



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720842/2020-91
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-006.932 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2024
Recorrente BANCO BRADESCO S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 01/07/2016

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA NO PAÍS. PESSOA JURÍDICA ALIENANTE DOMICILIADA NO EXTERIOR. CUSTO DE AQUISIÇÃO.

Para apuração do ganho de capital auferido pelas pessoas jurídicas não residentes, na alienação de participação societária de investidas no Brasil, adquiridas por pessoa jurídica residente País, aplicam-se as mesmas regras que disciplinam a tributação de pessoas físicas, a teor do disposto na legislação tributária específica sobre operações dessa natureza.

O valor do ganho de capital, nos termos da legislação de regência, é obtido pela diferença entre o preço de alienação e o custo de aquisição comprovado, ambos em Reais, considerando as datas em que incorridos os investimentos e reinvestimentos realizados.

RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOR. REAJUSTAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. LEGALIDADE.

Não tendo a fonte pagadora efetuado a retenção que lhe cabia realizar, presume-se que assumiu o ônus do IRRF, hipótese em que a base de cálculo deve ser reajustada para considerar o valor efetivamente transferido ao beneficiário como líquido.

CUSTO DE AQUISIÇÃO. DETERMINAÇÃO DO SEU VALOR. CAPITAL SOCIAL. VALIDADE.

A constatação de que os valores relativos aos aportes diretos dos sócios e dos reinvestimentos dos resultados das empresas objeto da alienação correspondem ao capital social das mesmas, torna ainda mais legítima a forma de determinação do custo de aquisição, mormente quando as respectivas informações são fornecidas pela própria Contribuinte, após intimação fiscal para tal mister, e são lastreadas nos Registros Declaratórios Eletrônicos de Investimento Externo Direto (RDE-IED) junto ao Banco Central do Brasil.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 01/07/2016

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

MULTA DE OFÍCIO. RAZOABILIDADE.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF n.º 2)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, André Severo Chaves e André Luis Ulrich Pinto que lhe davam provimento. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva e André Severo Chaves. Entretanto, dentro do prazo regimental, o Conselheiro André Severo Chaves declinou da intenção de apresentá-la, que deve ser considerada como não formulada, nos termos do § 7º, do art. 114, do Anexo da Portaria MF n.º 1.634/2023 (RICARF). Julgamento realizado após a vigência da Lei n.º 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Fernando Augusto Carvalho de Souza, André Severo Chaves, André Luis Ulrich Pinto e Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Trata o presente processo de auto de infração lavrado em face do BANCO BRADESCO S/A, através do qual se está a exigir Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF incidente sobre ganho de capital apurado por investidor não residente no país. O crédito tributário constituído importou em R\$ 1.609.382.091,98 (um bilhão, seiscentos e nove milhões, trezentos e oitenta e dois mil, noventa e um Reais e noventa e oito centavos), já incluídos a multa de ofício, aplicada no patamar de 75% (setenta e cinco por cento) e os juros moratórios devidos até o momento da lavratura do auto de infração. Por bem refletir os fatos que envolvem o presente processo, reproduzo o Relatório da decisão recorrida naquilo que é essencial para a compreensão da matéria em apreço (v. e-fls. 1.351/1.382):

A fiscalização contextualiza a operação ensejadora do ganho de capital, bem como a fundamentação legal da lavratura, nos seguintes termos:

“Em 01/07/2016, o Banco Bradesco S.A. concluiu a aquisição das companhias HSBC Bank Brasil S.A., CNPJ 01.701.201/0001-89 e HSBC Serviços e Participações Ltda., CNPJ 62.448.162/0001-44, localizadas no Brasil, que tinham como sócias as pessoas jurídicas, sediadas no exterior, HSBC Latin America Holdings (UK) Limited e HSBC Investment Bank Holdings B.V.). (...)

De forma consistente com as disposições contidas no art. 18 da Lei n.º. 9.249, de 1995, a IN SRF n.º 2008, de 2002, prevê que a alienação de bens e direitos situados no Brasil realizada por não residente sujeita-se às normas aplicáveis às pessoas físicas residentes no Brasil: (...)

A Instrução Normativa SRF n.º 407, de 17 de março de 2004, ao dispor sobre a tributação dos ganhos de capital auferidos por residente ou domiciliado no exterior, estabelece a incidência do IRRF à alíquota de quinze por cento sobre os rendimentos de ganho de capital por pessoa jurídica domiciliada no exterior e determina quem são os responsáveis pela retenção e recolhimento do tributo: (...)”

A fiscalização aponta que o Banco Bradesco apresentou o seguinte quadro relativo à apuração do ganho de capital dos investidores não residentes no Brasil detentores de participação societária no Banco HSBC e HSBC Serviços:

Cálculo do Ganho de Capital		
Itens	Banco HSBC	HSBC Serviços
Valor do Preço	15.594.886.000,25	1.173.808.623,67
Custo do Investimento	13.954.488.794,54	693.648.581,55
Ganho de Capital	1.640.397.205,71	480.160.042,12
Cálculo do IRRF		
IRRF recolhido 15%	246.665.580,86	72.024.006,32

Ao apreciar tais informações, a fiscalização conclui que o Banco Bradesco teria incorrido em incorreção ao apurar o custo de aquisição dos investimentos efetuados pelos investidores estrangeiros (*a impropriedade decorreria de equívoco na conversão/atualização de valores em dólares e outras moedas estrangeiras para Reais, em desacordo com a legislação fiscal*).

Para efetuar o cálculo correto do ganho de capital, a fiscalização solicitou que o Banco Bradesco apresentasse o custo dos investimentos em seus valores originais em Reais. O Banco Bradesco atendeu tal intimação e, em decorrência dos dados fornecidos, a fiscalização verificou que “*os investimentos realizados correspondem a aportes diretos dos sócios e a reinvestimentos dos resultados das empresas, correspondendo ao valor do capital social das companhias na data de alienação, como segue: HSBC Bank S/A = R\$ 9.562.338.016,00 e HSBC Serviços S/A = R\$ 633.626.027,38*”.

A fiscalização, tendo em conta o correto custo dos investimentos realizados pelos investidores estrangeiros, recalculou o ganho de capital objeto do inaugural questionamento ao Banco Bradesco, obtendo os seguintes resultados:

Cálculo do Ganho de Capital		
Itens	Banco HSBC	HSBC Serviços
Valor do Preço	15.594.886.000,25	1.173.808.623,67
Custo do Investimento	9.562.338.016,00	633.626.027,38
Ganho de Capital	6.032.547.984,25	540.182.596,29
Cálculo do IRRF		
IRRF 15%	904.882.197,64	81.027.389,44

Em decorrência de o Banco Bradesco ter apurado incorretamente o valor do imposto de renda incidente na fonte sobre o ganho de capital auferido pelos

investidores estrangeiros, a fiscalização aponta que teriam sido disponibilizados aos alienantes valores superiores ao que tinham direito, caso tivesse sido realizada corretamente tal retenção. Tal situação caracteriza a hipótese prevista no art. 5º da Lei 4.154/62, que determina o reajustamento da base de cálculo do Imposto de Renda.

A apuração correta do ganho de capital tributável, tendo em vista o exposto no parágrafo precedente, é assim exposta pela fiscalização:

Na operação de compra e venda analisada, o ganho de capital do alienante foi de R\$6.572.730.580,54, de forma que a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue ao alienante pelo adquirente, correspondente ao rendimento de ganho de capital, será considerada como líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o tributo.

Descontando-se o valor do rendimento do alienante, sobre o qual já houve a retenção – R\$ 2.120.557.247,83 (conforme quadro apresentado pelo contribuinte) – obtém-se o rendimento pago ao alienante sobre o qual não foi realizada a devida retenção: R\$4.452.173.332,71.

A nova base de cálculo do IRRF - rendimento reajustado – é apurada da seguinte forma:

$$RR = \frac{4.452.173.332,71}{0,85} = R\$ 5.237.850.979,66$$

Inconformada com o lançamento fiscal, a Contribuinte apresentou a impugnação de e-fls. 739/768, através do qual aduz o seguinte (segundo o Relatório da decisão recorrida):

Inicialmente, o Impugnante tece as seguintes considerações acerca da alienação da HSBC Bank Brasil S/A e do HSBC Serviços e Participações Ltda., cujo controle pertencia à HSBC Latin America Holdings (UK) Limited, sociedade constituída no Reino Unido e integrante do Grupo HSBC:

Até o ano-calendário de 2015, o HSBC Bank Brasil S.A. (“Banco HSBC Brasil”) e o HSBC Serviços e Participações Ltda. (“HSBC Serviços”), sociedades atuantes no setor bancário brasileiro, eram detidas pelo HSBC Latin America Holdings (UK) Limited. (“HSBC Latin America”), sociedade constituída no Reino Unido e integrante do Grupo HSBC. Confira-se:



No contexto do regular exercício de suas atividades empresariais, o Grupo HSBC houve por bem reestruturar as suas operações no Brasil, razão pela qual iniciou as tratativas com a Requerente visando promover a alienação da integralidade da participação societária detida no Banco HSBC Brasil e no HSBC Serviços:

Concluídas as negociações, em 31.7.2015, a Requerente e o HSBC Latin America celebraram “Contrato de Compra e Venda de Ações” mediante o qual foi pactuado que, pela totalidade do investimento detido no Banco HSBC Brasil

e no HSBC Serviços seria pago (A) um preço de oferta no valor de USD 5.186.080,089,58, que seria alocado proporcionalmente entre as duas sociedades (vide tabela abaixo), e (B) um ajuste final do preço de aquisição (“Ajuste Final de Preço”):

Parte 3

Alocação do Valor da Remuneração

1 O Preço de Oferta será alocado da seguinte forma:

(1)	(2)	(3)
Companhia Alvo	Preço de Oferta Atribuível	Porcentagem Atribuível
HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo	USD 4.823.054.483,31	93%
HSBC Serviços e Participações Ltda.	USD 363.025.606,27	7%

2 Sujeito ao parágrafo 3, o Valor da Remuneração será inicialmente alocado da seguinte forma:

2.1 O Preço de Oferta será inicialmente alocado com base no valor mencionado na coluna (2) do parágrafo 1 acima.

2.2 O Valor de Ajuste Estimado será alocado entre as Ações atribuíveis a cada uma das Companhias Alvo, com base na porcentagem mencionada na coluna (3) do parágrafo 1 acima.

Ademais, foi acordado entre as partes (cláusula 6.3. do Contrato de Compra e Venda) que, na data de fechamento da operação, cuja conclusão estava condicionada à aprovação das autoridades competentes (Banco Central do Brasil e CADE), o pagamento do preço de aquisição ocorreria da seguinte forma:

(A) a Requerente realizaria o pagamento do preço de oferta (USD 5.186.080,089,58), sujeito a ajustes positivos ou negativos (“Valor de Ajuste de Preço Estimado”), incumbindo ao HSBC Latin America preparar e enviar Balanço PréFechamento à Requerente, indicando o Valor de Ajuste de Preço Estimado; e

(B) após o fechamento da operação, incumbia ao HSBC Latin America preparar o Balanço de Fechamento (cláusula 7.1 do Contrato de Compra e Venda), de modo que as partes pudessem determinar o Ajuste Final de Preço.

No que diz respeito ao momento (A), em 11.5.2016, o HSBC Latin America enviou à Requerente o documento intitulado “Demonstração Pré-Fechamento”, em que se demonstrou a existência de um “Valor de Ajuste de Preço Estimado” negativo de USD244.518.639,73, representando uma redução do preço de aquisição, o qual foi alocado proporcionalmente (93%/7%) entre o Banco HSBC Brasil e o HSBC Serviços.

Nesse contexto, na data de fechamento da operação 29.6.2016, a Requerente realizou o pagamento do montante de USD 4.941.561.449,85 como contrapartida à aquisição da totalidade da participação societária detida pelo HSBC Latin America no Banco HSBC Brasil e no HSBC Serviços (como demonstram os contratos de câmbio anexos – docs. n.ºs 7 e 8):

	Total em USD	Banco HSBC Brasil em USD	HSBC Serviços em USD
Preço de Oferta	5.186.080.089,58	4.823.054.483,31	363.025.606,27
Ajuste Estimado	244.518.639,73	227.402.334,95	17.116.304,78
Preço na Data de Fechamento (29.6.2016)	4.941.561.449,85	4.595.652.148,36	345.909.301,49

A estrutura societária simplificada do grupo, uma vez concluída a aquisição, passou a ser a seguinte:



A Impugnante aponta que a HSBC Latin America auferiu ganho de capital nas operações lembradas acima, ganho este apurado em moeda estrangeira (*valor de alienação = USD4.941.561.449,85; custo de aquisição = USD 4.315.464.514,80; ganho de capital e USD 626.096.908,05*). Tal ganho, apurado em moeda estrangeira, teria sido convertido para Reais com base na regra prevista no art. 3º da Lei n.º. 10.305, de 7 de novembro de 2001. De forma resumida, o Impugnante traz o seguinte quadro relativo à apuração do ganho de capital tributável:

Empresa	Participação Alienada	Custo de Aquisição	Preço de Alienação	Ganho de capital
HSBC Latin America	100% da participação detida no Banco HSBC Brasil	R\$ 13.950.448.794,54 (USD 4.111.053.455,10)	R\$ 15.594.886.000,25 (USD4.595.652.148,36)	R\$ 1.644.437.205,71
HSBC Latin America	100% da participação detida no HSBC Serviços	R\$ 693.648.581,55 (USD 204.411.086,70)	R\$ 1.173.808.623,67 (USD 345.909.301,49)	R\$ 480.160.042,12
			TOTAL	R\$ 2.124.597.247,83

Destaca-se que, “em atendimento à legislação fiscal então vigente, a Requerente efetuou o recolhimento de R\$ 318.689.587,17 (isto é, 15% x R\$ 2.124.597.247,83), a título de imposto de renda retido na fonte (“IRF”) na data do fechamento da operação, como demonstram os anexos Documentos de Arrecadação de Receitas Federais”.

Aponta-se, ainda, que o valor efetivo de aquisição das participações societárias detidas pelo HSBC Latin America no Banco HSBC Brasil e no HSBC Serviços teria sido reduzido, por conta de ajuste final de preço previsto em Carta de Acordo subscrita pelo Impugnante e pelo HSBC Latin America (tal ajuste teria remontado a USD 374.792.692,37).

Destaca, ainda, o impugnante que “considerando que o Ajuste Estimado de Preço já havia sido realizado no valor de USD 244.518.639,73, o HSBC Latin America promoveu à devolução, à Requerente, do valor de USD 130.274.052,64 (doc. n.º 14), a título de ajuste do preço de alienação dos investimentos no Banco HSBC Brasil e no HSBC Serviços. Nesse contexto, o preço de venda da participação detida no Banco HSBC Brasil e no HSBC Serviços foi reduzido para USD 4.811.287.397,21, o que, conforme será a seguir demonstrado, inclusive resultou no recolhimento a maior do IRF por parte da Requerente, passível de restituição pela administração

tributária”. O Impugnante traz, em sua peça defensiva, o seguinte quadro demonstrativo do ajuste em foco:

	Total em USD	Banco HSBC Brasil em USD	HSBC Serviços em USD
Preço de Oferta	5.186.080,089,58	4.823.054.483,31	363.025.606,27
Ajuste Estimado	244.518639,73	227.402.334,95	17.116.304,78
Preço na Data de Fechamento (29.6.2016)	4.941.561.449,85	4.595.652.148,36	345.909.301,49
Ajuste Final	374.792.692,37	348.557.203,90	26.235.488,47
Ajuste Estimado – Ajuste Final	- 130.274.052,64	- 121.154.868,95	- 9.119.183,68
Preço Final	4.811.287.397,21	4.474.497.279,41	336.790.117,81

No tocante ao custo do investimento da HSBC Latin America no Banco HSBC e no HSBC Serviços, aponta o Impugnante que tais investimento seria refletidos exclusivamente em moeda estrangeira, pois corresponderiam a *“investimentos e reinvestimentos realizados e registrados em moeda estrangeira - conforme se verifica da análise dos Registros Declaratórios Eletrônicos – Investimento Estrangeiro Direto (“RDE-IED”) de cada uma das sociedades”*. Destaca-se que, conforme o Anexo I da Resolução CMN nº. 3.844/2010, *“em relação aos reinvestimentos realizados pelo HSBC Latin America no Banco HSBC Brasil e no HSBC Serviços, em razão da capitalização dos lucros distribuídos por essas sociedades, a legislação expressamente dispõe que referidas operações devem ser registradas de acordo com a moeda do país para o qual poderiam ter sido remetidos”*.

O Impugnante colaciona a sua peça defensiva um quadro a seguir reproduzido, o qual abarca as informações constantes do RDE-IED de cada uma das sociedades (*Banco HSBC Brasil e HSBC Serviços*):

CAPITAL REGISTRADO EM MOEDA ESTRANGEIRA PERANTE O BACEN			
		Banco HSBC Brasil	HSBC Serviços
Investimento	USD	1.738.539.483,10	25.248.008,25
	EUR	436.656,88	547.366,60
	GBP	688,73	863,35
Reinvestimentos	EUR	48.303.508,29	8.369.534,27
	GBP	1.715.824.753,15	125.199.257,09
	BMD	2.715,32	3.403,75
	CAD	91.172,29	114.288,06
Total	USD	1.738.539.483,10	25.248.008,25
	EUR	48.740.165,17	8.916.900,87
	GBP	1.715.825.441,88	125.200.120,44
	BMD	2.715,32	3.403,75
	CAD	91.172,29	114.288,06

O procedimento adotado pelo Impugnante para a apuração do ganho de capital do HSBC Latin America, em Reais, teria sido o seguinte:

1. Conversão dos valores indicados em outras moedas estrangeiras no RDE-IED para USD;
2. Posterior a conversão dos valores obtidos em USD para Reais, observada a regra prevista no artigo 3º da Lei 10.305/01, o que resultou na apuração de custo de aquisição dos investimentos no Banco HSBC Brasil e no HSBC Serviços no valor de R\$ 13.950.448.794,54 e R\$ 693.648.581,55, respectivamente.

A fiscalização teria incorrido em impropriedade ao utilizar o valor do capital social do Banco HSBC Brasil e do HSBC Serviços, verificado à época da alienação,

como referência para a determinação do custo de aquisição do HSBC Latin America em tais sociedades. Em relação ao descabimento da adoção de tal valor, o Impugnante aponta que:

- *“Desde o advento da Lei 6.404/1976 (“Lei das S.A.”), o capital social deixou de traduzir o total das contribuições dos acionistas em favor da companhia, na medida em que parte de referidas contribuições não necessariamente se destinam à composição do capital social. Nesse contexto, convém destacar que a Lei das S.A., por intermédio de seu artigo 13, § 2º, prevê o instituto do “ágio na subscrição de ações”, que é definido como a contribuição do subscritor que ultrapassa o valor nominal das ações (quando existente), o qual passa a constituir a reserva de capital da Companhia. Frise-se que sequer é necessário que seja realizada uma subscrição de ações com ágio para que parte do valor subscrito seja alocado à reserva de capital da companhia. Isso porque, quando as ações da Companhia não têm valor nominal – o que se verifica na grande maioria das sociedades anônimas brasileiras – há total discricionariedade na alocação do preço de subscrição das ações entre conta de capital social e de reserva de capital”;*
- Não haveria dúvidas de que o valor do capital social não refletiria, tampouco poderia ser utilizado como referência, para a determinação do custo de aquisição da participação societária detida por um acionista em determinada companhia. Referida conclusão é corroborada pelo fato de a aquisição de participações societárias poder ser realizada mediante transações entre acionistas (compra e venda de ações), não resultando em qualquer aporte de valores pelos sócios em favor das Companhias. Via de regra, é muito comum que referidas transações ocorram por valor superior ao do capital social, tal como se deu no caso concreto;
- Em reforço argumentativo, o Impugnante aduz que a Portaria MF nº 550/94 disporia que “custo de aquisição do estrangeiro em participações societárias como sendo “os valores em moeda estrangeira constantes dos itens Investimento e Reinvestimento do certificado de registro de capital estrangeiro emitido pelo Banco Central do Brasil”. Ademais, este entendimento teria sido novamente ratificado pela Receita Federal, ao introduzir o artigo 23, § 2º, inciso I da IN 1.455/14 (com a redação vigente à época dos fatos sob discussão), que dispunha que o registro de investimento estrangeiro perante o Banco Central do Brasil poderia ser utilizado como elemento de comprovação do custo de aquisição detido pelo investidor estrangeiro nas ações ou quotas de emissão de pessoa jurídica brasileira;

A fiscalização teria levado a uma indevida tributação de variação cambial sobre investimento estrangeiro que, além de inexistir, não representaria quaisquer acréscimos patrimoniais, rendimentos ou ganhos para as sociedades não-residentes no Brasil. Em relação a este ponto, aduz-se que *“como o custo de aquisição detido pelo HSBC Latin America é denominado exclusivamente em moeda estrangeira, tal como evidenciam os documentos colacionados a esta Impugnação (docs. nºs 15 e 16, acima), não havendo quaisquer dúvidas a esse respeito, a incidência do imposto de renda somente poderia ocorrer na hipótese em que haja um aumento de patrimônio em moeda estrangeira. Do contrário, estar-se-ia impondo um ônus tributário sobre mero efeito de variação cambial resultante da desvalorização da moeda nacional, o que não pode ser admitido, na medida em que o HSBC Latin America valeu-se de recursos em moeda estrangeira para efetuar os seus investimentos no País”*. Alguns

acórdãos, tanto em âmbito judicial quanto administrativo, são lembrados na peça defensiva, em reforço argumentativo.

Aponta-se que a Portaria MF n.º 550/94 conteria clara disposição no sentido “*de que o ganho de capital auferido por não-residentes no País corresponde à diferença positiva, apurada em moeda estrangeira, entre o valor de alienação, redução de capital ou liquidação do investimento e o custo de aquisição da participação societária. O artigo 2º dessa norma afasta quaisquer dívidas quanto à correção dos procedimentos adotados pela Requerente neste caso*”.

A alegação de que a publicação da Lei n.º 9.249, de 1995 (*em seu artigo 18 estabeleceu-se que os ganhos de capital auferidos por não-residentes estariam sujeitos às mesmas regras de tributação aplicáveis aos residentes no Brasil*), teria alterado tal entendimento seria descabida, pois “*ao tratar da tributação de pessoas físicas residentes no País, a legislação fiscal também determinou que, se o investimento foi realizado originalmente em moeda estrangeira, tal como o investimento detido pelo HSBC Latin America em relação às ações do Banco HSBC Brasil e do HSBC Serviços, denominados originalmente em USD, EUR, GBP, BMD e CAD, somente haverá ganho de capital se, no momento da alienação ou liquidação, for recebida uma quantidade maior de moeda estrangeira do que aquela originalmente investida*”. Tal legislação fiscal residiria no §5º do art. 24 da Medida Provisória n.º 2.158-35.

Destaca-se, em reforço argumentativo, que “*o Regulamento do Imposto de Renda vigente à época dos fatos (“RIR/99”) dispôs, no artigo 690, inciso II, que não há que se falar na incidência do imposto de renda sobre os valores em moeda estrangeira registrados no Banco Central do Brasil como investimentos ou reinvestimentos, quando repatriados. Esse é um entendimento bastante antigo, manifestado pela própria Receita Federal do Brasil desde o Parecer Normativo n.º 231, de 1971, segundo o qual a repatriação do investimento realizado por não-residentes no País deve ser isenta até o valor em moeda estrangeira originalmente investido, justamente pelo fato de, até esse limite, inexistir quaisquer ganhos, acréscimos patrimoniais, rendimentos ou proventos que justifiquem a incidência do imposto de renda brasileiro*”. Aponta-se que, em âmbito administrativo, existiram vários precedentes em constância com o entendimento esposado na peça defensiva.

Assim, assevera o Impugnante que “*longe de haver qualquer equívoco, incorreção ou entendimento contrário à legislação vigente, como equivocadamente assume a D. Fiscalização, a apuração do ganho de capital auferido pelo HSBC Latin America, quando da alienação do investimento detido no Banco HSBC Brasil e no HSBC Serviços, em 29.6.2016, seguiu estritamente as regras tributárias aplicáveis, o entendimento administrativo e jurisprudencial, as orientações expedidas pela Receita Federal do Brasil e posição consolidada da doutrina quanto ao assunto. Tratando-se de investimento originalmente realizado em moeda estrangeira, no valor total de USD 4.315.464.541,80, no caso, tem-se comprovado que, quando da alienação das participações no Banco HSBC Brasil e no HSBC Serviços pelo valor de USD 4.941.561.449,85, valor esse pago na data de fechamento, o HSBC Latin America auferiu ganhos de capital tributáveis no Brasil equivalentes a USD 626.096.908,05, tal como determinado pela Requerente*”.

Em relação ao entendimento esposado pela fiscalização, no sentido de que a IN 208/2002, a IN 407/04 e a própria Solução de Divergência COSIT n.º 16/2013 dariam guarida à forma pela qual se pretende imputar o cálculo dos ganhos de capital auferidos pelo HSBC Latin America no presente caso, o Impugnante aponta que haveria claro equívoco da fiscalização, literalmente aduzindo-se que:

“Enquanto a IN 407/04 sequer trata da forma do cálculo do ganho de capital – a IN 208/2002 e demais normativos da Receita Federal em nenhum momento fazem referência à taxa de câmbio aplicável para a conversão do custo de aquisição em moeda estrangeira para Reais, indicando apenas que o cálculo deve ser feito em Reais. Ademais, a própria Solução de Divergência COSIT n.º 16/2013 – utilizada expressamente como fundamento o lançamento fiscal – também apenas indica que o cálculo deve ser feito em Reais, deixando de mencionar qual seria a taxa aplicável para a conversão do custo de aquisição (i.e., se a taxa de câmbio verificada na data do investimento ou a verificada na data de alienação).

Como mencionado nos tópicos precedentes, as normas editadas pela Receita Federal sobre o tema dispõem somente que determinação do imposto incidente sobre tais ganhos deve ocorrer “em Reais”, mas não fazem qualquer referência ou indicação quanto à taxa de câmbio aplicável para a conversão do investimento (i.e., investimento original ou alienação)”.

O reajustamento da base de cálculo empreendido pela fiscalização, com fulcro na norma ventilada no art. 725 do RIR/99 seria descabido, pois:

- O reajustamento da base de cálculo somente se aplicaria “quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto sobre a renda devido pelo beneficiário”. No presente caso, não haveria qualquer demonstração de que tenha efetivamente ocorrido essa assunção por parte da Requerente, fato esse que teria sido expressamente informado à D. Fiscalização, por meio da resposta apresentada em 31.7.2019, mas que, ao que tudo indica, teria sido expressamente ignorado;
- O dispositivo invocado pela D. Fiscalização somente seria aplicável a “rendimentos”, sendo totalmente incabível alegar que poderia haver esse reajustamento da base de cálculo para “ganhos de capital”.

Seria descabida a imposição da multa de ofício, pois o sujeito passivo teria agido ao amparo de entendimento prestigiado na Portaria MF n.º 550/94. Tal descabimento da penalidade decorreria da norma veiculada na alínea “c” do inciso II do art. 76 da Lei n.º 4.502, de 1964. Ademais, a multa aplicada no patamar de 75% seria descabida, por violar os princípios do não confisco, proporcionalidade e razoabilidade, conforme reconhecido pelo STF.

Os juros moratórios não poderiam ser calculados com base na taxa de juros SELIC, não medida em que esta taxa não teria sido criada para fins tributários.

A impugnação foi apreciada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento na Oitava Região Fiscal – DRJ08, que proferiu o acórdão n.º 108-005.791 – 1ª Turma, em 23 de novembro de 2020. A referida decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Data do fato gerador: 01/07/2016

CUSTO DE AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO OU REINVESTIMENTO ESTRANGEIRO, DEVIDAMENTE REGISTRADO NO BANCO CENTRAL DO BRASIL, PARA FINS DA APURAÇÃO DE SUPERVENIENTE GANHO DE CAPITAL.

A partir da publicação das Leis nº. 8.981 e 9.249, ambas de 1995, o ganho de capital auferido por não residente no Brasil deve ser apurado e tributado de acordo com as mesmas regras aplicáveis aos residentes no Brasil. Logo, o custo de aquisição do investimento estrangeiro relativo à aquisição de participação societária, bem como supervenientes reinvestimentos decorrentes de lucros auferidos pela empresa investida, devem ser apurados em Reais, com base na taxa de câmbio vigente quando da realização do investimento ou reinvestimento. Da mesma forma, o valor da superveniente alienação de tal participação societária também deve ser apurado em Reais, conforme a taxa de câmbio vigente na data da alienação.

UTILIZAÇÃO DO VALOR DO CAPITAL DE EMPRESA INVESTIDA COMO CUSTO DE AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DETIDA POR INVESTIDOR ESTRANGEIRO. INFORMAÇÃO PRESTADA PELA PRÓPRIA EMPRESA FISCALIZADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUALQUER INCORREÇÃO.

O custo de aquisição de participação societária detida por investidor estrangeiro pode não guardar correspondência com o valor do capital social da empresa investida, notadamente quando tiver ocorrido aumento de capital com ágio ou aquisição da participação societária no mercado secundário. Contudo, quando, em resposta a expressa intimação fiscal, a empresa fiscalizada aponta que tal custo de aquisição resta materializado na conta do capital social da empresa investida, não há como se repreender o procedimento adotado pela fiscalização ao adotar tal valor para fins de apuração do ganho de capital auferido pelo investidor estrangeiro. Ademais, a ausência de comprovação, na peça defensiva, de qual seria efetivamente o custo de aquisição da participação societária detida pelo investidor estrangeiro apenas corrobora a correção do valor adotado pela fiscalização.

ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. CONTRATO ESTABELECIDO O PAGAMENTO DE DETERMINADO VALOR PELO COMPRADOR, SUJEITO A POSTERIOR AJUSTE POSITIVO OU NEGATIVO. NEGÓCIO JURÍDICO CONDICIONAL. MOMENTO DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA.

Em contrato de alienação de participação societária sujeito simultaneamente a condição suspensiva e resolutória, o fato gerador do imposto de renda ocorre quando de celebração do negócio, no tocante aos valores entregues ao vendedor quando da celebração do negócio, ainda que possam ser posteriormente devolvidos ao comprador, por conta do implemento de condição resolutória. Em relação aos valores que somente serão pagos ao vendedor quando da ocorrência de evento futuro e incerto, o fato gerador do imposto de renda ocorre quando da ocorrência de tal evento.

IRRF. REAJUSTAMENTO DO RENDIMENTO BRUTO. RENDA DE NÃO RESIDENTE. ASSUNÇÃO DO ÔNUS PELA FONTE PAGADORA.

Quando a fonte paga rendimentos a domiciliado no exterior sem o desconto do imposto de renda devido pelo beneficiário, tal empresa deverá recolher o imposto correspondente com a base reajustada, eis que, para todos os efeitos legais, considera-se assumido o ônus do imposto.

INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIO EQUIVALENTES À TAXA SELIC.

O crédito tributário, quer se refira a tributo quer seja relativo à penalidade pecuniária, não pago no respectivo vencimento, está sujeito à incidência de juros de mora, calculado à taxa Selic até o mês anterior ao pagamento, e de um por cento no mês de pagamento. Entendimento vinculante constante da Súmula CARF nº. 4.

CONFISCATORIEDADE DA MULTA. DESCABIMENTO DA APRECIÇÃO EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

Os julgadores administrativos das DRJ e os conselheiros do CARF não são competentes para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Aplicação da Súmula CARF nº2.

Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido**

A decisão recorrida negou provimento à impugnação, mantendo *in totum* o crédito tributário exigido através do auto de infração.

Irresignada com a decisão proferida pela DRJ08, a Contribuinte apresentou o recurso voluntário de e-fls.1.392/1.432, através do qual alega o seguinte:

- 1) A r. decisão recorrida defende a adequação do posicionamento adotado pela D. Fiscalização exclusivamente com base na suposta pacificação da matéria pela Solução de Divergência COSIT nº 16, de 30.8.2013 (“Solução de Divergência nº 16/13”), a qual teria caráter vinculante a todos os servidores da Receita Federal. Ocorre que referida Solução de Divergência apenas indica que o cálculo do ganho de capital deve ser feito em Reais, conforme trechos citados pela própria r. decisão recorrida, mas deixa de mencionar qual seria a taxa aplicável para a conversão do custo de aquisição (i.e., se a taxa de câmbio verificada na data do investimento ou a verificada na data de alienação);
- 2) Ao se analisar o inteiro teor dessa Solução de Divergência, torna-se nítido que a premissa adotada pelas DD. Autoridades Fiscais, qual seja, a de que teria havido a “revogação tácita” da Portaria 550/94 pela legislação federal superveniente (artigo 18 da Lei 9.249/95 e 21 da Lei 8.981/95), está igualmente equivocada. Isso porque, além de ser infundado o argumento da revogação tácita – na medida em que em nenhum momento o legislador demonstrou a sua intenção de fazê-lo e não há qualquer antinomia entre as normas federais cotejadas – referida Solução de Divergência se olvidou do fato de que (a) o artigo 18 da Lei 9.249/95 equiparou a tributação dos não-residentes às das pessoas físicas; (b) o artigo 24 da MP 2.158-35/01, ao disciplinar a tributação do ganho de capital auferido pelas pessoas físicas residentes no país com rendimentos auferidos em moeda estrangeira determina que a base de cálculo do imposto será a “*diferença positiva em dólares dos Estados Unidos*” entre o valor de alienação e o custo de aquisição (sendo a regra plenamente aplicável aos não-residentes); e (c) o próprio conceito de renda, atualmente refletido no artigo 43 do CTN, é suficiente para que se constate a incorreção do raciocínio proposto pelas DD. Autoridades Fiscais, na medida em que busca tributar meras variações cambiais que não representam acréscimo patrimonial do estrangeiro.

Em nenhum momento, a I. DRJ enfrentou a questão central aqui analisada, qual seja, a impossibilidade da tributação da variação cambial. No entendimento da r. decisão recorrida, a manutenção do lançamento fiscal se justificaria não por argumentos materiais, mas pelo simples fato de a Solução de Divergência nº 16/2013 ser supostamente “*vinculante a todos os servidores da Receita Federal*”, incluindo os julgadores (frise-se que o próprio

raciocínio proposto por referida Solução de Divergência não foi sequer mencionado pela I. DRJ).

Como já demonstrado, a Solução de Divergência em comento sequer trata do aspecto cuja aplicação pretende a DRJ, qual seja, o momento da conversão dos custos de aquisição mantidos em moeda estrangeira, o que é suficiente para que V.Sas. reconheçam a falta de fundamentação proposta pela r. decisão recorrida.

- 3) Ademais, a r. decisão recorrida reconhece como válida a utilização do capital social como custo de aquisição no caso ora sob análise, uma vez que referida informação teria sido supostamente fornecida pelo Recorrente no curso da fiscalização, especialmente mediante a entrega das atas de aumento de capital. Há de se destacar, todavia, que o capital social não pode ser confundido, em hipótese alguma, com o “custo de aquisição” detido pelo não residente – como foi erroneamente feito pela D. Fiscalização – haja vista que este deve ser aferido de acordo com o valor em moeda estrangeira constante no RDE-IED (entendimento inclusive chancelado pelas Instruções Normativas historicamente editadas pelas autoridades fiscais sobre o tema). Nesse contexto, é inegável que a D. Fiscalização adotou uma premissa equivocada ao buscar aferir o custo de aquisição detido pelo HSBC Latin America com base no capital social e que não pode ser acatada por esse E. CARF, sob pena de se chancelar a utilização de documentação inábil para tanto.

Não há dúvidas de que o valor do capital social não reflete, tampouco pode ser utilizado como referência exclusiva para a determinação do custo de aquisição da participação societária detida por um acionista em determinada companhia. Referida conclusão é corroborada pelo fato de a aquisição de participações societárias poder ser realizada mediante transações entre acionistas (compra e venda de ações), não resultando em qualquer aporte de valores pelos sócios em favor das Companhias. Via de regra, é muito comum que referidas transações ocorram por valor superior ao do capital social, tal como se deu no caso concreto (i.e., compra das entidades brasileiras do grupo HSBC pelo Recorrente).

- 4) O Recorrente teria fornecido informações conflitantes no que diz respeito ao preço de alienação das participações societárias. Todavia, ao contrário do que defende a r. decisão recorrida, o Recorrente foi totalmente transparente ao longo de todo o procedimento de fiscalização e na Impugnação apresentada, tendo informado que (a) o valor de alienação das participações societárias então detidas pelo HSBC Latin America no Banco HSBC Brasil e na HSBC Serviço, à época do fechamento da operação (29.6.2016), era de R\$ 15.594.886.000,25 e R\$ 1.173.808.623,67, respectivamente; e (b) em 30.9.2016, momento posterior ao fechamento da operação, foi acordado um ajuste negativo de preço no valor de USD 374.792.692,37. O Recorrente, portanto, não prestou qualquer informação divergente e inclusive apresentou no curso da Fiscalização (vide resposta apresentada em 13.5.2019 – **doc. nº 5**) a “Settlement Letter” do ajuste de preço (original e a tradução juramentada), assim como as demais comunicações e documentos que demonstram a ocorrência do ajuste;

- 5) Estaria claro na legislação que o imposto de renda deve incidir sobre o ganho de capital auferido pelo não-residente no momento em que há disponibilidade financeira sobre o preço (fechamento da operação com a transferência do preço acordado). Este fato, em nenhum momento, foi questionado pelo Recorrente, que apurou o IRF devido pelo HSBC Latin America sobre o ganho de capital com base no preço acordado entre as partes na data do fechamento da operação (29.6.2016). No entanto, conforme reconhecido pela própria r. decisão recorrida, o posterior ajuste negativo de preço reduziu o ganho de capital auferido pelo HSBC Latin America, tornando parte do IRF anteriormente retido um indébito passível de restituição;
- 6) O que o Recorrente corretamente apontou – como argumento subsidiário, apenas na remota hipótese de V.Sas. entenderem pela manutenção da exigência fiscal - **é que a base de cálculo adotada pela D. Fiscalização para o cálculo do IRF não recolhido estaria equivocada, na medida em que não levou em consideração os valores recolhidos a maior pelo Recorrente em nome do HSBC Latin America à época do fechamento. Mostra-se totalmente irrazóavel exigir imposto sobre valores que constituem efetivos indêbitos, informação que era de pleno conhecimento da fiscalização!** Não bastasse a exigência de imposto sobre esses valores pela D. Fiscalização, a r. decisão recorrida insistiu em manter a exigência da multa de ofício e acatou o reajustamento da base de cálculo;
- 7) No entendimento da r. decisão recorrida, seria possível o reajustamento da base de cálculo, uma vez que seria irrelevante a natureza do rendimento recebido para a aplicação de tal procedimento, sendo irrelevante a efetiva assunção do ônus do tributo pela fonte pagadora. Ocorre que a legislação é expressa ao autorizar o reajustamento da base de cálculo quando há o pagamento de “rendimentos” – que não se confundem com o ganho de capital – e, talvez mais importante, “*quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto sobre a renda devido pelo beneficiário*”, o que não foi comprovado pela D. Fiscalização no presente caso;
- 8) A multa de ofício não seria descabida, uma vez que a Portaria MF nº 550/94 teria sido “superada” ou tacitamente revogada desde 1995, em razão da publicação das Leis 8.981/95 e 9.249/95, entendimento refletido na Solução de Divergência nº 16/13. No entanto, na ausência da edição de qualquer normativo posterior (legal ou infralegal) que tenha disciplinado o momento da conversão do custo de aquisição detido em moeda estrangeira, a Portaria MF 550/94, editada pela próprio Ministério da Fazenda, continua plenamente aplicável e respaldou o procedimento adotado pelo Recorrente, o que justifica o afastamento da multa de ofício.

A PGFN apresentou contrarrazões ao recurso voluntário (v. e-fls. 1.591/1.646), através do qual aduz, em apertadíssima síntese os seguintes pontos:

- 1) **Revogação da Portaria MF nº 550/94** - Como se pode perceber, as leis novas (art. 18 da Lei nº 9.295/1995 e art. 21 da Lei nº 8.981/1995) regulamentaram inteiramente o ganho de capital auferido por residente no exterior e de forma incompatível com aquela tratada no art. 33 da Lei nº 7.713/1988, revogando-o.

Ora, se o art. 33 da Lei n.º 7.713/1988 foi revogado, por óbvio a norma que a regulamentava também perdeu a validade e a eficácia, a saber, o art. 2º da Portaria MF n.º 550/1994. Com efeito, é consectário da interpretação sistemática que as normas inferiores não podem contrariar as superiores. **Logo, conclui-se que o art. 2º da Portaria MF n.º 550/1994 está revogado, não servindo de suporte jurídico para subsidiar a tese do contribuinte de que o ganho de capital seja apurado em moeda estrangeira;**

- 2) **Custo de Aquisição – Momento da conversão para Reais** - O sujeito passivo sustenta que a Solução de Divergência COSIT n.º 16/2013 não menciona a taxa aplicável para a conversão do custo de aquisição (se a taxa de câmbio verificada na data do investimento ou a verificada na data da alienação). Uma leitura atenta, entretanto, não deixa dúvidas de qual foi o posicionamento adotado pela Coordenação Geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal do Brasil: **a de que a conversão para Reais do custo de aquisição deve ser feita considerando a taxa de câmbio da data do investimento ou do reinvestimento.** A Solução de Divergência COSIT n.º 16/2013 foi clara no sentido de que tanto o custo de aquisição quanto o valor de alienação devem ser apurados em Reais e essa conversão para Reais deve se dar no momento em que o custo é incorrido;
- 3) **Possibilidade de Tributação das Variações Cambiais** – A PGFN contesta o argumento pela impossibilidade de se tributar as variações cambiais citando legislação que, ao seu ver, preveria a incidência de imposto de renda sobre o ganho cambial. Cita o disposto no art. 375 do RIR/99, o art. 9º da Lei n.º 9.718/98 e o art. 30 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001. Em face da clareza dos textos legais, não há dúvida de que as variações cambiais se sujeitam à tributação. De qualquer forma, cumpre destacar que a jurisprudência caminha no mesmo sentido; cita o acórdão em RESP n.º 1.041.022-RS, da Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves: “2. *A variação positiva no preço da moeda estrangeira é efetivo ganho de capital e, por isso, está sujeita à tributação pelo imposto de renda, nos termos do art. 43 do Código Tributário Nacional*”;
- 4) **Inaplicabilidade do art. 24, § 5º, da Medida Provisória n.º 2.158/2001** – Referido dispositivo se dirigiria especificamente às pessoas físicas residentes no país que adquiram bens ou direitos com rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira. Assim sendo, resta incorreta a ampliação que o contribuinte pretende fazer a fim de abranger também não-residentes. Nesse contexto, andou bem a Solução de Consulta COSIT n.º 16/2013 ao decidir reformar a Solução de Consulta n.º 435/2005, que indevidamente ampliou o alcance do disposto no art. 24, § 5º da MP n.º 2.158-35/2001. **Conclui-se, portanto, ser inaplicável ao residente no exterior as disposições do art. 24, § 5º da MP n.º 2.158-35/2001;**
- 5) **Ganho de Capital – Reinvestimento do capital estrangeiro – capital nacional** – Na hipótese de sagrar-se vencedora a tese do Contribuinte de que bens adquiridos com rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira mereçam tratamento tributário diverso, com a apuração do ganho de capital em dólares, passa-se a explicar por qual razão deve ser mantida, ao menos, a parte da autuação correspondente aos reinvestimentos (reservas de

lucros, capitalização de lucros e juros sobre capitais próprios e reservas de correção monetária).

A Lei nº 4.131/62 (Lei do Capital Estrangeiro) prevê que o capital estrangeiro se caracteriza: (i) por ter origem externa (entrados no Brasil, introduzidos no país) e (ii) pertencer a não-residentes (pertencam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior). Assim, verifica-se, de logo, que o conceito legal não contempla os reinvestimentos. Não lhes faz nenhuma referência. **Ademais, visto que, é irrefutável que a origem do reinvestimento é o próprio Brasil, pois correspondem à capitalização dos “rendimentos auferidos por empresas estabelecidas no País”, conforme art. 7º da Lei, deduz-se que os reinvestimentos não se amoldam ao conceito legal de capital estrangeiro instituído pela Lei n. 4.161/62.** Referido normativo apenas estabelece que tais valores sejam registrados em sistema de controle e mais, de formas distintas, determinando que o registro do capital estrangeiro se faça na moeda de origem e o das reservas de capital a serem reinvestidas seja feito duplamente, em reais e na moeda do país para o qual poderiam os resultados ser enviados. Nesse ponto, cumpre destacar que por serem os valores capitalizados auferidos em Reais, sequer cabe a discussão sobre impossibilidade de tributação do ganho decorrente de bens auferidos originariamente em moeda estrangeira. Isso porque os frutos do investimento (reinvestimento) revestem-se da característica de capital nacional;

- 6) **Ganho de Capital – Custo do Investimento e Capital Social** – Para rebater o argumento de que estaria incorreto o procedimento da autoridade fiscal de apurar o custo devido pelo HSBC Latin America no Banco HSBC Brasil e no HSBC Serviços com base no capital social dessas entidades à época da alienação, a PGFN considera correta a atuação da Fiscalização que teria partido dos próprios dados fornecidos pelo sujeito passivo para apurar o custo de aquisição dos investimentos e reinvestimentos realizados pelo HSBC Latin America e, ainda, que o contribuinte sequer apontou qual seria o erro *in concreto*; assim, tem-se como correto o procedimento adotado pela autoridade fiscal;
- 7) **Inocorrência de vícios na apuração do crédito tributário** - Adicionalmente às questões de mérito propriamente ditas, o contribuinte sustenta a ocorrência de erros na apuração do tributo, defendendo: 1) a improcedência do reajustamento da base de cálculo; e 2) a necessidade de consideração do ajuste de preço na apuração da base de cálculo do IRF.

De acordo com o disposto no art. 5º da Lei nº 4.154/62 e os arts. 677, 703 e 725 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99), tem-se que quando a fonte pagadora não efetua corretamente a retenção do imposto de renda, assume, por imposição legal, o ônus do tributo, cabendo, conseqüentemente, o reajustamento da base de cálculo do tributo. Ademais, conforme bem observou a DRJ, o reajustamento da base de cálculo aplica-se inclusive na hipótese de ganho de capital, tendo em vista ser irrelevante a natureza do rendimento recebido para a aplicação do procedimento legal. Cita precedentes do CARF (Ac. 2402-006.047, 2202-004.360).

Em relação à questão levantada pela Recorrente de que o “ajuste de preço” deveria ter sido considerado quando da autuação, a PGFN reitera os termos do acórdão recorrido, do qual extraio a seguinte conclusão: *“Frise-se, por fim e novamente, que, em relação aos valores pagos pelo comprador ao vendedor estabelecidos na cláusula 6.3 da avença em análise, há a ocorrência imediata do fato gerador do imposto de renda na fonte sobre o ganho de capital, pois tal importância passa a se encontrar na disponibilidade econômica do comprador quando de sua remessa ao exterior. Assim, ainda que fato superveniente possa levar a devolução parcial dos valores recebidos pelo vendedor (tal fato corresponde à apuração do valor do ajuste final), tal condição resolutória não afeta o fato gerador do imposto de renda, na esteira da norma veiculada no art. 117, inciso II, do CTN”*;

- 8) **Juros sobre a multa de ofício** – Resume-se a reforçar o entendimento proferido pela decisão recorrida com base no disposto na Súmula CARF nº 108.

Após, vieram os autos a este Conselheiro para análise.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Como vimos no Relatório, o auto de infração foi lavrado em face do BANCO BRADESCO S/A, através do qual se está a exigir Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF incidente sobre ganho de capital devido por empresa não residente no país ao adquirir as participações societárias (em sua totalidade) das companhias HSBC Bank Brasil S/A e HSBC Serviços e Participações Ltda, até então sobre o controle do HSBC Latin América Holdings UK Limited (empresa estrangeira).

Segundo a Fiscalização, a Recorrente teria apurado o ganho de capital de forma errônea, resultando em imposto retido e pago a menor do que o devido. O erro cometido teria se concentrado na determinação do custo de aquisição, haja vista que a Recorrente teria feito a correspondente apuração em moeda estrangeira (dólar americano), adotando o câmbio, tanto para o cálculo do custo, quanto para a determinação do valor de alienação, da data de concretização do negócio (27/06/2016). Abaixo reproduzo planilha elaborada pela Recorrente em atendimento a Intimação Fiscal a respeito da apuração e valoração do custo de aquisição:

3. Apresentar apuração do ganho de capital da operação do item 1, conforme disposto na IN 1455/2014:

Resposta: O ganho de capital apurado corresponde à diferença positiva entre os valores de venda de cada entidade e os correspondentes custos de aquisição, conforme demonstrado no quadro abaixo (valores em Reais):

BASE DE CALCULO DO IR FONTE		
Itens	BANCO HSBC	HSBC SERVIÇOS
Valor do Preço	15.594.886.000,25	1.173.808.623,67
Custo do Investimento	(13.950.448.794,54)	(693.648.581,55)
Ganho de Capital	1.644.437.205,71	480.160.042,12
IRRF -15% (DARF)	246.665.580,86	72.024.006,32

Para fins de apuração da diferença positiva entre o valor de alienação em Reais e o custo de aquisição em Reais, conforme legislação vigente, os correspondentes custos de aquisição e o preço de venda em moeda estrangeira foram convertidos para Reais conforme PTAX do dia 27.06.2016 (segundo dia útil imediatamente anterior às transações), nos termos do artigo 3º da Lei nº 10.305/2001.

Moeda	HSBC Bank Brasil		HSBC Serviços		Total
	Custo em Moeda Estrangeira (BACEN - RDE)	Custo em Dólar	Custo em Moeda Estrangeira (BACEN - RDE)	Custo em Dólar	Custo em Dólar
USD	1.738.539.483,10	1.738.539.483,10	25.248.008,25	25.248.008,25	1.763.787.491,35
EUR	48.740.165,17	54.189.315,64	8.916.900,87	9.913.810,39	64.103.126,02
GBP	1.715.825.441,88	2.318.251.754,52	125.200.120,44	169.157.882,73	2.487.409.637,25
BMD	2.715,32	2.715,32	3.403,75	3.403,75	6.119,07
CAD	91.172,29	70.186,52	114.288,06	87.981,57	158.168,09
Total		4.111.053.455,1		204.411.086,68	4.315.464.541,78
Dolar em 27/06/2016		3,3934		3,3934	3,3934
Custo do Investimento em R\$		13.950.448.794,5		693.648.581,55	14.644.097.376,09

A Fiscalização, não concordando com o proceder da Recorrente, entendeu que a apuração do custo deveria ter sido empreendida com base nos valores efetivamente investidos e reinvestidos nas empresas alienadas por seus valores originais em Reais. Este é o primeiro ponto de irrisignação da Recorrente, ao defender a aplicação do disposto na Portaria MF nº 550/1994, que assim dispõe:

“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.

§ 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.”

Já a Fiscalização, calcada no entendimento exarado na Solução de Divergência COSIT nº 16, de 30/08/2013, considerou que o ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior deveria ser apurado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no país, incidindo sobre o respectivo ganho IRRF à alíquota de 15% e, tanto o custo de aquisição quanto o valor de alienação deveriam ter sido apurados em Reais.

Neste primeiro ponto, absolutamente corretos tanto o proceder da Fiscalização quanto o conteúdo/fundamentação adotado pela decisão recorrida.

Revisitando a legislação tributária que trata da tributação do ganho de capital auferido na alienação de bens ou direitos, iniciamos nosso estudo do caso pelo § 3º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que assim determinava:

Art. 3º [omissis]

[...]

§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

Já a Portaria do Ministro de Estado da Fazenda nº 550, de 3 de novembro de 1994, muito citada pela Recorrente em seu recurso, foi instituída com base na Lei nº 7.713/88 e determinava, em seu art. 2º, que o ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior fosse apurado em moeda estrangeira, em razão da alienação de ações ou quotas, redução de capital para restituição aos sócios ou liquidação de empresas. Segundo o §2º do art. 2º da referida Portaria, deveriam ser considerados 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:

PORTARIA MF Nº 550, DE 3 DE NOVEMBRO DE 1994 DOU. 04.11.94

*Disciplina 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:*

*O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso de suas atribuições e tendo em vista as disposições da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962 e dos **arts. 33 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988**, 71 da Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989 e 3º da Lei nº 8.849, de 28 de janeiro de 1994, resolve:*

[...]

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.” [grifei]

Por seu turno, alterando a legislação aplicável ao caso até então em vigor, o art. 18 da Lei nº 9.249, de 1995, dispôs, literalmente, 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".

Já o Decreto nº 3.000, de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda), no Capítulo V, ao regulamentar a tributação dos “Rendimentos de Residentes ou Domiciliados no Exterior”, assim determina:

Art. 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na

fonte (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 100, Lei nº 3.470, de 1958, art. 77, Lei nº 9.249, de 1995, art. 23, e Lei nº 9.779, de 1999, arts. 7º e 8º):

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

[...]

b) os ganhos de capital auferidos na alienação de bens ou direitos;

[...]

§3º 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 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 18).” [grifei]

Com lastro na legislação acima, a Receita Federal editou a Instrução Normativa SRF nº 208, de 27 de setembro de 2002, que veio a disciplinar o disposto no art. 18 da Lei nº 9.249/95, esclarecendo em seu art. 26 (negritos acrescentados) o seguinte:

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.”

Em relação à responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo, cabe esclarecer que, para alienações ocorridas a partir de 1º de fevereiro de 2004, após o início da vigência do art. 26 da Lei nº 10.833, de 2003, compete ao adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior.

Analisando conjuntamente os dispositivos acima elencados (art. 18 c/c o art. 17 da Lei nº 9.249, de 1995, § 3º do art. 685 do Decreto nº 3.000/99, art. 26 da Instrução Normativa SRF nº 208/02), não há outra conclusão possível senão a de que o ganho de capital auferido por não-residente no País, decorrente de alienação de participação societária, detida no Brasil, para adquirente, pessoa jurídica, também domiciliada no País, é determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação (em Reais) e o custo de aquisição (em Reais) do bem, este podendo ser atualizado monetariamente até 31 de dezembro de 1995, sendo que, na impossibilidade de comprovação com documentação hábil e idônea, o custo de aquisição deve ser apurado com base

no capital registrado no Banco Central do Brasil (vinculado à compra do bem ou direito) ou ser igual a zero.

Também resta patente, bastando para tanto um exercício mínimo de exegese, o acerto da Solução de Divergência COSIT n.º 16/2013 ao dispor que tanto o art. 33 da Lei n.º 7.713/88, quanto a Portaria MF n.º 550/94 (que a regulamentava) foram revogados pela legislação superveniente já citada alhures. Em assim sendo, patente a incorreção da Contribuinte ao adotar a cotação do dólar americano relativa à data da alienação para apurar o custo de aquisição, quando deveria ter, no mínimo, adotado o câmbio referente às datas em que incorridos os investimentos e reinvestimentos.

Assim, não há nenhuma lacuna na Solução de Divergência COSIT, conforme quer fazer crer a Recorrente, ao alegar que referida norma não teria estipulado a taxa aplicável para a conversão do custo de aquisição; isso porque a conclusão é clara e absolutamente lógica, pois ao prever a apuração do custo de aquisição e do valor de alienação em Reais, não há outra solução senão aplicar as taxas de conversão relativas às datas em que ingressados os recursos estrangeiros, seja do investimento inicial, sejam dos reinvestimentos posteriores (se existentes).

A Recorrente também alega que ao caso em apreço deveria se adotar o disposto no § 5º do art. 24 da MP n.º 2.158-35/01, c/c art. 18 da Lei n.º 9.249/95:

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.

§ 1º O disposto neste artigo alcança, inclusive, a moeda estrangeira mantida em espécie.

§ 2º Na hipótese de alienação de moeda estrangeira mantida em espécie, o imposto será apurado na declaração de ajuste.

§ 3º A base de cálculo do imposto será a diferença positiva, em Reais, entre o valor de alienação, liquidação ou resgate e o custo de aquisição do bem ou direito, da moeda estrangeira mantida em espécie ou valor original da aplicação financeira.

§ 4º Para os fins do disposto neste artigo, o valor de alienação, liquidação ou resgate, quando expresso em moeda estrangeira, corresponderá à sua quantidade convertida em dólar dos Estados Unidos e, em seguida, para Reais, mediante a utilização do valor do dólar para compra, divulgado pelo Banco Central do Brasil para a data da alienação, liquidação ou resgate ou, no caso de operação a prazo ou a prestação, na data do recebimento de cada parcela.

§ 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 a data da alienação, liquidação ou resgate, ou, no caso de operação a prazo ou a

prestação, na data do recebimento de cada parcela. [\(Revogado pela Medida Provisória nº 1.171, de 2023\)](#)

§ 6º Não incide o imposto de renda sobre o ganho auferido na alienação, liquidação ou resgate:

I - de bens localizados no exterior ou representativos de direitos no exterior, bem assim de aplicações financeiras, adquiridos, a qualquer título, na condição de não-residente; [\(Revogado pela Medida Provisória nº 1.171, de 2023\)](#)

II - de moeda estrangeira mantida em espécie, cujo total de alienações, no ano-calendário, seja igual ou inferior ao equivalente a cinco mil dólares norte-americanos.

§ 7º Para efeito de apuração do ganho de capital de que trata este artigo, poderão ser utilizadas cotações médias do dólar, na forma estabelecida pela Secretaria da Receita Federal.

Entretanto, tal entendimento também não pode prevalecer, haja vista que tal norma é destinada a pessoas físicas residentes no Brasil, enquanto que o caso em apreço é de contribuinte pessoa jurídica residente no exterior. Quando o art. 18 da Lei nº 9.249/95 estabeleceu 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", de forma alguma estabeleceu a unidade de tratamento tributário entre pessoa jurídica residente no exterior e pessoa física residente no Brasil. Tanto é assim que, como vimos na redação do § 5º do art. 26 da IN SRF nº 208/2002, que regulamenta o disposto nas leis nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995 e nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, citadas alhures, "Na apuração do ganho de capital de não-residente não se aplicam as isenções e reduções previstas para o residente no Brasil". Tal dispositivo denota que não há como equiparar o tratamento destinado às pessoas físicas residentes no país com aquele pertinente às pessoas jurídicas residentes no exterior.

Também não socorre à Recorrente a alegação de que as variações cambiais não seriam passíveis de tributação. Neste ponto, as contrarrazões da PGFN são muito claras, senão vejamos:

Tal argumentação, entretanto, vai de encontro ao disposto na legislação fiscal, que prevê a incidência de imposto de renda sobre o ganho cambial. **Confira-se, por oportuno, o que dispõem o art. 375 do RIR/99, o 9º da Lei nº 9.718/98 e o art. 30 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, verbis:**

Decreto nº 3.000/99

Art. 375. Na determinação do lucro operacional deverão ser incluídas, de acordo com o regime de competência, as contrapartidas das variações monetárias, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis, por disposição legal ou contratual, dos direitos de crédito do contribuinte, assim como os ganhos cambiais e monetários realizados no pagamento de obrigações (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 18, Lei nº 9.249, de 1995, art. 8º).

Parágrafo único. As variações monetárias de que trata este artigo serão consideradas, para efeito da legislação do imposto, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso (Lei nº 9.718, de 1998, art. 9º).

Lei 9.718/98

Art. 9º As variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual serão consideradas, para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição PIS/PASEP e da COFINS, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso.

MP 2.158-35/2001

Art. 30. A partir de 1o de janeiro de 2000, as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio, serão consideradas, para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, bem assim da determinação do lucro da exploração, quando da liquidação da correspondente operação.

Em face da clareza dos textos legais, não há dúvida de que as variações cambiais se sujeitam à tributação.

De qualquer forma, cumpre destacar que a jurisprudência caminha no mesmo sentido.

A título exemplificativo, colaciona-se decisão do Superior Tribunal de Justiça que, embora analisando situação fática diversa, consagrou a tese de que os ganhos decorrentes da variação monetário-cambial sujeitam-se à incidência do imposto de renda, nos termos do art. 43 do CTN. Eis a ementa do RESP nº 1.041.022-RS:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.041.022 - RS (2008/0059694-3)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

RECORRENTE : OLVEBRA S/A

ADVOGADO : RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL PROCURADORE S : JOSÉ CARLOS COSTA LOCH E OUTRO(S) CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

EMENTA TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. IMPOSTO DE RENDA. OPERAÇÕES FINANCEIRAS NO MERCADO EXTERIOR (BOLSA DE MERCADORIAS). APURAÇÃO DO LUCRO REAL. DECRETO-LEI N. 1.418/75, ART. 5º. VARIAÇÃO MONETÁRIO-CAMBIAL DOS VALORES INVESTIDOS E DO LUCRO DECORRENTE. FATO AUTÔNOMO. RIQUEZA NOVA. AQUISIÇÃO DE DISPONIBILIDADE ECONÔMICA. ART. 43 DO CTN. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA.

1. Caso em que se discute a inclusão dos ganhos decorrentes da variação monetário-cambial na apuração do lucro real a ser tributado pelo imposto de renda, na hipótese do Decreto-Lei n. 1.418/75, que excluiu do cômputo do lucro real o resultado proveniente de investimento em bolsa de mercadorias no exterior.

2. A variação positiva no preço da moeda estrangeira é efetivo ganho de capital e, por isso, está sujeita à tributação pelo imposto de renda, nos termos do art. 43 do Código Tributário Nacional.

3. *O fato de o montante de moeda estrangeira que gerou o lucro auferido na bolsa de mercadorias no exterior dar origem, total ou parcialmente, ao montante de moeda estrangeira que será, na internação, convertida em moeda nacional, ou que será declarada ao Fisco, não ilide o fato gerador do imposto de renda, quanto aos ganhos decorrentes da variação monetário-cambial. Inteligência do art. 43 do CTN.*

4. *Não há como conferir interpretação ao art. 5º do DL n. 1.418/75 que exclua os ganhos com a variação monetário-cambial da incidência do imposto de renda, uma vez que o conseqüente acréscimo financeiro, no patrimônio material do contribuinte, é fato autônomo que não guarda correlação com o lucro auferido na bolsa de mercadorias.*

5. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator. Licenciada a Sra. Ministra Denise Arruda.

Confira-se, por oportuno, trecho do voto condutor do julgado do STJ, que confirmou que as variações cambiais positivas constituem renda, na forma prescrita no art. 43 do CTN, e, nessa condição, sujeitam-se à incidência do IRPJ. Vejam-se as palavras do Ministro Benedito Gonçalves, relator do acórdão, seguido à unanimidade pelos demais ministros da Corte, *verbis*:

De outro lado, a variação positiva no preço da moeda estrangeira é efetivo ganho de capital e, por isso, está sujeita à tributação pelo imposto de renda, nos termos do art. 43 do Código Tributário Nacional, cujo teor é o seguinte:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Anote-se que não há como conferir interpretação ao art. 5º do DL n. 1.418/75 que exclua os ganhos decorrentes da variação monetário-cambial da incidência do imposto de renda. Isso, porque o conseqüente acréscimo financeiro, no patrimônio material do contribuinte, é fato autônomo que não guarda correlação com o lucro auferido na bolsa de mercadorias.

Em outras palavras, uma coisa é o lucro decorrente das operações financeiras no mercado financeiro exterior; outra coisa, completamente distinta, é o lucro decorrente da variação da moeda estrangeira.

O fato de o montante de moeda estrangeira, que gerou o lucro auferido na bolsa de mercadorias no exterior, dar origem, total ou parcialmente, ao montante de moeda estrangeira que será convertida na moeda nacional, ou que será declarada ao Fisco, não ilide o fato gerador do imposto de renda, quanto aos ganhos decorrentes da variação monetário-cambial, conforme se

depreende do art. 43 do CTN, nem enseja interpretação que autorize o enquadramento da "riqueza nova" nas disposições do art. 5º do DL n. 1.418/5.

Cinge-se, por oportuno, que a variação monetário-cambial positiva, além de não se qualificar como "correção monetária", não é um elemento intrínseco à operação financeira na bolsa de mercadorias no exterior, por isso que totalmente infundada a alegação de que "as variações cambiais das divisas provenientes dos lucros lá obtidos devem receber o mesmo tratamento dado ao principal" (fl. 06), pois o "lucro" decorrente da variação monetário-cambial é fato autônomo, que subsiste para a incidência tributária independentemente da razão pela qual a moeda estrangeira foi adquirida, ou utilizada.

Resta patente, portanto, que a variação cambial positiva sujeita-se à incidência do imposto de renda.

Tem razão a PGFN ao concluir ser patente a sujeição das variações cambiais à tributação do imposto de renda. Vejam o caso, por exemplo do ganho de capital auferido na alienação de moeda estrangeira em poder do Contribuinte: deve ser apurado considerando o valor efetivamente pago, em Reais, quando da aquisição, e o valor efetivo da alienação, também em Reais. Tal diferença, se houver, leva a denominação de variação cambial. Se positiva deverá ser tributada aplicando-se a alíquota de 15% sobre o ganho. Se negativa, por óbvio, não será objeto de tributação alguma.

Portanto, também neste ponto, incabíveis as alegações da parte.

Também insurge-se a Recorrente contra a adoção, por parte da Fiscalização, do valor relativo ao capital social registrado nas demonstrações contábeis para efeito de determinação do custo de aquisição. Alega a Recorrente que não haveriam “*dúvidas de que o valor do capital social não reflete, tampouco pode ser utilizado como referência exclusiva para a determinação do custo de aquisição da participação societária detida por um acionista em determinada companhia*”. Reporta-se, mais uma vez, ao disposto na Portaria MF nº 550/94 para fundamentar suas alegações de que o custo de aquisição das participações societárias deveriam considerar os valores em moeda estrangeira constantes dos itens Investimento e Reinvestimento do certificado de registro de capital estrangeiro emitido pelo Banco Central do Brasil.

Neste ponto, não havendo nenhum argumento inovador em relação à impugnação, uso da prerrogativa constante do § 3º do art. 57 do RICARF (Regimento Interno do CARF) para reproduzir o disposto na decisão recorrida, com o qual concordo *in totum*, adotando suas razões como minhas para decidir:

A fiscalização aponta expressamente que o valor em Reais dos investimentos/reinvestimentos realizados pelo HSBC Latin America no Banco HSBC Brasil e no HSBC Serviços foi obtido em resposta à intimação endereçada ao Banco Bradesco. Literalmente, aponta-se que “*em atendimento à solicitação desta fiscalização, o fiscalizado apresentou o custo do investimento em seus valores originais em reais. Verificou-se que os investimentos realizados correspondem a aportes diretos dos sócios e a reinvestimentos dos resultados das empresas, correspondendo ao valor do capital social das companhias na data de alienação*”.

O Impugnante, por outro lado, aponta que a fiscalização não poderia ter adotado o valor do capital social das empresas Banco HSBC Brasil e HSBC Serviços para dimensionar o valor dos investimentos/reinvestimentos efetuados pelo HSBC Latin America. Aduz-se que o valor do capital social não corresponde, necessariamente, ao custo de aquisição dos investimentos detidos pelo HSBC

Latin America, vez que seria possível aventar-se que tais investimentos/reinvestimentos estivessem refletidos em reservas de capital ou sequer mensurados na contabilidade das empresas investidas, caso a participação societária tivesse sido adquirida em mercado secundário.

Para apreciar o tema em pauta, é relevante relembrarmos algumas intimações realizadas pela fiscalização e respectivas respostas apresentadas pelo Banco Bradesco. Em 3 de abril de 2009, a fiscalização intimou o Banco Bradesco, nos seguintes termos:

Com base no artigo 971 do RIR/18, fica o contribuinte acima identificado **INTIMADO** a apresentar no prazo de 20 (**vinte**) dias, a contar do recebimento deste, as informações, esclarecimentos e/ou documentos solicitados:

- 1 – Apresentar cálculo de apuração do Ganho de Capital dos alienantes das companhias HSBC Bank Brasil S.A. e HSBC Serviços e Participações Ltda. para o Bradesco.
- 2 – Apresentar comprovantes do custo de aquisição considerado.

Em resposta, o Banco Bradesco apresentou a seguinte planilha, apontando o valor de alienação das participações societárias então detidas pelo HSBC Latin America :

Cálculo Ganho de Capital		
Itens	Banco HSBC	HSBC Serviços
Valor do Preço	15.594.886.000,25	1.173.808.623,67
Custo do Investimento	(13.950.448.794,54)	(693.648.581,55)
Ganho de Capital	1.644.437.205,71	480.160.042,12

Ademais, o Banco Bradesco ainda apresentou o custo de aquisição de tais participações societárias em moeda estrangeira, nos seguintes termos:

Moeda	HSBC Bank Brasil		HSBC Serviços		Total
	Custo em Moeda Estrangeira (BACEN - RDE)	Custo em Dólar	Custo em Moeda Estrangeira (BACEN - RDE)	Custo em Dólar	
USD	1.738.539.483,10	1.738.539.483,10	25.248.008,25	25.248.008,25	1.763.787.491,35
EUR	48.740.165,17	54.189.315,64	8.916.900,87	9.913.810,39	64.103.126,02
GBP	1.715.825.441,88	2.318.251.754,52	125.200.120,44	169.157.882,73	2.487.409.637,25
BMD	2.715,32	2.715,32	3.403,75	3.403,75	6.119,07
CAD	91.172,29	70.186,52	114.288,06	87.981,57	158.168,09
Total		4.111.053.455,1		204.411.086,68	4.315.464.541,78
Dolar em 27/06/2016		3,3934		3,3934	3,3934
Custo do Investimento em R\$		13.950.448.794,5		693.648.581,55	14.644.097.376,09

Em 22 de julho de 2019, a fiscalização intimou o Banco Bradesco a prestar os seguintes esclarecimentos:

- 1 – Informar se assumiu o “ônus do imposto devido pelo beneficiário” - nos termos do art. 725 do RIR/99 - sobre o ganho de capital apurado pelo beneficiário na operação de alienação do HSBC Bank Brasil e HSBC Serviços.
- 2 – Em caso afirmativo, informar se realizou o “reajustamento” de que trata a norma citada.
- 3 – Apresentar apuração do ganho de capital da operação do item 1 conforme disposto na IN 1455/2014:
- 4 – informar as datas dos investimentos e reinvestimentos constantes nos Registros Declaratórios Eletrônicos de Investimento Externo Direto (RDE-IED) anteriormente apresentados.

Em atendimento a tal intimação, o Banco Bradesco solicitou prorrogação do prazo para atendimento do quarto questionamento e apresentou os seguintes esclarecimentos:

1. Informar se assumiu o "ônus do imposto devido pelo beneficiário" - nos termos do art. 725 do RIR/99 - sobre o ganho de capital apurado pelo beneficiário na operação de alienação do HSBC Bank Brasil e HSBC Serviços;

Resposta: Informamos que o Banco Bradesco S/A não assumiu o ônus do Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF sobre o ganho de capital apurado pelo beneficiário HSBC Latin America Holdings (UK) Limited na operação de alienação do "HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo" e "HSBC Serviços e Participações Ltda."

2. Em caso afirmativo, informar se realizou o "reajustamento" de que trata a norma citada;

Resposta: Não aplicável diante da resposta ao item 1, acima.

3. Apresentar apuração do ganho de capital da operação do item 1, conforme disposto na IN 1455/2014:

Resposta: O ganho de capital apurado corresponde à diferença positiva entre os valores de venda de cada entidade e os correspondentes custos de aquisição, conforme demonstrado no quadro abaixo (valores em Reais):

BASE DE CALCULO DO IR FONTE		
Itens	BANCO HSBC	HSBC SERVIÇOS
Valor do Preço	15.594.886.000,25	1.173.808.623,67
Custo do Investimento	(13.950.448.794,54)	(693.648.581,55)
Ganho de Capital	1.644.437.205,71	480.160.042,12
IRRF -15% (DARF)	246.665.580,86	72.024.006,32

Para fins de apuração da diferença positiva entre o valor de alienação em Reais e o custo de aquisição em Reais, conforme legislação vigente, os correspondentes custos de aquisição e o preço de venda em moeda estrangeira foram convertidos para Reais conforme PTAX do dia 27.06.2016 (segundo dia útil imediatamente anterior às transações), nos termos do artigo 3º da Lei nº 10.305/2001.

Em 10 de outubro de 2019, o Banco Bradesco prestou esclarecimentos em relação ao quarto item da intimação, nos seguintes termos:

4. Informar as datas dos investimentos e reinvestimentos constantes nos Registros Declaratórios Eletrônicos de Investimento Direto (RDE-IED) anteriormente apresentados.

Resposta: Os investimentos e reinvestimentos constantes nos Registros Declaratórios Eletrônicos de Investimento Direto (RDE-IED) anteriormente apresentados foram realizados em conexão com os atos societários datados conforme relação anexa (DOC_COMPROBATORIOS0001).

Adicionalmente, encaminhamos cópias dos atos societários correspondentes à relação anexa (DOC_COMPROBATORIOS0002 ao DOC_COMPROBATORIOS0042).

Nos documentos comprobatórios mencionados na resposta acima lembrada, o Banco Bradesco apresenta a variação do capital social do HSBC Bank Brasil S/A, anexando as competentes atas das assembleias gerais extraordinárias. Colacionamos apenas um excerto de tal documento:

VARIAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL				
HSBC BANK BRASIL S.A. - BANCO MÚLTIPLO - CNPJ 01.701.201/0001-89				
BALANCETE				
Mês	Aumento de Capital	Redução Capital	Capital Social	Balanco
mar/97	-	-	1.017.549.000,00	1.017.549.000,00
ago/98	32.300.000,00	-	1.049.849.000,00	1.049.849.000,00
dez/98	-	175.342.039,45	874.506.960,55	874.506.960,55

ATO SOCIETÁRIO			
Alteração	Ato Societário	Data	Anexo
1.017.549.000,00	Assembleia Geral Extraordinária	31/03/1997	DOC_COMPROBATORIOS0002
1.049.849.000,00	8ª Assembleia Geral Extraordinária	10/08/1998	DOC_COMPROBATORIOS0003
874.506.960,55	11ª Assembleia Geral Extraordinária	31/12/1998	DOC_COMPROBATORIOS0004

Com base em tal resposta, é lícito concluir-se que **o próprio Banco Bradesco entendeu que o valor dos investimentos do HSBC Latin America deveriam**

ser apurados mediante os lançamentos contábeis realizados na conta capital social das empresas investidas. Veja: a própria resposta à intimação afeta aos investimento e reinvestimentos efetuados pelo HSBC Latin America apresentada pelo Banco Bradesco aponta que tais valores deveriam ser apurados pela movimentação da conta capital social, que corresponde exatamente ao procedimento adotado pela fiscalização!

É bem verdade que o valor do capital social de uma empresa pode não refletir adequadamente o valor do investimento realizado pelas pessoas físicas ou jurídicas detentoras de participação societária nesta empresa, como, por exemplo, quando o aumento do capital social é realizado com ágio ou caso a participação societária seja adquirida em mercado secundário. Contudo, no caso vertente, entendo que tais situações ensejadoras de divergência no valor do investimento realizado na aquisição de participação societária e no valor do capital social não ocorreram, por conta da resposta prestada pelo próprio Banco Bradesco.

Aponte-se, ademais, que, apesar de o Impugnante criticar a adoção da conta capital social para a apuração do custo de aquisição dos investimentos/reinvestimentos realizados pelo HSBC Latin America, em nenhum momento se demonstra qual seria o valor, em Reais, de tal custo de aquisição.

Logo, entendo correto o procedimento adotado pela fiscalização ao considerar, com base em expressa resposta apresentada pelo sujeito passivo, o saldo da conta capital social das empresas Banco HSBC Brasil e HSBC Serviços como custo de aquisição dos investimentos/reinvestimentos realizados em tais empresas pelo HSBC Latin America.

A decisão recorrida é bem clara ao assentir com o procedimento adotado pela Fiscalização em acatar os valores disponibilizados pela própria Contribuinte no tocante à determinação do custo de aquisição das participações societárias alienadas. A Autoridade Julgadora foi muito feliz ao demonstrar, cronologicamente, que a Fiscalização intimou a Contribuinte a primeiramente apresentar os comprovantes do custo de aquisição e, na sequência, em outra intimação, a informar as datas dos investimentos e reinvestimentos constantes dos Registros Declaratórios Eletrônicos de Investimento Externo Direto (RDE-IED). Em resposta, a Recorrente respondeu que os investimentos e reinvestimentos constantes dos RDE-IED *“foram realizados em conexão com os atos societários datados conforme relação anexa”* (juntada à resposta à intimação), conforme os atos societários correspondentes, também apresentados naquele momento.

A partir dos documentos apresentados pela própria Recorrente, concluiu a Fiscalização e a Autoridade Julgadora de primeira instância que os investimentos realizados corresponderiam aos aportes diretos dos sócios e a reinvestimentos dos resultados das empresas e, ainda, que tais valores corresponderiam ao valor do capital social das companhias na data de alienação. Ou seja, o capital social das empresas alienadas foi adotado como custo de aquisição a partir das informações prestadas pela própria Contribuinte, em intimação específica para que indicasse o custo de aquisição dos investimentos; e esse capital social corresponde exatamente aos valores investidos e reinvestidos constantes dos Registros Declaratórios Eletrônicos de Investimento Externo Direto (RDE-IED) também informados pela própria Contribuinte.

Por essas razões, perdem sentido as digressões constantes do recurso voluntário de que o capital social *“não reflete, tampouco pode ser utilizado como referência exclusiva para a determinação do custo de aquisição da participação societária detida por um acionista em determinada companhia”*. Vejam que a Recorrente argumenta que o capital social não poderia

ser utilizado como “referência exclusiva” para a determinação do custo; ou seja, admite que o capital social poderia ser utilizado para tal mister, mas não consegue demonstrar qual seriam as outras opções, limitando-se ao plano argumentativo quando evoca a utilização dos valores constantes dos itens Investimento e Reinvestimento do certificado de registro de capital estrangeiro emitido pelo Banco Central do Brasil. Ora, esses valores registrados no Banco Central foram fornecidos pela Recorrente, como vimos acima, em resposta a intimação da Autoridade Fiscal, e coincidem com os valores relativos ao capital social constantes das demonstrações contábeis das empresas investidas.

Por todo o exposto, rechaço, igualmente, as alegações do recurso voluntário no ponto.

Em relação às alegações de que a Contribuinte teria retido e pago valores além do devido, haja vista que a Fiscalização não teria considerado o ajuste negativo de preço, reitero o disposto na decisão recorrida que, acertadamente, considerou o procedimento fiscal ileso de qualquer mácula neste ponto. Reproduzo abaixo os excertos da decisão recorrida que tratam do ponto, adotando como meus os respectivos fundamentos para decidir:

(...)

Após verificarmos todos os termos da avença relativa à aquisição pelo Banco Bradesco da participação societária então detida pelo HSBC Latin America no Banco HSBC Brasil e na HSBC Serviços, bem como a definição do valor do “ajuste final”, vamos analisar os pagamentos realizados em face de tal avença e apurar os eventuais fatos geradores e bases de cálculo dos tributos devidos.

A cláusula de pagamento estabelecida no contrato em comento tem uma forma de cálculo particular, pois o comprador realiza o pagamento de determinada importância ao vendedor, mas tal pagamento se submete a posterior ajuste, que pode ser tanto positivo (*nesse caso, o comprador terá que pagar um valor adicional ao vendedor*) quanto negativo (*em tal hipótese, o vendedor é quem terá que entregar recursos financeiros ao comprador, ou seja, devolver parte do valor recebido*).

Tal cláusula de pagamento faz com que a avença condicione seus efeitos a evento futuro e incerto, ou seja, estamos perante um negócio jurídico condicional. Logo, necessário lembrarmos o quanto estabelecido pelo CTN no tocante à identificação do fato gerador de tributos em negócios jurídicos condicionais:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;

II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.

Destarte, para identificarmos o momento de ocorrência do fato gerador de tributos em negócios jurídicos condicionais, temos que identificar a natureza da condição. Caso a condição imposta faça com que o negócio não produza seus efeitos de imediato, estaremos perante verdadeira condição suspensiva; já na hipótese de o negócio produzir seus efeitos de imediato, efeitos esses que podem ser revertidos ou modificados por conta de evento futuro e incerto, a condição será resolutória.

No caso vertente, temos uma situação *sui generis*, pois o negócio jurídico produz parte de seus efeitos de imediato, quando do fechamento do preço (*pagamento ao vendedor dos valores estabelecidos na cláusula 6.3 da avença*), com possível devolução ao comprador (*logo, uma verdadeira condição resolutória*). Por outro lado, caso o valor do “ajuste final” seja superior ao valor do “ajuste estimado”, o comprador terá que pagar um valor adicional ao vendedor (*em relação a tal importância, estaríamos perante verdadeira condição suspensiva*). **Assim, a avença em foco materializaria um negócio jurídico condicional, tanto sujeito à condição resolutória (valores pagos quando do fechamento do preço ao vendedor, que podem ser posteriormente devolvidos) quanto à condição suspensiva (pagamento de valores adicionais do comprador ao vendedor, caso o valor do “ajuste final” seja superior ao valor do “ajuste estimado”).**

Em relação aos valores pagos pelo comprador ao vendedor por conta da cláusula 6.3 da avença em análise, o fato gerador do imposto de renda ocorre de imediato, na esteira da norma veiculada no art. 117, inciso II, do CTN. **Veja que o vendedor passa a ter a disponibilidade econômica de tais valores tão logo o comprador efetua tal pagamento, restando caracterizado o fato gerador do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital. Em decorrência de o vendedor ser residente no exterior, o comprador é responsável pela retenção do imposto de renda na fonte e superveniente recolhimento.**

Já em relação às diferenças apuradas entre os valores do “ajuste final” e do “ajuste estimado”, pode haver novo fato gerador do imposto de renda, caso o comprador tenha que efetuar pagamento adicional ao vendedor. No caso de o vendedor devolver valores ao comprador, passa a ser possível ao vendedor solicitar a competente restituição, alegando que o valor efetivo de seu ganho de capital foi menor do que o inauguralmente apurado. Destaca-se que tal pleito ressarcitório não afeta em nada o valor da retenção de imposto de renda cabível quando do pagamento efetuado pelo comprador ao vendedor por conta da cláusula 6.3 da avença em questão, pois tal pagamento já materializa o fato gerador do imposto de renda, conforme explicitado no parágrafo precedente.

Vejam, em uma tabela, o raciocínio acima exposto acerca das condições que regem os efeitos do negócio jurídico em foco e seus respectivos efeitos:

Condição e consequência	Natureza da condição	Efeito com o implemento da condição
Se o ajuste final for superior ao ajuste estimado, o comprador terá que pagar tal diferença ao vendedor	Suspensiva, em relação ao pagamento adicional	O vendedor terá acréscimo no valor da alienação e, em consequência disso, maior ganho de capital (fato gerador do IR)
Se o ajuste final for inferior ao ajuste estimado, o vendedor terá que devolver tal diferença ao vendedor	Resolutória, em relação ao pagamento inicial	O comprador terá uma redução no custo de aquisição e o vendedor terá um decréscimo no ganho de capital (possível restituição)

Frise-se, por fim e novamente, que, em relação aos valores pagos pelo comprador ao vendedor estabelecidos na cláusula 6.3 da avença em análise, há a ocorrência imediata do fato gerador do imposto de renda na fonte sobre o ganho de capital, pois tal importância passa a se encontrar na disponibilidade econômica do comprador quando de sua remessa ao exterior. Assim, ainda que fato superveniente possa levar a devolução parcial dos valores recebidos pelo vendedor (tal fato corresponde à apuração do valor do ajuste final), tal condição resolutória não afeta o fato gerador do imposto de renda, na esteira da norma veiculada no art. 117, inciso II, do CTN.

Logo, não há reparos a serem realizados na base de cálculo adotada na presente autuação.

Absolutamente perfeita a construção feita na decisão recorrida em relação a correção da base de cálculo ao caracterizar a avença entabulada entre a Recorrente e o HSBC Latin America como um negócio jurídico condicional, afeto, portanto, ao disposto no art. 117 do CTN acima retratado. Aliás, contra tais argumentos, especificamente, verificamos que o recurso passa ao largo, fazendo uma breve referência, muito *em passant*; mais uma razão pela qual considero os fundamentos expostos como irretocáveis.

O recurso voluntário também refuta o procedimento fiscal no tocante ao reajustamento da base de cálculo. Alega que tal reajustamento seria indevido, haja vista que a legislação seria expressa ao autorizá-lo tão somente quando houver o pagamento de “rendimentos” – que não se confundem com o ganho de capital – e “*quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto sobre a renda devido pelo beneficiário*”, o que não teria sido comprovado pela Fiscalização no presente caso.

Com relação ao reajustamento da base de cálculo, considero ter sido efetuado corretamente, em função de o art. 26 da Lei nº 10.833/2003 estabelecer a responsabilidade da fonte situada no Brasil pela retenção e recolhimento quando se tratar de pagamento a residente ou domiciliado no exterior.

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.

Assim, quando a recorrente deixa de efetuar a retenção, assume para si o ônus do imposto que seria devido pelo beneficiário, não exigindo a Lei nº 4.154/62 o acordo entre as partes, porque a assunção do ônus é estabelecida pela própria Lei. Nesse sentido, me socorro do texto do Acórdão nº 2201-003.745, de 05/07/2017, cujos fundamentos adoto como razões de decidir neste ponto:

Reajustamento da base de cálculo Quanto ao reajustamento da base de cálculo, afirma a recorrente que tal prática ofenderia o princípio da legalidade, uma vez que não haveria previsão legal. Ocorre, entretanto, que a Lei nº 4.154, de 28 de novembro de 1962, expressamente prevê que:

Art. 5º Ressalvados os casos previstos nos artigos 100 e 101 do Regulamento mencionado no artigo 1º, quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiado, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada como líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o tributo.

Esta é uma medida de isonomia, já que garante ao mesmo benefício percebido a mesma tributação, de forma que haverá idêntica incidência tributária quando dois contribuintes tiverem recebido de suas fontes pagadoras idêntico valor.

É também uma medida de controle fiscal, já que impede a manipulação do valor que serve como base de cálculo, impedindo que a fonte considere apenas a parcela efetivamente transferida ao beneficiário (líquido) e não o rendimento efetivo (bruto).

A assunção do ônus se presume não por declaração de vontade, mas pelo comportamento adotado pela fonte pagadora ao fazer a transferência de valores em montante superiores ao efetivamente devidos ao beneficiário dos rendimentos e, de outro lado, retendo e pagando o imposto em montante aquém do que era necessário. Para reforçar esse entendimento, reproduzo excerto da decisão recorrida que foi cirúrgica em relação à matéria:

A alegação de que o reajustamento da base de cálculo seria inadequado para ganhos de capital é descabida, pois é irrelevante a natureza do rendimento recebido para a aplicação de tal procedimento. De fato, o reajustamento da base de cálculo do imposto de renda é procedimento calcado na lógica de que o valor efetivamente pago ao beneficiário de rendimento corresponde ao valor líquido, já descontado o imposto de renda. Logo, quando a fonte pagadora não realiza a retenção do imposto de renda corretamente, torna-se necessário o reajustamento da base de cálculo de tal tributo, procedimento adotado com correção pela fiscalização.

Destaca-se, em reforço argumentativo, que há vários precedentes do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que apontam pela possibilidade do reajustamento da base de cálculo do imposto de renda na tributação de ganho de capital, citando-se, a título ilustrativo, dois recentes precedentes:

Acórdão n.º. 2402-006.047, sessão de 6 de março de 2018

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL.

Na operação de incorporação de ações, a qual não se confunde com subrogação legal ou permuta, a transferência das ações da companhia incorporada para o patrimônio da companhia incorporadora caracteriza alienação, cujo valor, se superior ao custo de aquisição, é tributável, pela diferença a maior, como ganho de capital para os acionistas da companhia cujas ações são incorporadas.

GANHO DE CAPITAL AUFERIDO POR RESIDENTE NO EXTERIOR NA ALIENAÇÃO DE BENS LOCALIZADOS NO BRASIL. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE.

O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de

renda incidente sobre o ganho de capital auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.

IRRF. REAJUSTAMENTO DO RENDIMENTO BRUTO. RENDA DE NÃO RESIDENTE. ASSUNÇÃO DO ÔNUS PELA FONTE PAGADORA.

Quando a fonte paga rendimentos a domiciliado no exterior sem o desconto devido pelo beneficiário, deverá recolher o imposto correspondente com a base reajustada, eis que, para todos os efeitos legais, considera-se assumido o ônus do imposto.

Acórdão n.º. 2202-004.360, sessão de 5 de abril de 2018

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL.

A incorporação de ações constitui uma forma de alienação. O sujeito passivo transfere ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado. Sendo este superior ao valor de aquisição, a operação importa em variação patrimonial a título de ganho de capital, tributável pelo imposto de renda, ainda que não haja ganho financeiro.

AUSÊNCIA DE RETENÇÃO. REAJUSTAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. LEGALIDADE.

Não tendo a fonte pagadora efetuado a retenção que lhe cabia realizar, presume-se que assumiu o ônus do IRRF, hipótese em que a base de cálculo deve ser reajustada para considerar o valor efetivamente transferido ao beneficiário como líquido.

Portanto, absolutamente escorreito o procedimento fiscal ao reajustar a base de cálculo do tributo por força de expressa disposição legal para tanto.

Por último, a Recorrente se insurge contra a imposição da multa de ofício, e da taxa SELIC reputando-as descabidas. Alega que, na ausência da edição de qualquer normativo posterior (legal ou infralegal) que tenha disciplinado o momento da conversão do custo de aquisição detido em moeda estrangeira, a Portaria MF 550/94, editada pela próprio Ministério da Fazenda, continuaria plenamente aplicável, o que respaldaria o procedimento adotado pelo Recorrente, justificando o afastamento da multa de ofício. Também funda suas alegações na falta de razoabilidade dos valores lançados a título de multa, citando decisões do Pretório Excelso que albergariam suas conclusões. Especificamente em relação à taxa SELIC aduz que a mesma não teria sido criada por lei para fins tributários, citando, também, a jurisprudência nesse sentido.

Como vimos anteriormente, a Portaria MF n.º 550/94 está superada desde 1995, após a edição das Leis n.º 8.981 e 9.249. Tal entendimento está respaldado na Solução de Divergência COSIT n.º 16/2013, com a qual já manifestamos nossa concordância em seu inteiro teor anteriormente. Portanto, fundamentar o afastamento da multa de ofício, lançada por imposição legal e de forma vinculada pela Autoridade Fiscal, na plena vigência da Portaria MF n.º 550/94 revela-se totalmente descabido, devendo de pronto ser rechaçado tal entendimento.

Com relação às questões atinentes à falta de razoabilidade dos valores lançados a título de multa de ofício, há muito encontra-se superada tal discussão no âmbito deste Conselho, mormente após a edição da Súmula CARF n.º 02. Também por conta da edição de outras duas

Súmulas, as de nº 04 e 108, as questões atinentes à aplicação da taxa SELIC aos débitos lançados se encontra superada.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves

Declaração de Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva

Com a devida vênia ao brilhante voto do ilustre conselheiro relator, dele divergi e apresento as razões pelas quais entendo que deve ser dado provimento ao Recurso Voluntário.

Inicialmente cumpre ressaltar que, o TVF é resumido, lacônico e de difícil compreensão. Entretanto, o Recorrente conseguiu superar tal fato e compreendeu adequadamente a acusação e dela se defendeu de maneira que entendo ser eficaz.

Sem nem adentrar na argumentação acerca da aplicação ou não da Portaria n. 550/94 face à sua alegada revogação, pela qual entendo ser um argumento razoável da PGFN, entendo que o caso se resolve de maneira mais simples dado o exposto tratamento legal do caso.

Necessário ressaltar ainda que a legislação nacional imputou ao não residente ou domiciliado tratamento específico no que se refere ao ganho de capital. Diga-se, ainda, que a legislação por vezes fala de não residente (pessoa física) e por vezes fala de não domiciliado (pessoa jurídica).

O art. 18 da Lei n. 9.249/95 é claro e expresso ao estabelecer qual o regramento que seria aplicável tanto ao não residente quanto ao não domiciliado, senão vejamos:

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.**

Ou seja, no caso concreto deve ser aplicada à operação de ganho de capital o mesmo tratamento que seria dado ao residente (pessoa física) no país. Por sua vez, nos termos do art. 26 da Lei n. 10.833/03, caberia ao Recorrente a retenção do imposto. Me parece que até esse ponto ninguém divergiu.

Ocorre que, o ganho de capital decorrente das alienações de bens e direitos em moeda estrangeira está regulado **expressamente** pelo artigo 24 da Medida Provisória n. 2.158-35/01, “in verbis”:

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.

§1ºO disposto neste artigo alcança, inclusive, a moeda estrangeira mantida em espécie.

§2ºNa hipótese de alienação de moeda estrangeira mantida em espécie, o imposto será apurado na declaração de ajuste.

§3ºA base de cálculo do imposto será a diferença positiva, em Reais, entre o valor de alienação, liquidação ou resgate e o custo de aquisição do bem ou direito, da moeda estrangeira mantida em espécie ou valor original da aplicação financeira.

§4ºPara os fins do disposto neste artigo, o valor de alienação, liquidação ou resgate, quando expresso em moeda estrangeira, corresponderá à sua quantidade convertida em dólar dos Estados Unidos e, em seguida, para Reais, mediante a utilização do valor do dólar para compra, divulgado pelo Banco Central do Brasil para a data da alienação, liquidação ou resgate ou, no caso de operação a prazo ou a prestação, na data do recebimento de cada parcela.

§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 a data da alienação, liquidação ou resgate, ou, no caso de operação a prazo ou a prestação, na data do recebimento de cada parcela.(Revogado pela Medida Provisória nº 1.171, de 2023)

§6ºNão incide o imposto de renda sobre o ganho auferido na alienação, liquidação ou resgate:

I- de bens localizados no exterior ou representativos de direitos no exterior, bem assim de aplicações financeiras, adquiridos, a qualquer título, na condição de não-residente;(Revogado pela Medida Provisória nº 1.171, de 2023)

II-de moeda estrangeira mantida em espécie, cujo total de alienações, no ano-calendário, seja igual ou inferior ao equivalente a cinco mil dólares norte-americanos.

§7ºPara efeito de apuração do ganho de capital de que trata este artigo, poderão ser utilizadas cotações médias do dólar, na forma estabelecida pela Secretaria da Receita Federal.

Ressalte-se, ainda, que tal norma apenas foi revogada ao final do ano de 2023!

Por sua vez, tendo em vista que trata-se de norma específica de apuração ganho de capital decorrente das alienações de bens e direitos em moeda estrangeira para pessoas físicas, e tendo em vista o disposto no art. 18 da Lei nº 9.249/95 claramente equipara o tratamento de pessoas físicas não residentes ou pessoas jurídicas não domiciliadas, entendo que a conclusão pela aplicação da referida norma é inafastável.

Por sua vez, o brilhante voto do Cons. Relator afastou tal aplicação com o seguinte argumento:

Entretanto, tal entendimento também não pode prevalecer, haja vista que tal norma é destinada a pessoas físicas residentes no Brasil, enquanto que o caso em apreço é de contribuinte pessoa jurídica residente no exterior. Quando o art. 18 da Lei nº 9.249/95 estabeleceu 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*",

de forma alguma estabeleceu a unidade de tratamento tributário entre pessoa jurídica residente no exterior e pessoa física residente no Brasil. Tanto é assim que, como vimos na redação do § 5º do art. 26 da IN SRF nº 208/2002, que regulamenta o disposto nas leis nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995 e nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, citadas alhures, “*Na apuração do ganho de capital de não-residente não se aplicam as isenções e reduções previstas para o residente no Brasil*”. Tal dispositivo denota que não há como equiparar o tratamento destinado às pessoas físicas residentes no país com aquele pertinente às pessoas jurídicas residentes no exterior.

Com a devida vênia, discordo de tal conclusão por duas razões. Primeiro que me parece que a aplicação é clara e expressa tratando-se de regulamentação específica ao caso, e exatamente o que o art. 18 da Lei nº 9.249/95 fez foi unificar de tratamento tributário entre pessoa jurídica domiciliada no exterior e pessoa física residente no Brasil. Segundo porque a regra citada pela argumentação acima, restringe ao não residente a aplicação de isenções e reduções previstas a residentes, mas não estamos diante de um caso destes. O que o § 5º do art. 24 da MP 2.158-35/01 estabelece são critérios relativos ao aspecto temporal e quantitativo da regra matriz de incidência da norma nesta situação específica, mas não trata de isenção ou redução de base de cálculo.

Ainda é importante observar que a referida norma faz uma distinção entre a tributação dos ganhos de capital com rendimentos originariamente auferidos em reais e auferidos em moeda estrangeira. Nessa linha, caso os ganhos derivem de rendimentos originariamente auferidos em moeda estrangeira, o cálculo do ganho será feito considerando os valores do custo e da alienação em moeda estrangeira, evitando assim que seja dado efeito de tributação ou dedutibilidade do custo para os valores relativos à variação cambial. Também me parece que foi esse o claro objetivo da norma.

No caso concreto, tendo em vista que se trata de investimento de não domiciliado feito diretamente em pessoa jurídica brasileira, não tenho dúvidas de que se trata de rendimento originariamente auferido em moeda estrangeira, de forma que o cálculo do ganho de capital deve levar em conta tanto o custo como o valor da alienação em moeda estrangeira, devendo a conversão ser feita no momento da alienação.

Essas foram as razões que me levaram a divergir do excelente voto do ilustre Relator.

Com base no exposto, votei por dar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva