



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

Processo n° 16327.720960/2014-51
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 2202-005.183 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de maio de 2019
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE
Embargante BANCO BRADESCO SA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Verificada a existência de omissão, obscuridade e contradição no julgado é de se acolher os embargos de declaração apresentados pelo Contribuinte.

NULIDADE. FALTA DE CAPITULAÇÃO LEGAL

Comprovada a regularidade do procedimento fiscal, que atendeu aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN e presentes os requisitos do art. 10 do Decreto n° 70.235, de 1972, não há que se cogitar em nulidade do lançamento.

GANHO DE CAPITAL AUFERIDO POR RESIDENTE NO EXTERIOR

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 auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.

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.

A legislação tributária não exige que a tributação pelo imposto sobre a renda no ganho de capital dependa do pagamento em pecúnia.

INAPLICABILIDADE DO PARECER NORMATIVO CST 39/1981

Não cabe a aplicação do Parecer Normativo CST n. 39/1981, por tal parecer está derogado pela Lei n. 7.713/1989, e, tal ato normativo é aplicado no caso de incorporação de sociedade.

REGISTRO BANCO CENTRAL

Registro de investimento do capital estrangeiro efetuado no Banco Central do Brasil não tem aptidão para interferir nos efeitos tributários das operações de alienação de ações.

SOLUÇÃO DE CONSULTA CVM. PARECER DA PROCURADORIA JUNTO À CVM

Solução de Consulta feita à CVM e Parecer da Procuradoria Especializada junto à CVM não possuem caráter vinculante no âmbito do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, por acolher os embargos de declaração, sem efeitos infringentes, para retificar o Acórdão nº 2202-004.339, de 03/04/2018, sanando as omissões, contradições e obscuridades nele existentes, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcelo de Sousa Sáteles - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Virgílio Cansino Gil (Suplente convocado), Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Leonam Rocha de Medeiros, Marcelo de Sousa Sáteles (Relator), Martin da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de Lima, Rorildo Barbosa Correia e Ronnie Soares Anderson (Presidente). Ausente a conselheira Andréa de Moraes Chierogatto.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração (efls. 970 a 994) opostos pelo sujeito passivo em face do Acórdão nº 2202-004.339, proferido em sessão plenária de 03/04/2018, pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF (efls. 932 a 961), negou provimento ao recurso, assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2009

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.

MULTA DE OFÍCIO

Tendo o Auditor Fiscal aplicado a multa prevista em lei, agiu em conformidade com o seu dever, em face de a atividade do lançamento ser plenamente vinculada.

INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE.

Após o lançamento, incidem juros sobre a multa de ofício, pois, esta integra o crédito tributário lançado, não havendo que se fazer distinção em relação à aplicação da regra contida no artigo 161 do Código Tributário Nacional -CTN.

A decisão foi registrada nos seguintes termos:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares. No mérito, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Junia Roberta Gouveia Sampaio (Relatora), Dilson Jatahy Fonseca Neto e Martin da Silva Gesto que deram provimento integral ao recurso, sendo que os Conselheiros Dilson Jatahy Fonseca Neto e Martin da Silva Gesto acompanharam o voto da Relatora pelas conclusões. Foi designada a Conselheira Rosy Adriane da Silva Dias para redigir o voto vencedor.

O contribuinte foi cientificado da decisão em 03/08/2018 (efl. 967), apresentando os Embargos de efls. 970 a 994, com fundamento no art. 65 do RICARF, alegando a existência de omissões, contradição e obscuridade no acórdão prolatado, que podem ser assim resumidos:

a) Omissão quanto à preliminar de nulidade da autuação e do acórdão da DRJ

Neste ponto aduz que o acórdão embargado contém **omissões**, pois deixou de se manifestar (1) quanto à preliminar de nulidade da autuação por ausência de fundamentação legal e (2) quanto à inovação da DRJ com relação ao fundamento legal adotado, quando da decisão de 1ª instância, o que ensejaria sua nulidade.

b) Omissão e contradição quanto à classificação da operação de incorporação de ações como sub-rogação:

Neste tópico, sustenta que o acórdão está eivado de **omissão e contradição**. Omissão por deixar de se manifestar sobre os argumentos trazidos no recurso voluntário quanto ao art. 252 da Lei das SA, no Parecer Normativo CST nº 39/81 e das provas apresentadas (registros BACEN). **Contradição** quanto aos fatos e documentos apresentados pelo embargante, por não reconhecer, no caso em tela, a ocorrência da sub-rogação real, sendo que a

condição para tal, nos termos do voto vencedor (manutenção pelas sociedades das mesmas posições patrimonial e econômica verificadas antes da operação), foi comprovada pelos documentos apresentados.

c) Omissão quanto à equiparação incorporação de ações como aumento de capital mediante dação em pagamento

Alega que o voto vencedor defendeu que a operação de incorporação de ações possui caráter de aumento de capital da sociedade incorporadora, mediante "dação em pagamento" de bens (ações), pelas antigas acionistas da incorporada, todavia deixou de esclarecer a razão pela qual teria sido afastado o entendimento da CVM acerca do §2º do art. 251 da Lei das SAs e do Parecer nº /2014/GJU-2/PFE-CVM/PGF/AGU, incorrendo assim em **omissão**. Também haveria **omissão** com relação às disposições contidas no art. 110 do CTN.

d) Omissão quanto à classificação de incorporação de ações como "permuta sem torna"

Aduz que o acórdão é **omisso** pois não analisou o argumento trazido em sede recursal de que, se a incorporação de ações consiste em permuta, seria uma "permuta sem torna", portanto não ensejaria tributação sobre ganho de capital.

e) Obscuridades e Omissões quanto à realização da renda para fins de tributação

Sustenta que o acórdão contém **obscuridade** pois afirma que a realização da renda se deu com a valoração das ações da incorporada Ibi Participações quando da operação de incorporação de ações, todavia tal valorização é meramente potencial e não efetiva para fins de tributação.

Também não demonstrou como o responsável pelo recolhimento do IR Fonte, ora embargante, poderia reter o tributo sem ter o seu patrimônio onerado, por não haver fluxo financeiro efetivo.

Tampouco demonstrou qual a relação da existência de ganho de capital na operação de incorporação de ações e o exercício dos direitos dessa titularidade (distribuição de lucros, dividendos, etc)

Por fim, que o acórdão teria deixado de se manifestar sobre tópico trazido no recurso voluntário do ora embargante quanto à aplicação do regime de caixa para a tributação do ganho de capital dos não residentes (caso dos autos).

f) Omissão quanto ao pedido subsidiário de aproveitamento do valor recolhido pela sociedade NCF Participações

Alega que o acórdão foi **omisso** por não ter enfrentado os argumentos trazido no recurso voluntário de que as reais contribuintes são as empresas luxemburguesas, portanto seria indiferente para o Fisco quem seria o responsável tributário. Também não teria sido analisada a necessidade de se observar a "substância econômica" da operação.

g) Omissão quanto a tópicos subsidiários apontados no recurso voluntário

Aduz que o acórdão embargado deixou de se manifestar a respeito de diversos tópicos subsidiários do Recurso Voluntário. São eles:

"III.2 - Da Não Apuração de Ganho de Capital pela Morelia e pela Cortines em Razão da Manutenção do Custo"

"in.3 - Ad Argumentandum - Da Ausência de Responsabilidade por parte da Recorrente [Embargante]"

m.4 - Ad Argumentandum - Da Impossibilidade de se Exigir do Recorrente [Embargante] a Multa de Ofício e os Juros de Mora"

DO ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS

Os embargos foram admitidos parcialmente (efls. 1040 e ss) para que fossem sanados os seguintes vícios, *in verbis*:

a) Omissão quanto à preliminar de nulidade da autuação e do acórdão da DRJ

A embargante sustenta que o acórdão apresenta " omissão quanto à alegação preliminar de que a responsabilidade do Embargante pelo recolhimento do ganho de capital reconhecido pela Fiscalização, supostamente auferido pelas sociedades luxemburguesas Morelia e Cortines em razão da incorporação das ações da Ibi Participações pelo Embargante, não foi fundamentada em nenhum dispositivo legal quando da lavratura do auto de infração. " Também, que a DRJ teria inovado aplicando " interpretação inovadora no sentido de que a mencionada fundamentação estaria no §2º do art. 685 do RIR/99", o que ensejaria a nulidade da decisão.

Todavia, conclui que " não há uma linha sequer nas razões do Acórdão que trate a respeito da ausência de fundamentação legal da responsabilidade do Embargante no auto de infração, nem, tampouco, da inovação da DRJ ao indicar, para tanto, o §2º do art. 685 do RIR/99".

Compulsando os autos, verifica-se que na parte dispositiva do acórdão foi registrado que a turma decidiu "por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares". Por sua vez, o voto vencido destaca entendimento de que "alegada ausência de subsunção do fato a norma que suporta o presente lançamento se confunde com o mérito e, por isso, será juntamente com ele analisada". Já no voto vencedor há o registro que a divergência de posicionamento limita-se ao mérito ("... peço vênia para divergir de seu posicionamento, no que toca ao mérito").

Assim, constata-se que em nenhum momento chegou a ser analisada a ausência de fundamentação legal alegada pelo recorrente, tampouco a suposta inovação trazida pelo acórdão da DRJ, motivo pelo qual deve ser reconhecida a omissão apontada.

b) Omissão e contradição quanto à classificação da operação de incorporação de ações

A embargante destaca que, em seu Recurso Voluntário, defendeu que "diferentemente de uma alienação, o que acontece na incorporação de ações é uma substituição, uma sub-rogação real de ações de uma companhia (Ibi Participações) por ações de outra companhia (Embargante), com a manutenção das mesmas relações jurídicas previamente existentes, permanecendo o acionista (neste caso, as sociedades luxemburguesas Morelia e Cortines) nas mesmas posições patrimonial e econômica verificadas antes da operação (vide fls. 41/53 do Recurso Voluntário)". Essa seria a interpretação do art. 252 da Lei das SA, assim como do Parecer Normativo CST nº 39/81.

Também que, "no intuito de comprovar que as sociedades não residentes, Morelia e Cortines, permaneceram nas exatas posições patrimonial e econômica que possuíam antes da operação de incorporação de ações, o Embargante juntou aos autos - e reproduziu no seu Recurso Voluntário - as telas de registro das participações societárias das sociedades luxemburguesas na Ibi Participações e, posteriormente, no Embargante, expedidas pelo Banco Central do Brasil (Bacen)".

Sustenta que "no Voto Vencedor do acórdão embargado não se enfrentou os argumentos trazidos nas fls. 44 a 51 do Recurso Voluntário quanto ao disposto no art. 252 da Lei das S/A, no Parecer Normativo CST nº 39/81 (por meio do qual o próprio Fisco reconhece a ocorrência de sub-rogação real em operações de substituição de participações societárias) e muito menos se tratou das provas apresentadas (registros Bacen)".

Ainda: "Observe-se que neste ponto não se alega que no supracitado Voto não se tratou da sub-rogação, mas sim que se deixou de enfrentar questões independentes capazes de infirmar as conclusões lá adotadas, motivo pelo qual estas questões devem ser expressamente enfrentadas por esta C. Turma Julgadora."

Além da alegada omissão, a embargante sustenta que o acórdão acabou tomando-se contraditório, uma vez que "no Voto Vencedor do Acórdão afirmou-se que, para a ocorrência de sub-rogação real, as sociedades devem manter as mesmas posições patrimonial e econômica verificadas antes da operação, que deve haver perfeita identidade de valores entre os bens sub-rogado e deslocado: o Embargante comprovou estes requisitos; todavia, de forma contraditória, no Voto Vencedor do Acórdão concluiu-se, categoricamente, que não há que se falar na ocorrência de sub-rogação no caso dos autos (...)"■

Compulsando os autos, entendo que assiste razão parcial à embargante.

O voto vencedor filia-se à corrente que reconhece a incorporação de ações como alienação, conforme seguintes excertos:

(...) Não entendo que estamos a tratar de sub-rogação real, pois esse instituto pressupõe a substituição jurídica de uma coisa (ações da sociedade A) por outra (ações da sociedade B), mas mantendo-se a relação base anterior. É que feita essa "substituição", a essência da relação jurídica anterior não será

mais a mesma, uma vez que sendo as ações recebidas pela incorporada pertencentes à pessoa jurídicas diferente (sic), tudo mais se altera: valores patrimoniais, Estatutos sociais etc.

....

Com relação à alegada omissão referente à análise do art. 252. da Lei das SA, entendo que não são cabíveis os aclaratórios. uma vez que, como transcrito acima, o posicionamento é de que, tratando-se de uma alienação, há uma modificação da "essência da relação jurídica anterior, (...)uma vez que sendo as ações recebidas pela incorporada pertencentes à pessoa jurídicas diferente (sic), tudo mais se altera: valores patrimoniais, Estatutos sociais etc", e não mera substituição de ativos. Ademais, o voto vencedor ressaltou que, por expressa determinação legal, a incorporação de ações acarreta alterações nos valores patrimoniais, a teor do art. 252, §3º da lei das SA.

Todavia, o acórdão deixou de se manifestar sobre o entendimento trazido pelo (então) recorrente acerca da aplicação do Parecer Normativo CST 39/81, bem como sobre a alegada manutenção da posição financeira e patrimonial das entidades envolvidas (registros BACEN - trazidos pelo contribuinte no recurso voluntário dentro do tópico III. 1.2.3 - Da não tributação das Operações de Permuta - efls. 726 e ss).

Por sua vez, não há que se falar em contradição decorrente da falta de análise de tais documentos com a conclusão do julgado. Isto porque a posição adotada pela turma julgadora, já realçado acima, é de que há modificação da "essência da relação jurídica anterior. (...) uma vez que sendo as ações recebidas pela incorporada pertencentes à pessoa jurídicas diferente (sic), tudo mais se altera: valores patrimoniais, Estatutos sociais etc ". Ou seja, para a turma julgadora a alteração da composição das pessoas jurídicas já é suficiente para se classificar a incorporação de ações como alienação, e não sub-rogação.

c) Omissão quanto à equiparação incorporação de ações como aumento de capital mediante dação em pagamento

Sobre o tema, a embargante alega que o voto vencedor adotou posicionamento de que a incorporação de ações equipara-se a um aumento de capital mediante dação em pagamento, na mesma linha de raciocínio da decisão da DRJ.

Todavia deixou de demonstrar porque seria afastado o entendimento expresso pela CVM acerca do §2º do art. 251 da Lei das S/A conforme "CONSULTA DE PARTICIPANTE DE MERCADO -NATUREZA E EFEITOS DE OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - SINDCOR - PROC. RJ2014/2584. Reg. nº 9167/14. Relator: SEP" e pelo "PARECER Nº/2014/GJU-2/PFE-CVM/PGF/AGU", proferido pela Procuradoria Federal Especializada junto à CVM (efls. 698 e 699 - recurso voluntário), bem como deixou de analisar a questão à luz do art. 110 do CTN.

Compulsando os autos, verifica-se que o voto vencedor assim se manifesta sobre a matéria:

Caráter de aumento de capital mediante "dação em pagamento"

Muito embora essa subscrição de capital com bens (ações) seja uma etapa de um procedimento maior, configurando um negócio típico do direito societário, não vejo porque possa descaracterizar a linha de entendimento que também configura uma outra situação jurídica condutora da tributação, qual seja, um aumento de capital da incorporadora mediante uma "dação em pagamento" de bens (próprias ações) pelos antigos acionistas da incorporada, modalidade esta de alienação albergada como campo de incidência do IR, no § 4º do art 117 do RIR/99, ultrapassando assim quaisquer outras considerações opostas de renda ainda não realizada, afinal a própria lei encampou literalmente tal situação jurídica.

Se, ao menos teoricamente, é indiferente a qualificação com base numa tese (a incorporação de ações é um instituto jurídico do direito societário, havendo alienação e aquisição fictas) ou outra (aumento de capital com "dação em pagamento" de bens (ações)), permanece a questão de fundo de todas as discussões em torno da validade da tributação, na discussão subsequente de que tal renda ainda não teria se realizado ex vi art. 43 do CTN.

O que se apregoa é que no nosso ordenamento jurídico, a tributação incide sobre renda realizada por força do disposto no art. 43 do CTN.

Neste quesito, entendo que também assiste razão à embargante, merecendo ser suprida a omissão apontada nos aclaratórios.

d) Omissão quanto à classificação de incorporação de ações como "permuta sem torna"

Aduz que "defendeu em seu Recurso Voluntário, mais especificamente entre as fls. 64 e 81, que, ainda que a incorporação de ações fosse espécie do gênero alienação esta seria uma "permuta sem torna", não havendo a incidência do IR/Fonte por se tratar de hipótese de não incidência do mencionado imposto, nos termos do art. 43 do CTN e do art. 2º da Lei nº 7.713/88". Entretanto, "da simples leitura da decisão embargada, se depreende que esta é completamente omissa no que tange aos argumentos do Embargante".

Compulsando os autos, verifica-se que assiste razão à embargante, uma vez que tal questão não foi ventilada no acórdão de recurso voluntário.

e) Obscuridades e Omissões quanto à realização da renda para fins de tributação

Neste quesito, aduz a embargante que:

No Voto Vencedor do Acórdão embargado afirmou-se, às fls. 25/26, que a realização da renda se deu com a valoração das ações da incorporada Ibi Participações quando da operação de incorporação de ações.

Ou seja, defendeu-se naquele Voto que o acréscimo, o ganho de capital, para as sociedades estrangeiras Morelia e Cortines se deu com a suposta subscrição das ações do Embargante com as ações da Ibi Participações.

Deveras, segundo a equivocada interpretação consignada no Voto Vencedor do Acórdão embargado, dois ganhos poderiam ser obtidos com a incorporação de ações, um pela suposta valorização das ações ao valor de mercado e outro pelo usufruto de todos os direitos decorrentes dessas ações, como distribuição de lucros, dividendos, bonificações, etc.

Contudo, no Voto Vencedor se incorreu em obscuridade ao afirmar-se que haveria a "efetiva realização da renda" na troca das ações. Isso porque, não se esclareceu como as sociedades estrangeiras Morelia e Cortines teriam a "efetiva realização da renda", considerando-se que são tributadas pelo regime de caixa (por serem não residentes) e que a valoração das ações em questão é meramente potencial, não representando (necessariamente) o valor que poderia ser obtido por elas no mercado.

Nessa linha, tampouco enfrentou-se no referido Voto como poderia o Embargante, suposto responsável pelo recolhimento do IR/Fonte na operação de incorporação de ações em comento, reter o tributo teoricamente devido sem ter o seu patrimônio onerado, se não há um fluxo financeiro efetivo.

Além disso, também se incorreu em obscuridade no Voto Vencedor do Acórdão embargado quando não se evidenciou qual seria a relação entre a acusação da existência de ganho de capital na operação de incorporação de ações e o exercício de direitos decorrentes da titularidade de uma ação (distribuição de lucros, dividendos, bonificações, etc).

O voto vencedor, por seu turno, assim dispõe:

Quanto ao argumento da não ocorrência da realização da renda, utilizo a seguinte situação hipotética, a fim de demonstrar que a renda se realiza no momento da incorporação de ações.

Caso hipotético: as ações das empresas abaixo apresentam os seguintes custos de aquisição:

Banco Bradesco: RS 10.000,00

Ibi Participações: RS 1.000,00

Suponhamos que o Banco Bradesco esteja interessado em tornar a Ibi Participações sua subsidiária integral, para isso, ele teria duas alternativas: 1) adquirir ações desta empresa, pagando aos acionistas desta em espécie (moeda corrente) ou bens mensuráveis em espécie, excluindo-os da sociedade; 2) pagar essa aquisição com suas próprias ações, mantendo os acionistas na sociedade, situação em que ocorreria uma incorporação de ações da Ibi Participações. Para isso, o Banco Bradesco teria que

saber o valor das ações da Ibi Participações, a fim de calcular quantas das suas ações seriam necessárias para pagar pelas ações desta empresa. Após a avaliação pelo valor de mercado, por meio de laudo, concluiu que as ações da Ibi Participações estavam valoradas em R\$ 5.000,00.

Com isso, o Banco Bradesco resolve aumentar seu capital social emitindo ações no valor de R\$ 5.000,00, a fim de que os sócios da Ibi Participações permaneçam na sociedade, subscrevendo essas ações. (...)

De acordo com a situação hipotética, podemos concluir que, para a incorporação de ações houve a necessidade de valorar as ações da Ibi Participações, o que demonstra a efetiva realização da renda. (...)

A partir do momento da subscrição das ações do Banco Bradesco, os acionistas das Ibi Participações têm direito a todos os benefícios decorrentes dessas ações, tais como, distribuição de lucros, bonificações, dividendos, etc; ou seja, adquirem a efetiva titularidade delas. Isso demonstra dois ganhos que podem ser obtidos quando da subscrição das ações do Banco Bradesco pelos sócios da Ibi Participações, suas antigas ações nesta empresa quando valoradas ao valor de mercado, proporcionaram um ganho de capital (...), e as novas ações do Banco Bradesco representaram um investimento passível de lhes proporcionar benefícios. Essa hipótese demonstra que a realização da renda se efetiva no momento da incorporação de ações.

É certo que, o ganho de capital se dá no momento do efetivo recebimento dos valores por parte da pessoa física, como entende a i. Relatora. Contudo, no caso sob análise, o efetivo recebimento ocorreu no momento da aquisição/incorporação das ações, pois, o pagamento pela aquisição pode se dar de várias formas, com dinheiro, imóveis, jóias, obras de arte, e também com ações societárias, no caso, as novas ações do Banco Bradesco.

Verifica-se que o voto vencedor não analisou a questão da tributação das empresas não-residentes, ficando caracterizada a alegada omissão, tampouco demonstra qual o liame entre os benefícios futuros e a realização da renda, caracterizando obscuridade no julgado.

f) Omissão quanto ao pedido subsidiário de aproveitamento do valor recolhido pela sociedade NCF Participações

Alega a embargante que o voto vencedor foi omissivo ao deixar de enfrentar "os argumentos trazidos no já mencionado tópico III. 1.2.5 do Recurso Voluntário de que, no presente caso, as sociedades luxemburguesas Morelia e Cortines são as verdadeiras contribuintes, razão pela qual se o tributo por elas devido foi retido e recolhido, no valor exato e em seu nome, não interessa quem seria o responsável tributário".

Ainda:

... também não se enfrentou no Voto Vencedor do Acórdão embargado o argumento de que em diversas oportunidades as Autoridades Fiscais têm defendido a necessidade de se observar

a substância econômica das operações para que se avalie a sua validade e que, no presente caso, o que se constata é exatamente o oposto, pois o Sr. Agente Fiscal e a DRJ adotaram uma perspectiva limitada e completamente desconexa com a realidade - visto que não houve um duplo acréscimo patrimonial - para exigir do Embargante tributo em duplicidade.

Por fim, constata-se que no Voto Vencedor do Acórdão embargado tampouco enfrentou o argumento de que no caso concreto houve uma requalificação dos fatos pela Autoridade Fiscal, a qual deslocou o ganho de capital para o momento em que ocorreu a incorporação de ações, o que autoriza a imputação dos valores recolhidos em face dos montantes lançados.

Verifica-se que o voto vencedor concluiu pela impossibilidade de imputação do pagamento, nos termos pleiteados pelo recorrente, com fundamento na diversidade de sujeitos passivos e operações:

Em relação à compensação de ofício pelo Fisco, pleiteada pela recorrente, por ter sido efetuado o recolhimento pela NCF Participações, quando da aquisição das ações do Banco Bradesco, de titularidade dos sócios da Ibi Participações, entendo não ser possível, visto que o art. 163 do CTN aventa a possibilidade de compensação apenas nos casos de existência de débitos do mesmo sujeito passivo para a mesma pessoa jurídica de direito público, como ocorreu no caso analisado no julgamento do Recurso Especial nº 1.213.082PR, citado pela i. Relatora. No caso dos autos, o débito se refere a pessoas jurídicas diversas, ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico. Veja que, na primeira operação (incorporação de ações) o sujeito responsável pelo recolhimento do imposto é o Banco Bradesco, na segunda operação (aquisição de ações do Banco Bradesco pela NCF Participações), o sujeito responsável pela retenção e recolhimento é a NCF Participações, ou seja, sujeitos diversos.

Entendo que, o acórdão nº9202002764 não se aplica ao presente caso, pois ele analisava a questão de pessoa física que constituía pessoa jurídica para prestação de serviços personalíssimos, ou seja, era empresa jurídica prestando os serviços da pessoa física, aquela estava travestida nesta, e uma vez que os negócios daquela foram desconsiderados, concluiu-se que, em realidade, a negociação havia se dado pela pessoa física e não pela jurídica, ou seja, mesmos negócios executados pela mesma pessoa. No caso dos autos, estamos falando de pessoas jurídicas diversas e também operações diversas. É certo que, como a NCF Participações requereu restituição do valor que julgou ter recolhido indevidamente, o qual afirma ter sido indeferido, utilizando-se de seu direito ao contraditório e à ampla defesa, lhe assiste o direito a recorrer às instâncias julgadoras.

Contudo, a meu ver, a compensação não poderia ser efetuada por este Colegiado, porque, como se verifica, na primeira operação, quando da incorporação das ações da Ibi Participações pelo Banco Bradesco, o custo das ações era de R\$ 924.316.310,00 e a

incorporação de ações se deu por RS 1.368.183.000,00, ou seja, havendo um ganho de capital no valor de RS 443.866.690,00. Por outro lado, na segunda operação, o custo das ações para o Banco Bradesco, em tese, foi de RS 1.368.183.000,00, e a compra das ações pela NCF Participações foi por RS 1.380.815.885,14, ou seja, hipoteticamente, teria ocorrido um ganho de capital de RS 12.632.885,14. É o que verifica no TVF (fls. 378):

(...)

Nesse aspecto, considerando o que consta nos autos, apesar de a NCF Participações ter solicitado restituição por entender que houve recolhimento de tributo indevido, a análise de tal deferimento só caberia à Unidade de Origem, que teria competência de analisar se na segunda operação ocorreu ou não ganho de capital passível de tributação, considerando a ocorrência de fatos geradores diversos, e em momentos distintos.

Todavia não há que se falar em omissão do julgado, quando não há o enfrentamento de cada um dos pontos trazidos pelo recorrente, sendo a decisão coerente entre seus fundamentos e sua conclusão.

Por certo que a omissão no acórdão proferido a ensejar o conhecimento dos embargos de declaração previstos no art. 65 do RICARF diz respeito à satisfação integral da prestação administrativa almejada e não à inconformidade no decisum, a qual deve ser debatida em via própria.

Ainda, a Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 791.292/ Pernambuco (convertido em recurso extraordinário), de observância obrigatória por este CARF em face do art. 62, § 2º, do Ricarf, a um só tempo consagra as teses de que a fundamentação (a) sucinta, (b) não necessariamente correta e (c) per relationem, na qual são utilizados como fundamentos de decidir transcrições de peças processuais, não ofendem os princípios do contraditório, da ampla defesa ou do dever de fundamentação. Transcrevo a ementa do acórdão:

Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral, (grifamos)

g) Omissão quanto a tópicos subsidiários apontados no recurso voluntário

Neste tópico a embargante sustenta que os seguintes pontos trazidos em seu recurso voluntário deixaram de ser analisados pela decisão recorrida:

"III.2 - Da Não Apuração de Ganho de Capital pela Morelia e pela Cortines em Razão da Manutenção do Custo"

"III.3 - Ad Argumentandum - Da Ausência de Responsabilidade por parte da Recorrente [Embargante]"

III.4 - Ad Argumentandum - Da Impossibilidade de se Exigir do Recorrente [Embargante] a Multa de Ofício e os Juros de Mora"

Compulsando os autos, em especial da leitura do recurso voluntário e do acórdão embargado, verifica-se que estes 3 tópicos não foram objeto de análise pelo colegiado, ficando configurada a omissão apontada.

Necessidade de apensamento de processo

Por fim, a embargante sustenta "a necessidade de apensamento do pedido de restituição do IR/Fonte recolhido pela NCF Participações, pedido este formulado pelas contribuintes (sociedades luxemburguesas Morelia e Cortines) e consubstanciado no processo administrativo nº 13896.723136/2014-18, ao presente processo, ante a relação de prejudicialidade entre os casos".

Verifica-se que tal pedido não foi veiculado em sede de recurso voluntário, não tendo sido, por conseguinte, objeto de apreciação no acórdão embargado. À evidência, o pleito não preenche quaisquer das hipóteses para a interposição de embargos de declaração (omissão, obscuridade e contradição), motivo pelo qual não conheço da matéria, cabendo registrar a possibilidade do contribuinte veicular tal pretensão via petição ou documento similar, a ser formulada no indigitado processo que versa sobre o pedido de restituição.

Por fim, concluiu-se então pelo acolhimento parcial dos embargos de declaração, para que fossem sanados os vícios apontados acima.

É o relatório.

Voto

Marcelo de Sousa Sáteles - Conselheiro Relator

O Embargo de Declaração foi apresentada tempestivamente, atendendo também aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

O Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, no seu artigo 65, prevê a possibilidade dos embargos declaratórios sempre que o acórdão contenha omissão, obscuridade ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, a saber:

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e

os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma.

Do dispositivo transcrito observa-se que os embargos de declaração são cabíveis apenas nas hipóteses em que ocorra na decisão atacada as seguintes hipóteses:

a) omissão no enfrentamento de ponto que a turma deveria se pronunciar;

b) obscuridade, que se caracteriza pela impossibilidade de se compreender o raciocínio desenvolvido para fundamentar a decisão e/ou o que efetivamente restou decidido pelo órgão de julgamento; e

c) contradição entre a decisão e os seus fundamentos.

Diante da bem fundamenta análise do acolhimento parcial dos embargos de declaração por parte do Ilustre Presidente desta Turma de Julgamento (efls. 1037/1048) e por este Julgador está de acordo com suas conclusões, passa-se então à necessária apreciação dos itens em que foram acolhidos os embargos.

a) Omissão quanto à preliminar de nulidade da autuação e do acórdão da DRJ

A embargante sustenta que o acórdão apresenta " omissão quanto à alegação preliminar de que a responsabilidade do Embargante pelo recolhimento do ganho de capital reconhecido pela Fiscalização, supostamente auferido pelas sociedades luxemburguesas Morelia e Cortines em razão da incorporação das ações da Ibi Participações pelo Embargante, não foi fundamentada em nenhum dispositivo legal quando da lavratura do auto de infração. " Também, que a DRJ teria inovado aplicando " interpretação inovadora no sentido de que a mencionada fundamentação estaria no §2º do art. 685 do RIR/99", o que ensejaria a nulidade da decisão.

Passemos então a análise da norma citada, *in verbis*:

*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:

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

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

c)as pensões alimentícias e os pecúlios;

d)os prêmios conquistados em concursos ou competições;

II- à alíquota de vinte e cinco por cento:

a)os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços;

b)ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 691, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, a que se refere o art. 245.

§1ºPrevalecerá a alíquota incidente sobre rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos residentes ou domiciliados no País, quando superior a quinze por cento (Decreto-Lei nº 2.308, de 1986, art. 2º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 18).

§2ºNo caso do inciso II, a retenção na fonte sobre o ganho de capital deve ser efetuada no momento da alienação do bem ou direito, sendo responsável o adquirente ou o procurador, se este não der conhecimento, ao adquirente, de que o alienante é residente ou domiciliado no exterior.

§3ºO 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).

No caso em exame, a decisão de piso traz importantes considerações e conclusão sobre o assunto, com as quais me alinho plenamente, adotando-as como razão de decidir, *in verbis*:

O *caput* do artigo 685, combinado com seu inciso I, alíneas a e b, estabelece que estão sujeitos a tributação à alíquota de quinze por cento, com retenção por fonte pagadora situada no País, os ganhos de capital auferidos na alienação de bens ou direitos, assim como os ganhos de capital relativos a investimentos em moeda estrangeira, cujos beneficiários sejam pessoa física ou jurídica residente no exterior.

Já o § 2º do mesmo artigo supra estabelece que a retenção na fonte sobre o ganho de capital deve ser efetuada no momento da alienação do bem ou direito, sendo responsável o adquirente ou o procurador, se este não der conhecimento, ao adquirente, de que o alienante é residente ou domiciliado no exterior. Ressalve-se que, embora o § 2º, literal e textualmente, faça remissão ao inciso II do *caput* do artigo 685, ocorre aí um evidente lapso do legislador, pois o inciso II trata apenas de rendimento do trabalho e da prestação de serviços, enquanto é o inciso I que contém efetivamente disposições acerca de ganho de capital.

Portanto, não procede a alegação do impugnante. A legislação citada pelo autuante, em verdade, traz disposições que se referem à responsabilidade do autuado. Pode-se discutir se essa capitulação é adequada ou não, ou se de fato a responsabilidade imputada é cabível ou não, mas não se pode alegar omissão da autoridade lançadora no tocante a esse aspecto. Ademais, os dispositivos mencionados guardam indisputável relação com a matéria do lançamento fiscal, visto que se trata de saber se a pessoa jurídica autuada, na condição de fonte pagadora responsável, deveria ou não reter e recolher o imposto incidente

sobre o ganho de capital alegado como existente pela autoridade fiscal.

A norma do RIR 1999, cumpre assinalar, viria a ser corroborada pelo disposto no artigo 26 da Lei nº 10.833, de 2003, com vigência a partir de 1º de fevereiro de 2004, segundo o seu artigo 93, inciso II. A disposição do artigo 26 da Lei nº 10.833, de 2003, por sinal, não a desconhece o impugnante, visto que a cita expressamente em sua argumentação, de sorte que não se pode alegar ter havido algum prejuízo para o direito de defesa.

Com isso, conclui-se infundada a alegação do Recorrente de que a DRJ reconhecera a ausência de indicação do fundamento legal referente à responsabilidade tributária, sendo que a mesma está prevista no parágrafo segundo, do art. 685 do RIR.

Diferente do entendimento do Recorrente, entendo que realmente o parágrafo segundo do art. 685 do RIR, por estar tratando de hipótese retenção na fonte sobre ganho de capital, logo só pode estar sendo relacionado ao **inciso I** do art. 685, ocorrendo um erro de escrita da norma quando citou o inciso **II** do art. 685.

O art. 26 da Lei n. 10.833/2003 é muito clara quanto a responsabilidade do adquirente pessoa jurídica no Brasil pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital, auferido por pessoa jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil, *in verbis*:

Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003

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 nS 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.

Posto isso, concluo não haver dúvida que o parágrafo segundo do art. 685 do RIR está relacionado ao inciso I do art. 685, o qual trata em suas alíneas "a" e "b" das hipóteses de ganho de capital, sendo que presente auto de infração é relativo à alínea "b" (os ganhos de capital auferidos na alienação de bens ou direitos)

Esclareça-se ainda que diferente do alegado pelo Recorrente tal fundamento legal consta também do Termo de Verificação (efls. 393, item 29), " A tributação do ganho de capital obtido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior está prevista na regra geral dos artigos 682 e 685, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, Regulamento de Imposto de Renda - RIR/99. ..."

Ressalte-se que tanto no enquadramento legal, constante do auto de infração como do Termo de Verificação, consta o art. 685 do RIR. Não há indicações de incisos nem parágrafos, o que significa que se deve considerar citado todo o texto do artigo, e não apenas o seu *caput*.

Rejeito, então, a preliminar de nulidade por falta de fundamento legal da infração.

b) Omissão e contradição quanto à classificação da operação de incorporação de ações

O Recorrente almeja a aplicação do Parecer Normativo CST 39/81 ao presente caso em concreto, no intuito de demonstrar sua tese quanto à ocorrência de sub-rogação real em operações de reorganização societária na qual houve a substituição de títulos representativos de participações societária por ações.

Em passagem de suas contrarrazões (fls. 925), a PGFN traz as seguintes perspicazes razões sobre o tema, as quais se pede a devida vênica para reproduzir:

(...)

Com efeito, o Parecer Normativo CST nº 39, de 1981, acha-se derogado por legislação superveniente de nível hierárquico superior, especialmente o § 3º do artigo 3º da Lei nº 7.713, de 1988. Além do mais, não é cabível a sua aplicação analógica ao presente litígio, pois ele analisa hipótese de incorporação da sociedade, em que a incorporada é extinta, ao passo que os presentes autos tratam de incorporação de ações, negócio societário distinto, no qual a sociedade de cujas ações são incorporadas subsiste plenamente.

Além do mais, o Parecer Normativo nº 39, de 1981, destinava-se a interpretar normas do Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, que se encontram expressamente revogado pela Lei nº 7.713, de 1989, que disciplinou de maneira completamente diversa a questão da tributação do ganho de capital.

(...)

Assim, não cabe a aplicação do Parecer Normativo CST n. 39/1981 ao caso em questão, **primeiro** por tal parecer está derogado pela Lei n. 7.713/1989, e, **segundo**, porque tal ato normativo era atinente à incorporação de sociedade, e, não incorporação de ações.

No que se refere à alegação do Recorrente pela manutenção da posição financeira e patrimonial das empresas envolvidas, tendo em vista os registros constantes do Banco Central, tal alegação não merece prosperar, um vez que o registro de investimento do capital estrangeiro efetuado no Banco Central do Brasil não tem aptidão para interferir nos efeitos tributários das operações de alienação de ações.

No caso em exame, a decisão de piso traz importantes considerações e conclusão sobre o assunto, com as quais me alinho plenamente. Confira-se:

Uma peculiaridade do presente caso é que os beneficiários do ganho de capital tributado são pessoas jurídicas sem domicílio fiscal no País e que o custo de aquisição das ações incorporadas coincide com o valor do investimento estrangeiro direto que elas fizeram na compra dessas mesmas ações. Como se sabe, uma das obrigações do investidor estrangeiro é manter registro no Banco Central do Brasil do montante em moeda estrangeira que investiram no País na aquisição de bens ou na realização ou ampliação de negócios aqui situados, nos termos do artigo 3º da

Lei nº 4.131, de 1962. O impugnante, valendo-se do fato de que o valor do registro do investimento não sofreu alteração mesmo depois de consumada a incorporação de ações, argumenta que também essa circunstância constitui prova de que houve uma simples permuta, sem que se apurasse ganho tributável.

Contudo, o raciocínio da impugnante perde de vista que o principal, senão o único, motivo do registro do montante do investimento estrangeiro direto no Banco Central é manter consignado o preciso montante de recursos que o investidor estrangeiro fez ingressar no País, e não as variações no valor de mercado ou econômico desses recursos ao longo do tempo, variações estas que podem decorrer de meras flutuações nos preços de mercado, ou resultarem de negócios ou gestões empresariais propiciadas pelo montante investido. Contanto que o investidor estrangeiro não diminua nem aumente o capital originalmente investido, o valor do registro deverá manter-se intacto. Aliás, a própria Lei nº 4.131, de 1962, que instituiu e tomou obrigatório o registro, admite a alteração do valor apenas na hipótese de o investidor repatriar parte do valor investido ou de reinvestir no mesmo negócio ou empreendimento parte dos lucros ou rendimentos gerados por este e que poderiam ser remetidos para o exterior.

Logo, a finalidade da preservação do registro é óbvia. Ele deve ser o espelho fiel do quanto em divisas estrangeiras foi trazido para o País, além do quanto deixou de ser remetido dos lucros gerados pelo investimento. Daí não decorre necessariamente nenhum efeito tributário, exceto na hipótese de desinvestimento, isto é, se houver o desiderato de retirar o montante originalmente investido, o retomo meramente desse montante ao exterior não sofrerá nenhuma espécie de tributação. No que diz respeito a tributos incidentes sobre eventuais ganhos obtidos com esse investimento ou por eles gerados, a manutenção do valor do registro não tem nenhuma consequência.

Ora, a presente incorporação de ações não importou nenhum aumento do valor do investimento estrangeiro direto realizado pelas duas pessoas jurídicas com domicílio fiscal em Luxemburgo. Por isso, não seria permitido que alterassem o valor do registro no Banco Central. Se, ao informar a autoridade monetária que os recursos agora se acham investidos em ações de outra empresa, houve a classificação dessa mutação meramente qualitativa em permuta, daí não se segue que não possa ter havido acréscimo patrimonial nem que não caiba a incidência do imposto de renda sobre ganho de capital.

Assim, diferentemente do sustentado em alentada argumentação pelo impugnante, não constitui prova em favor do autuado, para efeito de não caracterizar ganho de capital, a mera manutenção do valor do investimento estrangeiro no registro do Banco Central, ainda que este tenha sido comunicado da operação de incorporação de ações e de seus efeitos.

O ganho de capital é a diferença entre o custo de aquisição e o valor obtido com a alienação do bem. A alienação ocorreu, e até mesmo o impugnante não o nega, pois admite expressamente em sua defesa que o Bradesco, por meio da operação de

incorporação das ações, adquiriu o controle acionário integral da Ibi Participações S/A. Quanto ao custo de aquisição, também se acha confirmado tanto no termo de verificação fiscal como também na impugnação, que não existem divergências entre a autoridade fiscal e o sujeito passivo autuado. Ambos concordam em que o custo de aquisição corresponde ao valor do registro do investimento no Banco Central convertido em moeda nacional. Portanto, a fiscalização acatou o valor do registro no Banco Central do investimento no que ele tem de efeito probatório, que é justamente o de demonstrar o custo do investimento. Ressalve-se que nada impediria que a fiscalização contestasse o próprio valor do registro, pois ao contrário do afirmado pela impugnante, ele não tem força constitutiva. Mas essa contestação, obviamente, dependeria de investigação e coleta de provas categóricas de que o valor do registro não era verdadeiro. No presente caso, porém, a fiscalização não viu motivos para contestar o custo declarado pelos alienantes das ações da Ibi Participações. Assim, as objeções da impugnante quanto a esse aspecto da discussão são infundadas e devem ser rejeitadas.

Ademais, tanto a tese do Parecer Normativo CST n. 39/1981, como a da manutenção da posição financeira e patrimonial das empresas envolvidas, nos registros efetuados no Banco Central do Brasil, alegadas pelo Recorrente tem como objetivo defender a vertente adotada pelo contribuinte de que teria ocorrido uma sub-rogação real.

Contudo, o voto vencedor ora embargado deixou de forma clara e expresso que o caso em questão não se trata de sub-rogação real, *in verbis*:

(...)

Conforme relatado, a Recorrente defende a tese que atribui à incorporação de ações como sendo um mero procedimento de substituição de ações, configurando uma sub-rogação real, sendo este um dos principais fundamentos de que se utilizou no seu recurso.

Não entendo que estamos a tratar de sub-rogação real, pois esse instituto pressupõe a substituição jurídica de uma coisa (ações da sociedade A) por outra (ações da sociedade B), mas mantendo-se a relação base anterior. É que feita essa "substituição", a essência da relação jurídica anterior não será mais a mesma, uma vez que sendo as ações recebidas pela incorporada pertencentes à pessoa jurídicas diferente (sic), tudo mais se altera: valores patrimoniais. Estatutos sociais etc.

Ademais, a sub-rogação jurídica tem como principal função fazer com que o bem recebido em troca recomponha o novo patrimônio de referência e isso tudo levando-se em conta a perfeita identidade de valores entre o bem sub-rogado e o bem deslocado. O que a evidência não ocorre justamente pela necessidade legal de se valorar as ações dadas e conferidas para aumento de capital, a preço de mercado por intermédio de laudo exigido por lei. Ou seja, a alienação em questão se deu a título

de acréscimo patrimonial e não de equivalência, ensejando assim a tributação.

(...)

c) Omissão quanto à equiparação incorporação de ações como aumento de capital mediante dação em pagamento

Alega a Recorrente que a natureza jurídica da incorporação de ações não pode ser confundida também com uma integralização de capital social com bens, segundo SINDCOR - PROC. RJ2014/2584, Reg. n° 9167/14, Relator: SEP" e pelo "PARECER N°/2014/GJU-2/PFE-CVM/PGF/AGU", proferido pela Procuradoria Federal Especializada junto à CVM (efls. 698 e 699 - recurso voluntário), bem como deixou de analisar a questão à luz do art. 110 do CTN.

Neste ponto cabe esclarecer que Solução de Consulta feita à CVM, bem como Parecer da Procuradoria Especializada junto à CVM, não possuem nenhum caráter vinculante, nem no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e nem deste CARF.

Esclareça-se que no caso de dúvida quanto à interpretação de determinado dispositivo da legislação tributária deverá ser feita uma consulta junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil, sendo que existe todo um procedimento próprio a ser feito, por parte do solicitante.

No caso em questão, a decisão ora embargada entendeu que "Dado que a alienação é um negócio jurídico de caráter genérico que designa qualquer situação que possua como resultado final **a transferência do domínio de uma coisa para outra pessoa, então, como corolário lógico disso, entendo que na incorporação de ações, por justamente ensejar a uma verdadeira transferência de titularidade jurídica e, no caso concreto, com valoração a preço de mercado das ações dadas em conferência de capital, se enquadra no gênero "alienação", atraindo assim a tributação do ganho de capital.**

Segue ainda a decisão embargada, *in verbis*:

(...)

Caráter de aumento de capital mediante "dação em pagamento"

Muito embora essa subscrição de capital com bens (ações) seja uma etapa de um procedimento maior, configurando um negócio típico do direito societário, não vejo porque possa descaracterizar a linha de entendimento que também configura uma outra situação jurídica condutora da tributação, qual seja, um aumento de capital da incorporadora mediante uma "dação em pagamento" de bens (próprias ações) pelos antigos acionistas da incorporada, modalidade esta de alienação albergada como campo de incidência do IR, no § 4º do art. 117 do RIR/99, ultrapassando assim quaisquer outras considerações opostas de renda ainda não realizada, afinal a própria lei encampou literalmente tal situação jurídica. (Grifos nosso)

(...)

Concluo então que já foi decidido que a incorporação de ações trata-se, na verdade, de uma integralização de capital com bens (próprias ações), sendo que Solução de

Consulta feita à CVM e Parecer da Procuradoria Especializada junto à CVM, em sentido diverso, não vinculam este CARF.

Não se vislumbra também na decisão embargada nenhuma alteração a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado, segundo alegado pelo embargante.

d) Omissão quanto à classificação de incorporação de ações como "permuta sem torna"

Aduz o embargante que defendeu em seu Recurso Voluntário que, ainda que a incorporação de ações fosse espécie do gênero alienação esta seria uma "permuta sem torna", não havendo a incidência do IRRF por se tratar de hipótese de não incidência do mencionado imposto, nos termos do art. 43 do CTN e do art. 2º da Lei nº 7.713/88.

Tal alegação não merece prosperar, valho-me, mais uma vez, das considerações e conclusão promovidas pela decisão guerreada, adotando-as como razão de decidir (efls. 642/643).

(...)

O impugnante equivocadamente argumenta que o artigo 121, inciso II do RIR 1999, infringiria texto legal de hierarquia superior, visto que a restrição da isenção a permutas de unidades imobiliárias não estaria prevista expressamente em nenhuma lei. O equívoco do raciocínio do impugnante deriva da pressuposição de que a norma regulamentar teria estabelecido uma restrição não realizada pela lei. A verdade, porém, é que não existe nenhuma regra constante de texto normativo de nível hierárquico superior ao regulamento que diga que não incide o imposto de renda sobre os ganhos de capital resultantes de permuta sem pagamento de torna. Pelo contrário, § 3º do artigo 3º da Lei nº 7.713, dispõe expressamente que 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. Confirma-se o texto legal:

Art 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. (Vide Lei 8.023, de 12.4.90)

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de

alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

§ 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

Assim, o texto regulamentar instituiu uma exclusão benéfica ao contribuinte que o legislador ordinário não concede, pois este manda considerar no campo de incidência do tributo toda e qualquer operação que importe alienação e exemplifica textualmente, entre outros tipos de negócio, com a própria permuta, sem distinguir se alguma das partes recebeu ou não parcela complementar em dinheiro.

Convém ainda observar que o artigo 533 do atual Código Civil manda aplicar à troca ou permuta as mesmas disposições concernentes ao contrato de compra e venda, de sorte que, acertadamente, os autores mais abalizados classificam a permuta como uma espécie de compra e venda recíproca. Sendo assim, não se questiona que a permuta implica uma alienação recíproca de bens. Daí se segue também que, obtendo qualquer das partes acréscimo patrimonial em decorrência do negócio, em princípio ele deve ser tributado.

Como bem argumenta o fiscal autuante, a exclusão constante do artigo 121, inciso II, do RIR 1999 explica-se pela particularidade de que, não havendo torna em dinheiro, o texto normativo pressupõe que se deu uma coisa pela outra, sem que as partes vislumbrassem que um bem valesse mais do que o outro, ou pelo menos sem que atribuísem valores diferentes para os bens envolvidos na negociação. No caso da incorporação de ações, porém, depara-se com quadro sobremaneira distinto. Cada conjunto de ações é avaliado separadamente e por critérios bem rigorosos. Sabe-se precisamente quanto valem as ações que serão incorporadas e quanto valem as ações que serão subscritas pelas antigas proprietárias das ações incorporadas, de modo que se pode apurar com exatidão o ganho ou perda resultante para cada uma das partes envolvidas. Nessa hipótese, aplica-se o disposto no § 3º do artigo 3º da Lei nº 7.713, de 1988, e não o artigo 121, inciso II do RIR 1999, não só por este se restringir aos negócios imobiliários, mas também porque o ganho de capital tributável pode ser precisamente mensurado.

Quanto à alegação relativa ao registro de capital estrangeiro no Bacen, tal questionamento já foi enfrentado acima.

e) Obscuridades e Omissões quanto à realização da renda para fins de tributação

Alega a Recorrente pela impossibilidade de incidência do imposto de renda, pois, segundo o regime de caixa, uma vez 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 (art. 18 da Lei nº 9.249, de 1995). Apenas haveria ocorrência de fato gerador no momento da realização da renda. O ganho de capital não ocorreria com a simples troca das ações por valor superior ao custo da aquisição, mas apenas quando elas fossem alienadas no mercado.

Primeiro ponto que deve se esclarecer é que a conversão em pecúnia do eventual acréscimo patrimonial ou a realização financeira do ganho não constitui requisito indispensável do fato gerador do imposto de renda sobre ganho de capital, de modo que, embora na incorporação de ações não haja tal conversão, essa circunstância não é o bastante para a excluir do campo de incidência tributária.

Com efeito, o art. 3º, § 4º, da Lei nº 7.713/88, exige apenas "benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título". Por outro lado, o § 3º afirma o seguinte:

"§ 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."

Como se observa, a literalidade da lei tributária não exige que a tributação pelo Imposto sobre a renda no ganho de capital dependa do pagamento em pecúnia.

Como bem destacado nas contrarrazões do recurso da PGFN, o ganho de capital não é verificado pela quantidade de dinheiro em espécie que entra no bolso do contribuinte, mas sim pela diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição, nos termos do § 2º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 1988, *verbis*:

"§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei."

Assim, ao contrário do que argumenta o Recorrente, a legislação tributária acima não requer que haja necessário pagamento em dinheiro ou crédito em favor do beneficiário do ganho tributável.

O artigo 23 da Lei n. 9.249/1995 determina que seja tributável como ganho de capital o acréscimo de valor resultante da entrega de bens avaliados pelo valor de mercado com objetivo de integralizar capital subscrito. Constata-se então o ganho de capital tributável sem que haja fluxo financeiro algum, apenas acréscimo patrimonial mensurável, da mesma forma como ocorre com a incorporações de ações, *in verbis*:

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

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

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

Verifica-se então que o próprio artigo 23 citado acima, que tem como sujeito **passivo a pessoa física**, prevê a tributação como ganho de capital o acréscimo de valor resultante da entrega de bens avaliados pelo valor de mercado com objetivo de integralizar capital.

Conclui-se então infundada a tese da defesa de que apenas haveria ocorrência de fato gerador no momento da realização da renda, em respeito ao regime de caixa.

Alega ainda que o Voto embargado não enfrentou a questão de como poderia o Embargante, suposto responsável pelo recolhimento do IRRF na operação de incorporação de ações em comento, reter o tributo teoricamente devido sem ter o seu patrimônio onerado, se não há um fluxo financeiro efetivo.

Em passagem de suas contrarrazões do recurso (fls. 920 e ss), a PGFN traz as seguintes perspicazes razões sobre o tema, as quais se pede a devida vênia para reproduzir:

(...)

Afirma, outrossim, a inexistência de responsabilidade tributária do Banco Bradesco S/A, pois a esta teria como pressuposto a disponibilidade do montante do dinheiro a ser retido. No caso dos autos, a recorrente não teria essa disposição, pois a operação de incorporação de ações não teria envolvido dinheiro em espécie, não sendo justo a recorrente pagar o tributo utilizando recursos do seu próprio caixa. Defende a inaplicabilidade, portanto, do art. 26 da Lei nº 10.833, de 2003.

Não se justifica a primeira argumentação da recorrente, pois houve efetivo pagamento, pelo Banco Bradesco S/A, com ações dessa companhia, à Morelia Sari e Cortines Sari pelas ações que estas detinham na Ibi Participações S/A. Portanto, não se pode afirmar que o rendimento não foi pago, creditado ou entregue ou contribuinte residente no exterior.

A recorrente ainda sustenta em suas razões que, ainda que admitida a ocorrência do ganho de capital na incorporação de ações, as circunstâncias jurídicas e materiais da operação tornam inviável a aplicação do mecanismo de retenção na fonte.

Como se sabe, os rendimentos ou ganhos de capital, além de outros rendimentos, entregues, empregados ou remetidos por

fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica existente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte (art. 685, do Decreto nº 3.000/99).

Importa destacar que a expressão "pagamento" significa juridicamente o adimplemento de uma obrigação, não necessariamente a entrega de pecúnia. No Código Civil, por exemplo, na seção que diz respeito ao "Objeto do Pagamento e sua Prova", encontra-se o art. 313, que prescreve que o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa. Daí já se vê que no pagamento pode ocorrer uma diversidade de prestações.

Já o art. 315 se refere especificamente ao pagamento em dinheiro, o qual é espécie do gênero pagamento. Assim, não pode ser dito que a retenção na fonte depende de pagamento em dinheiro, posto que a lei tributária não faz nenhuma restrição ao conceito empregado no direito civil.

Por outro lado, o art. 722 do RIR deixa claro que "A fonte pagadora fica obrigada ao recolhimento do imposto, ainda que não o tenha retido". O que a lei exige, portanto, é que o mecanismo de retenção na fonte possibilite que o ônus econômico do tributo seja transmitido do responsável para o contribuinte, seja por retenção propriamente dita ou por ressarcimento.

Nos autos do RE 603191, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da natureza jurídica da retenção na fonte de 11% do preço do serviço prestado por empresas cedentes de mão de obra, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/91. Naquela oportunidade, a posição vencedora entendeu que o dever de retenção na fonte é modalidade de responsabilidade tributária por substituição. Entendeu a Corte, segundo o voto da Ministra Eilen Gracie, Relatora, que:

"Essencial, portanto, que o substituto, sujeito passivo de uma obrigação de colaboração, possa efetuar o pagamento com recursos ou sob as expensas do próprio contribuinte, pois só este é sujeito passivo da relação contributiva."

Ora, não é novidade a exigência de pagamento de IR sobre rendimentos recebidos na forma de bens diferentes de pecúnia. O art. 2º, § 2º, da Instrução Normativa-SRF nº 15/2001 prevê que "Os rendimentos recebidos em bens são avaliados em dinheiro pelo valor de mercado que tiverem na data do recebimento".

Da mesma forma, a percepção de rendimentos na forma de bens ou serviços também se sujeita à retenção exclusiva na fonte, como se observa do art. 677 do RIR:

"Art. 677. Os prêmios distribuídos sob a forma de bens e serviços, através de concursos e sorteios de qualquer espécie, estão sujeitos à incidência do imposto, à alíquota de vinte por cento, exclusivamente na fonte (Lei nº 8.981, de 1995, art. 63, e Lei nº 9.065, de 1995, art. Iº).

§ 1º O imposto incidirá sobre o valor de mercado do prêmio, na data da distribuição, e será pago até o terceiro dia útil da semana subsequente ao da distribuição (Lei nº 8.981, de 1995, art. 63, § 1º).

§ 2º Compete à pessoa jurídica que proceder à distribuição de prêmios, efetuar o pagamento do imposto correspondente, não se aplicando o reajustamento da base de cálculo (Lei nº 8.981, de 1995, art. 63, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos prêmios em dinheiro de que trata o artigo anterior (Lei nº 8.981, de 1995, art. 63, § 3º).

Na prática, o pagamento de IRRF incidente sobre prêmios recebidos em bens e serviços se dá normalmente, via DARF, no Código 0916.

Daí se conclui, portanto, que a retenção de IR no pagamento de rendimentos em bens e serviços não é de forma alguma novidade no sistema tributário brasileiro e não levanta qualquer possibilidade de questionamento quanto à sua validade.

Não se pode dizer que isso importe tributação direta e indevida da fonte pagadora. A uma, porque ela pode muito bem reter bens (no caso presente, na forma de ações) ou exigir ressarcimento antes da entrega do bem alienado ao contribuinte. A duas, porque caso entenda por assumir o ônus do imposto, poderá utilizar esse valor como dedutível como despesa na apuração do próprio lucro real, nos termos do art. 344, § 3º, do RIR.

Colaciono também as considerações e conclusão promovidas pela decisão de origem, as quais adoto como razão de decidir (efls 647/648).

Por fim, o impugnante desenvolve uma alentada argumentação para sustentar que a pessoa jurídica autuada não poderia figurar como responsável pelo tributo incidente sobre o ganho de capital auferido pelas pessoas jurídicas residentes no exterior. Essa impossibilidade, no seu entender, decorre de que, como na operação de incorporação de ações, o Banco Bradesco pagou pela aquisição do controle acionário total da Ibi Participações com a entrega de parte de suas próprias ações, ele não teve a oportunidade de reter fundos pertencentes aos contribuintes de fato, e exigir dele o recolhimento do IRRF eventualmente devido implicaria transferir-lhe o ônus da tributação, o que seria vedado pela legislação, ou ainda, até mesmo, entregar parte de suas próprias ações à União.

Contudo, em que pese ao esforço argumentativo do impugnante, sua tese é infundada, sobretudo porque carece de amparo legal, mas também porque ignora que a incorporação de ações, em sua essência, é um negócio cujos termos e condições são fixados livremente pelas partes envolvidas e que somente após elas chegarem a um acordo é que passam valer as imposições legais e formais para a consumação da operação.

(...)

Logo, cumpria ao adquirente das ações incorporadas, caso não quisesse deliberadamente arcar com os ônus tributados da operação, exigir alguma forma de compensação dos beneficiários do ganho de capital pelo tributo que lhe incumbia reter. O impugnante argumenta que, nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404, o Banco Bradesco não tinha alternativa senão entregar aos antigos acionistas da Ibi Participações a parcela de suas próprias ações que a eles cabiam. Contudo, essa obrigação apenas surgiu depois que as partes livremente decidiram realizar a compra e venda das ações da Ibi Participações e a consumir esse negócio mediante uma incorporação de ações, de sorte que o pagamento pela aquisição se faria mediante um aumento de capital do Bradesco que seria subscrito integralmente pelos antigos acionistas da empresa cujas ações seriam incorporadas. Todos os termos, parâmetros, condições e valores envolvidos no negócio foram livremente acordados pelas partes seis meses antes da incorporação propriamente dita, por meio do Instrumento Particular de Compromisso de Incorporação de Ações e Outras Avenças (vide fls. 17 a 72). Ora, nesta ocasião, antevendo que deveria ser responsabilizado pelo recolhimento do imposto sobre o ganho de capital, o Banco Bradesco poderia ter exigido que no preço fixado para o negócio (que foi de R\$ 1.400.000.000.00, conforme a cláusula 2.3) fosse computado esse ônus. Da mesma forma, na avaliação da empresa adquirida, pela qual se estabeleceria a relação de troca entre as ações das duas companhias, também o ônus em causa poderia ter sido levado em conta, se é que não o foi, pois os termos puros e simples do contrato não permitem esclarecer como se chegou àquele montante de R\$ 1.400.000.000.00. Poderia ainda o Bradesco e seus acionistas controladores terem exigido que ficasse claro e expresso de quem seria o ônus e a forma de reparação relativos a tributos incidentes sobre a operação, nas cláusulas VIII, IX e X do contrato, que tratam de garantias e indenizações.

De qualquer forma, ainda que, de fato, o autuado não tivesse oportunidade inquestionável de se ressarcir do ônus tributário da responsabilidade que lhe impõe a lei, nem por isso essa responsabilidade deixaria de existir. Em que pese ao raciocínio do impugnante, a legislação não estabelece que a oportunidade de ressarcimento constitui condição para que exista o vínculo de responsabilidade, ou que este estaria afastado se o responsável indicado na legislação se encontrasse em situação que tivesse de arcar sozinho com o ônus do tributo.

Realmente, o próprio artigo 26 da Lei nº 10.833, de 2003, estabelece que o procurador do beneficiário residente no exterior pode ser chamado a responder pela obrigação tributária. Ora, ao contrário de quem efetua o pagamento, o procurador raramente se encontrará em situação na qual possa reter do beneficiário a parcela do tributo que lhe caberia recolher. Caso o raciocínio do impugnante fosse válido, o legislador não poderia ter estabelecido semelhante norma.

Tampouco as disposições do CTN a respeito do assunto vêm ao encontro das teses do impugnante. O seu artigo 121 estabelece que sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. O parágrafo único desse artigo, por sua vez, reza que o sujeito passivo da obrigação principal diz-se contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; ou responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. Veja-se que não há aí nenhuma exigência de que o responsável somente se encontrará nessa condição se não tiver de, em última instância, assumir o mesmo ônus que pesaria sobre o contribuinte.

Similarmente, o artigo 128 do CTN estabelece que a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação. Mais uma vez, o legislador complementar não requer que o eventual responsável não sofra, em caráter terminativo, o ônus do tributo. Apenas se exige que haja algum vínculo entre ele e o fato gerador da respectiva obrigação. Ora, no caso de um ganho de capital resultante da alienação de um bem, é evidente o vínculo existente entre o adquirente e o fato gerador do tributo. Logo, tanto o artigo 685 do RIR 1999, como o artigo 26 da Lei nº 10.833, de 2002, estão em perfeita consonância com o CTN.

(...)

Com isso, contata-se que o Embargante está sim sujeito ao IRRF com a ocorrência do ganho de capital auferidos pelas pessoas jurídicas estrangeiras residentes em Luxemburgo na incorporação de ações da Ibi Participações S/A pelo Banco Bradesco S/A e simultaneamente a substituição das ações daquela por ações desta, que independe da ocorrência de pagamento em espécie.

Aduz ainda o Embargante que o voto vencedor "não se evidenciou qual seria a relação entre a acusação da existência de ganho de capital na operação de incorporações de ações e o exercício de direitos decorrentes da titularidade de uma ação (distribuição de lucros, dividendos, bonificações etc.)", caracterizando obscuridade no julgado.

Analisemos então o ponto da decisão, o qual gerou a obscuridade, *in verbis*:

Diante dessas considerações, entendo que, quando da incorporação das ações da Ibi Participações pelo Banco Bradesco, elas foram reavaliadas a um valor de mercado, superior ao seu custo, e o resultado da avaliação foi utilizado para integralizar o aumento de capital efetuado pelo Banco Bradesco.

Quanto ao argumento da não ocorrência da realização da renda, utilizo a seguinte situação hipotética, a fim de demonstrar que a renda se realiza no momento da incorporação de ações.

Caso hipotético: as ações das empresas abaixo apresentam os seguintes custos de aquisição:

Banco Bradesco: R\$ 10.000,00

Ibi Participações: R\$ 1.000,00

Suponhamos que o Banco Bradesco esteja interessado em tornar a Ibi Participações sua subsidiária integral, para isso, ele teria duas alternativas: 1) adquirir ações desta empresa, pagando aos acionistas desta em espécie (moeda corrente) ou bens mensuráveis em espécie, excluindo-os da sociedade; 2) pagar essa aquisição com suas próprias ações, mantendo os acionistas na sociedade, situação em que ocorreria uma incorporação de ações da Ibi Participações. Para isso, o Banco Bradesco teria que saber o valor das ações da Ibi Participações, a fim de calcular quantas das suas ações seriam necessárias para pagar pelas ações desta empresa. Após a avaliação pelo valor de mercado, por meio de laudo, concluiu que as ações da Ibi Participações estavam valoradas em R\$ 5.000,00.

Com isso, o Banco Bradesco resolve aumentar seu capital social emitindo ações no valor de R\$ 5.000,00, a fim de que os sócios da Ibi Participações permaneçam na sociedade, subscrevendo essas ações. Veja que, pelo § 1º do art. 252 da Lei nº 6.404/76 não há direito de preferência dos acionistas do Banco Bradesco para a subscrição do aumento de capital deste, como forma de permitir a incorporação total das ações, pois, caso eles tivessem direito de preferência, os sócios da Ibi Participações não conseguiriam subscrever todas as novas ações emitidas pelo Banco Bradesco, o que impediria que aquela empresa se tornasse subsidiária integral.

De acordo com a situação hipotética, podemos concluir que, para a incorporação de ações houve a necessidade de valorar as ações da Ibi Participações, o que demonstra a efetiva realização da renda. Na operação foram utilizadas todas as ações valoradas em R\$ 5.000,00 para subscrever o aumento de capital do Banco Bradesco. Perceba que a emissão de novas ações pelo Banco Bradesco só foi possível após conhecimento do valor das ações da Ibi Participações.

A partir do momento da subscrição das ações do Banco Bradesco, os acionistas das Ibi Participações têm direito a todos os benefícios decorrentes dessas ações, tais como, distribuição de lucros, bonificações, dividendos, etc; ou seja, adquirem a efetiva titularidade delas. Isso demonstra dois ganhos que podem ser obtidos quando da subscrição das ações do Banco Bradesco pelos sócios da Ibi Participações, suas antigas ações nesta empresa quando valoradas ao valor de mercado, proporcionaram um ganho de capital de R\$ 4.000,00, e as novas ações do Banco Bradesco representaram um investimento passível de lhes proporcionar benefícios. Essa hipótese demonstra que a realização da renda se efetiva no momento da incorporação de ações.

É certo que, o ganho de capital se dá no momento do efetivo recebimento dos valores por parte da pessoa física, como entende a i. Relatora. Contudo, no caso sob análise, o efetivo

recebimento ocorreu no momento da aquisição/incorporação das ações, pois, o pagamento pela aquisição pode se dar de várias formas, com dinheiro, imóveis, jóias, obras de arte, e também com ações societárias, no caso, as novas ações do Banco Bradesco.

...

(negrejou-se)

Constata-se, na verdade, que o voto vencedor apenas cita título argumentativo que a partir do momento da subscrição das ações do Banco Bradesco, os acionistas da Ibi Participações têm o direito a todos os benefícios decorrentes dessas ações, tais como distribuição de lucros, bonificações, dividendos, etc; ou seja, adquirem a efetiva titularidade delas, o que está correto, contudo, tais eventos não estão relacionados ao ganho de capital em questão, até porque não foram objeto de análise por parte da fiscalização.

No caso em questão, o efetivo recebimento ocorreu no momento da incorporação das ações da Ibi Participações S/A pelo Banco Bradesco S/A e simultaneamente a substituição das ações daquela por ações desta (**as novas ações do Banco Bradesco**).

f) Omissão quanto ao pedido subsidiário de aproveitamento do valor recolhido pela sociedade NCF Participações

Não foram acolhido os embargos quanto a este tópico.

g) Omissão quanto a tópicos subsidiários apontados no recurso voluntário

III.2 - Da Não Apuração de Ganho de Capital pela Morelia e pela Cortines em Razão da Manutenção do Custo

Alega a embargante que o custo de aquisição (valor das ações da Ibi Participações na Morelia e na Cortines) e o valor de alienação (valor pelo qual as ações do Embargante foram recebidas pela referida sociedades luxemburguesas) são equivalentes, conforme atesta o registro no Bacen, não se cogitando da apuração de qualquer ganho de capital.

Esse ponto já foi esclarecido no item acima: **b) Omissão e contradição quanto à classificação da operação de incorporação de ações**

III.3 - Ad Argumentandum - Da Ausência de Responsabilidade por parte da Recorrente [Embargante]"

Sustenta o Embargante que ainda que a fiscalização tivesse apresentado como fundamento legal para a solidariedade passiva do Embargante o art. 26 da Lei nº 10.833/03 e que na operação de incorporação das ações da Ibi Participações se verificasse ganho de capital tributável, o que se alega apenas a título argumentativo, o IR/Fonte supostamente devido só poderia ser exigido dos respectivos contribuintes (no presente caso, da Morelia e da Cortines) - mas jamais do Embargante -, pois a responsabilidade prevista no artigo 26 da Lei nº 10.833/03 apenas se aplica às hipóteses em que o responsável tributário pode arcar com o ônus financeiro do tributo.

Tal omissão já foi enfrentada no seguinte item acima: **e) Obscuridades e Omissões quanto à realização da renda para fins de tributação**

III.4 - Ad Argumentandum - Da Impossibilidade de se Exigir do Recorrente [Embargante] a Multa de Ofício e os Juros de Mora"

Por fim, alega o Embargante que demonstrou em seu Recurso Voluntário que, mesmo que fosse válida a exigência do IRRF no caso ora examinado, deveriam ser cancelados, ao menos, os valores exigidos referentes à multa de ofício e os juros, no termos do parágrafo único, do art. 100, do CTN. Isso porque, o Embargante agiu com base nas orientações do próprio Fisco, consoante exposto no citado Parecer Normativo CST nº 39/81, bem como seguiu os critérios para a apuração de eventual ganho de capital de não residente especificamente estabelecidos no art. 690 do RIR/99 e no artigo 26 da Instrução Normativa SRF n. 208/02, atos normativos expedidos por autoridades administrativas.

No que tange à aplicação do Parecer Normativo CST n. 39/1981, já foi esclarecido que não cabe a aplicação do Parecer Normativo CST n. 39/1981 ao caso em questão, **primeiro** por tal parecer está derogado pela Lei n. 7.713/1989, e, **segundo**, porque tal ato normativo era atinente à incorporação de sociedade, e, não incorporação de ações.

No que se refere ao artigo 690 RIR/99, novamente trago a colação os esclarecimentos da decisão de piso, adotando-as como razão de decidir.

Quanto ao artigo 690 do RIR 1999, estabelece textualmente que:

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

I - para pagamento de apostilas decorrentes de curso por correspondência ministrado por estabelecimento de ensino com sede no exterior;

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

III - os valores dos bens havidos, por herança ou doação, por residente ou domiciliado no exterior;

IV - as importâncias para pagamento de livros técnicos importados, de livre divulgação;

V - para dependentes no exterior, em nome dos mesmos, nos limites fixados pelo Banco Central do Brasil, desde que não se trate de rendimentos auferidos pelos favorecidos ou que estes não tenham perdido a condição de residentes ou domiciliados no País, quando se tratar de rendimentos próprios;

V I- as aplicações do United Nations Joint Staff Pension Fund (UNJSPF), administrado pela Organização das Nações Unidas, nas Bolsas de Valores no País;

VII - as remessas à Corporação Financeira Internacional (International Finance Corporation-IFC) por investimentos diretos ou empréstimos em moeda a empresas brasileiras, com utilização de fundos de outros países, mesmo que o investimento conte, no exterior, com participantes que não terão nenhuma relação de ordem jurídica com as referidas empresas;

VIII - cobertura de gastos pessoais, no exterior, de pessoas físicas residentes ou domiciliadas no País, em viagens de turismo, negócios, serviço, treinamento ou missões oficiais;

IX - pagamento de salários de funcionários de empreiteiras de obras e prestadores de serviço no exterior, de que tratam os arts. 1º e 2º do Decreto 89.339, de 31 de janeiro de 1984;

X - pagamento de salários e remunerações de correspondentes de imprensa, com ou sem vínculo empregatício, bem como ressarcimentos de despesas inerentes ao exercício da profissão, incluindo transporte, hospedagem, alimentação e despesas relativas a comunicação, e pagamento por matérias enviadas ao Brasil no caso *defree lancers*, desde que os beneficiários sejam pessoas físicas residentes ou domiciliadas no País;

XI - remessas para fins educacionais, científicos ou culturais, bem como em pagamento de taxas escolares, taxas de inscrição em congressos, conclaves, seminários ou assemelhados, e taxas de exames de proficiência;

XII - remessas para cobertura de gastos com treinamento e competições esportivas no exterior, desde que o remetente seja clube, associação, federação ou confederação esportiva ou, no caso de atleta, que sua participação no evento seja confirmada pela respectiva entidade;

XIII - remessas por pessoas físicas, residentes e domiciliadas no País, para cobertura de despesas médico-hospitalares com tratamento de saúde, no exterior, do remetente ou de seus dependentes;

XIV - pagamento de despesas terrestres relacionadas com pacotes turísticos.

De acordo com o texto normativo supra, não se sujeitam ao IRRF as remessas para o exterior nele discriminadas. Com exceção da remessa mencionada no inciso II, nenhuma das outras, nem por remota aproximação, guarda relação com o assunto tratado no presente litígio. E mesmo na hipótese do inciso II, a conexão com o presente caso é apenas fortuita, pois ele exclui do campo de incidência a remessa dos valores, em moeda estrangeira, registrados no Banco Central do Brasil, como investimentos ou reinvestimentos, retornados ao seu país de origem. Ora o lançamento de ofício em discussão não pretende tributar nenhum valor que tenha sido remetido ao país de origem dos antigos acionistas da Ibi Participações a título de retorno de investimento cujo valor estivesse registrado no Banco Central. Pelo contrário, o fiscal autuante não questiona o valor do seu registro, e o aceita como custo de aquisição do investimento. Assim, não houve nenhuma violação do citado inciso. Tampouco essa norma poderia ter amparado o procedimento do sujeito passivo, visto que ele não exime da tributação eventual ganho de capital que possa ser gerado pelo investimento em razão de qualquer operação que importe alienação dos bens que haviam sido adquiridos com o ingresso de recursos no Brasil.

Por fim, confira-se a redação do artigo 26 da Instrução Normativa SRF nº 208, de 2002:

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

§ 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.

Veja-se que no texto normativo supra não se depara com nenhuma disposição que explícita ou implicitamente ampare as teses do impugnante. O caput do artigo 26 apenas estabelece que 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, sem estatuir que não existe ganho de capital tributável se a alienação se faz por meio de incorporação de ações. Da mesma forma, os seus parágrafos 3º e 4º dispõem que o valor de aquisição do bem ou direito deve ser comprovado com documentação hábil e idônea; e que 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.

Ou seja, o texto normativo apenas dispõe que o custo de aquisição do bem alienado pode ser apurado com base no capital registrado no Banco Central do Brasil. Mas não diz que, contrariando a tese do impugnante, se o valor do registro no Banco Central permanece inalterado, nenhum ganho de capital tributável será apurado. Ora, o ganho de capital é a diferença positiva entre o valor de alienação e custo de aquisição, e se este

último não muda, apenas não haverá ganho de capital se ele for igual ao valor da alienação. No presente caso não foi o que ocorreu, pois a relação de troca estabelecida foi favorável aos antigos acionistas controladores da Ibi Participações, em decorrência de valerem mais as ações que receberam do Banco Bradesco. Já se acha demonstrado neste voto que o valor do investimento registrado no Banco Central não se altera, porque a função desse registro é exatamente deixar consignado quanto de recursos ingressaram no país em virtude da aquisição de algum bem ou da realização de algum empreendimento. Uma vez que a mera incorporação de ações não implicou aumento nem redução do montante investido, não haveria de sofrer mesmo nenhuma alteração o respectivo registro.

(...)

(negrejou-se)

Com isso, conclui-se que nem o inciso II, do art. 690, do RIR, bem como o artigo 26 da Instrução Normativa SRF n. 208/02, não autorizavam o não recolhimento do IRRF por parte do Banco Bradesco S/A, devendo ser mantido tanto a multa de ofício como o juros de mora, por não ser aplicável o parágrafo único, do art. 100, do CTN.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, acolho os embargos de declaração, sem efeitos infringentes, para retificar o Acórdão nº 2202-004.339, de 03/04/2018, sanando as omissões, contradições e obscuridades nele existentes, nos termos do voto.

(assinado digitalmente)

Marcelo de Sousa Sáteles - Relator