocorrida no presente caso possui efeitos permutativos, o fato é que não houve o recebimento de recursos financeiros, não havendo, portanto, que se falar na apuração de ganho de capital;

(vii) não ocorreu o fato gerador do IRRF (pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa de ganhos de capital a residentes no exterior);

(viii) a tributação, no caso concreto, somente poderá ocorrer quando da alienação, pelos investidores não-residentes, das ações da Recorrente recebidas na incorporação de ações, o que acaba por resultar em duplicidade de tributação sobre os mesmos valores; e

(ix) o artigo 23 da Lei nº 9.249/95 não se aplica ao caso concreto, já que não se trata de operação de integralização de capital.

(x) o IRRF debatido nos autos só poderia ser exigido dos representantes legais dos investidores não-residentes, tendo em vista que a responsabilidade prevista no artigo 26 da Lei nº 10.833/03 apenas é aplicável nas hipóteses em que ônus financeiro não seja atribuído ao responsável tributário, como ocorreu no caso em apreço. O peso econômico do tributo deve ser sempre suportado por aquele que adquiriu eventual disponibilidade econômica ou jurídica da renda, o contribuinte;

(xi) Na remota hipótese deste E. CARF considerar que a incorporação de ações resultou na apuração de ganho de capital tributável para os

então acionistas da Bovespa Holding SA, o que se admite ad

argumentandum, *supostos ganhos auferidos pelos Investidores 2.689 são isentos;*

(xii) A Turma Julgadora indevidamente desconsiderou o custo das ações da Bovespa \ \ Holding S.A. detidas pelos investidores diretos Lehman Bros Special Finance e Citigroup Financia! Products comprometendo novamente a liquidez e a certeza do auto de infração;

(xiii) Não são devidos juros sobre a multa de ofício, em clara obediência ao Princípio da Legalidade.

Em 17/10/2013, a Procuradoria da Fazenda Nacional trouxe aos autos contrarrazões ao recurso voluntário, às e-fls. 1516 a 1546, com base no § 2º do art. 48 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 256 de 22/06/2009.

Em 15/04/2014, foi juntado processo memorial complementar da contribuinte, às e-fls. 1549 a 1553, ao qual vieram anexados pareceres de doutrinadores sobre a matéria. Ao final do memorial, o representante da contribuinte requer conversão do julgamento em diligência.

Cientificada do memorial e dos pareceres, a Fazenda Nacional apresentou manifestação, às e-fls. 1708 a 1732, que culminou com pedido de denegação do pedido de conversão em diligência e reiteração do pedido de desprovisionamento do recurso voluntário.

Em 08/06/2015, foi juntado ao processo mais um memorial complementar, cuja juntada fora solicitada em 14/08/2014, trazendo entendimento do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, segundo o qual inexistiria alienação de ações pelos acionistas no caso em apreço, e contrapondo-se a manifestação da PGFN.

A 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento do CARF julgou o recurso voluntário em 10/03/2015, resultando no acórdão nº 2202-003.012, às e-fls. 1742 a 1808, que, por voto de qualidade, negou provimento ao recurso. Esse acórdão recebeu as seguintes ementas:

NULIDADE. INEXISTÊNCIA

As hipóteses de nulidade do procedimento são as elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235, de 1972, não havendo que se falar em nulidade por outras razões, ainda mais quando o fundamento argüido pelo contribuinte a título de preliminar se confundir com o próprio mérito da questão.

NULIDADE. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

Rejeita-se a preliminar de nulidade de acórdão amparada em falta de motivação, pois o acórdão contém fundamentação suficiente para a decisão adotada.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO.

Indefere-se o pedido de diligência quando nada acrescentar aos elementos constantes dos autos, considerados suficientes para formação da convicção e o conseqüente julgamento do feito.

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo. O sujeito passivo transferiu ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado.

GANHO DE CAPITAL. ALIENANTE, RESIDENTE NO EXTERIOR, DE BENS LOCALIZADOS NO PAIS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO.

Após a vigência da Lei nº 10.833, de 2003, o imposto sobre o ganho de capital na alienação de bens localizados no Brasil, por alienante residente no exterior, deve ser recolhido pelo adquirente.

POSSIBILIDADE DA RETENÇÃO PELO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO A estrutura de retenção na fonte demanda a incidência de três normas interdependentes. A primeira é a norma de incidência do Imposto de Renda; a segunda é a norma de substituição tributária que afeta a sujeição passiva do tributo, transferindo-a do contribuinte aos responsáveis, a terceira é a norma de retenção que autoriza o responsável reter o valor pago a título de tributos no pagamento efetuado ao contribuinte. A legislação além de autorizar a retenção, permite que o responsável assumo o ônus econômico do tributo, quando poderá utilizar esses valores a título de despesa na apuração do lucro real. Legítima a utilização do regime de retenção na fonte no recolhimento de Imposto sobre a Renda decorrente de incorporação de ações.

Indeferir Pedido de Diligência

Preliminares rejeitadas.

Recurso negado.

O acórdão teve a seguinte dicção:

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, indeferir o pedido de diligência, rejeitar as preliminares, e no mérito, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros RAFAEL PANDOLFO, PEDRO ANAN JUNIOR e JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado), que proviam o recurso. Os Conselheiros PEDRO ANAN JUNIOR e JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado) apresentarão declaração de voto. Fizeram sustentação oral, pelo Contribuinte o Dr. Roberto Quiroga Mosquera OAB/SP 83.755 e pela Fazenda Nacional a Dr^a Livia da Silva Queiroz (Procuradora da Fazenda Nacional).

Embargos de declaração da contribuinte

Cientificada do resultado do acórdão em 12/06/2015 (e-fl. 1835), por meio da intimação nº 450/2015 da DEINF em São Paulo (e-fl. 1833), a contribuinte interpôs embargos de declaração em 18/06/2015, às e-fls. 1837 a 1848, apontando omissões, contradições e obscuridades no acórdão do recurso voluntário.

Em 1º/07/2015, no despacho de e-fls. 1926 a 1932, o Presidente da 2ª Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção de Julgamento, não vendo qualquer vício a ser sanado na decisão, rejeitou os embargos. A intimação nº 526/2015 da DEINF em São Paulo (e-fl. 1934) deu ciência desse despacho à contribuinte em 08/07/2015 (e-fl. 1936).

RE da contribuinte

A contribuinte interpôs recurso especial de divergência - RE, às e-fls. 1938 a 1979, em 22/07/2015, entendendo que o acórdão recorrido merece ser reformado, tendo em vista as matérias, que abaixo resumimos:

a) nulidade do acórdão proferido pela DRJ - apresentando como paradigmas os acórdãos nº 1301-001.123 (e-fls. 2073 a 2077) e nº 105-16.694 (e-fls. 2080 a 2085)

b) natureza jurídica da incorporação de ações, se tributável ou não - apresentando como paradigmas os acórdãos nº 9202-003.579 (e-fls 2091 a 2147) e nº 2101-01.366 (e-fls. 2152 a 2163)

c) desconsideração do custo de aquisição dos investidores Lehman Bros e Citigroup - apresentando como paradigmas os acórdãos nº 1103-001.047 (2167 a 2210) e nº 3403-001.734 (e-fls. 2214 a 2234)

d) isonomia em relação ao tratamento dado pela Lei nº 13.043, de 2014, quanto ao momento da disponibilidade aos acionistas e, conseqüentemente, ao valor da base de cálculo do ganho de capital - apresentando como paradigma o acórdão nº 9101-01.257 (e-fl. 2238 a 2242)

e) juros de mora calculados com base na Selic sobre a multa de ofício - apresentando como paradigma o acórdão nº 9101-01.257 (e-fl. 2238 a 2242)

Em despacho para exame da admissibilidade do RE da contribuinte, às e-fls. 2257 a 2279, a Presidente da 2ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento, com fundamento nos artigos 67 e 68, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, deu-lhe seguimento parcial, para que fossem rediscutidas apenas as matérias dos itens “b” (natureza jurídica da incorporação de ações, se tributável ou não) - e “e”(juros de mora calculados com base na Selic sobre a multa de ofício).

Para os itens “a” (nulidade do acórdão da DRJ) e “d” (isonomia com a Lei nº 13.043/14 em relação ao momento da disponibilidade aos acionistas) não ficou evidenciada a similaridade fática entre os paradigmas e o recorrido. No tocante ao item “c” (Desconsideração do custo de aquisição de alguns acionistas), inexistiu o necessário prequestionamento relativamente à legislação que a contribuinte indica ter sido interpretada de forma divergente.

No despacho de e-fls. 2280 e 2281, o Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais confirmou as conclusões do despacho acima, vetando a apreciação das matérias dos itens a), c) e d).

Especificamente com relação à matéria do item b) apresentados quatro pontos de divergência nos paradigmas informados:

i) não ocorrência de alienação, mas substituição de participação societária, descabendo incidência do § 3º do art. 3º da Lei nº 7.713/1988, pois para que ocorresse alienação seria necessária a ocorrência de negócio jurídico bilateral com transferência de bem ou direito a título oneroso, nos moldes previstos no Código Civil;

ii) existiria apenas sub-rogação, no patrimônio do acionista, de ações de uma empresa pelas de outra, por força de lei, e não integralização de capital pela pessoa física; esse procedimento se dá entre empresas e não entre o acionista e a sociedade incorporadora;

iii) não seria aplicável o art. 23 da Lei nº 9.249/1995, pois a incorporação de ações não representa subscrição de capital em bens pelo acionista;

iv) inexistiria qualquer disponibilidade de renda pelo acionista, sendo o ganho apenas potencial, devendo haver alienação das ações recebidas com recebimento das quantias para existir tal ganho; não havendo recebimento do preço não há acréscimo patrimonial a ser tributado.

A matéria do item *e)* tem paradigma que afirma impossibilidade de exigência de juros de mora sobre multa de ofício por considerar que tais multas não decorrem da tributação, mas de descumprimento de dever legal de declarar ou pagar os tributos, incidindo apenas sobre multas isoladas.

O processo foi encaminhado à autoridade preparadora para intimação do recorrente e posterior encaminhamento à Fazenda Nacional.

Não consta intimação do recorrente.

Contrarrazões da Fazenda

Cientificada em 07/04/2016 (e-fl. 2312) do RE da contribuinte, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões a ele em 20/04/2016, às e-fls. 2313 a 2322.

Quanto à discussão sobre a natureza jurídica da alienação das ações a Procuradoria argumenta que na incorporação de ações há integralização de aumento de capital da incorporadora com bens (ações incorporadas) de propriedade do acionista, como previsão legal de que seja esta incorporação autorizada em assembleia, inexistindo, por isso, alienação forçada. Não ocorre alienação das ações para a holding e a partir dessa a incorporação, mas sim subscrição e incorporação de bens do acionista na incorporadora. Havida essa operação, e sendo o capital integralizado em valor superior àquele que consta na declaração de bens do proprietário das ações, existe ganho de capital tributável, de acordo com o § 2º do art. 23 da Lei nº 9.249/1995.

Não há que se falar em fato permutativo, pois em face do aumento do valor do bem constante na declaração de rendimentos do subscritor, pois a subscrição implica em dívida de valor em dinheiro, obrigação pecuniária de integralizar o valor devido, apesar deste valor pode ser extinto por dação e pagamento por força de lei.

Quanto aos juros moratórios, em suma, o argumento é de que os débitos para com a União, referidos no § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430/1996, sujeitos a juros de mora abrangem não apenas o tributo, mas também a multa de ofício, pois ambos compõem o crédito tributário, a partir da inteligência com o inc. I do § 1º do art. 44 do mesmo diploma.

Processo nº 16327.720648/2012-03
Resolução nº **9202-000.037**

CSRF-T2
Fl. 8

É o relatório

Conforme relatado acima, verifica-se que o processo foi encaminhado à autoridade preparadora para intimação do recorrente acerca da admissibilidade do Recurso Especial, que foi apenas parcial, e posterior encaminhamento à Fazenda Nacional. Porém, não consta dos autos prova dessa intimação.

Para saneamento, proponho converter o julgamento do recurso em diligência para que a autoridade preparadora dê ciência dos despachos de admissibilidade e reexame ao contribuinte.

Ao final, retorne-se a este colegiado, para prosseguimento.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos