



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.721225/2021-93
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1201-006.312 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de abril de 2024
Recorrentes FAZENDA NACIONAL E
B3 S.A. - BRASIL, BOLSA, BALCÃO

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2017

NULIDADE. ARGUMENTO DE DEFESA. OMISSÃO.

A omissão, pela autoridade julgadora, em analisar argumento, em tese, capaz de infirmar a decisão adotada, quando este não é superado por nenhum outro fundamento da decisão, prejudica o exercício do contraditório e do direito de defesa, causando a nulidade do acórdão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário para declarar a nulidade da decisão recorrida.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Eduardo Genero Serra, Fredy José Gomes de Albuquerque, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocada), Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

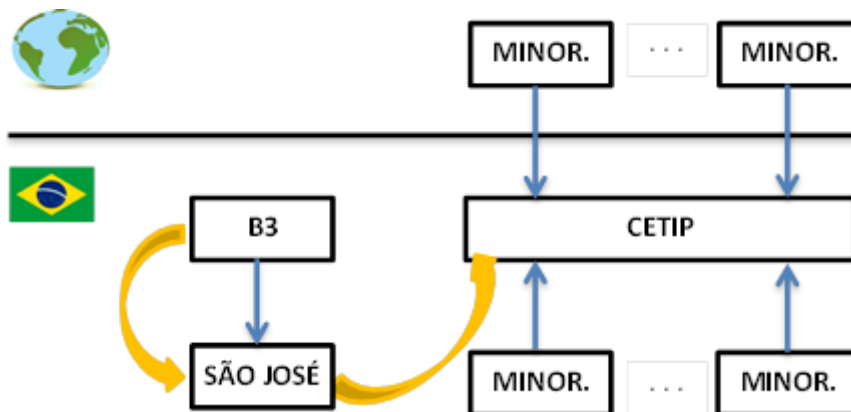
Relatório

B3 S.A. – BRASIL, BOLSA, BALCÃO, pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida no Acórdão nº 107-020.275 (fls. 1204), pela DRJ 07, interpôs recurso voluntário (fls. 1276) dirigido a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, requerendo a reforma daquela decisão.

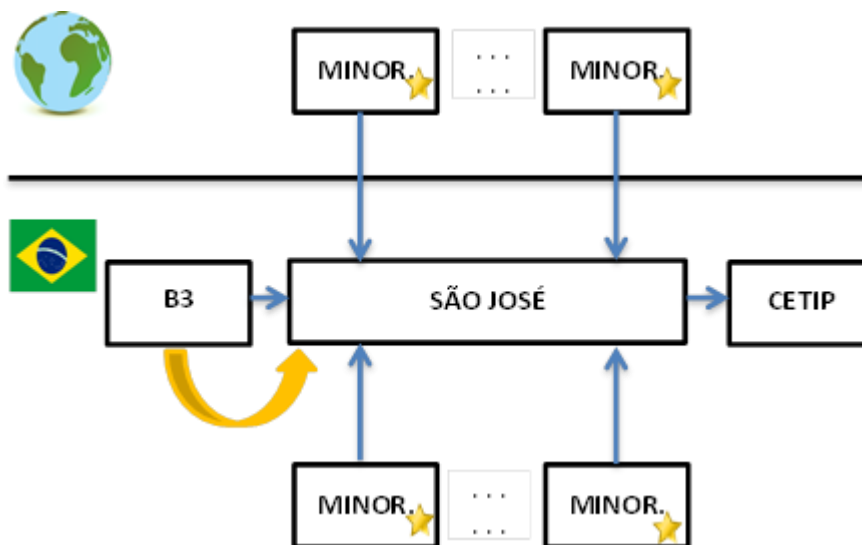
O presente processo trata de lançamento tributário para exigir IRRF relativo a fato gerador ocorrido no dia 29/03/2017, bem como multa de ofício (75%) e juros de mora, no valor total de R\$ 499.529.750,51 (fls. 793). A exigência seria devida em razão da insuficiência de recolhimento do IRRF sobre o ganho de capital auferido por residentes ou domiciliados no exterior por ocasião da alienação de ações da empresa CETIP S.A.

Em apertada síntese, é possível explicar os procedimentos adotados dividindo-os em quatro passos, conforme a seguinte descrição:

Inicialmente, verifica-se que a CETIP era uma sociedade anônima brasileira, mas possuía acionistas residentes no exterior. A B3 iria adquirir a CETIP e iniciou os procedimentos adotados ao estruturar uma empresa veículo, aqui denominada SÃO JOSÉ.



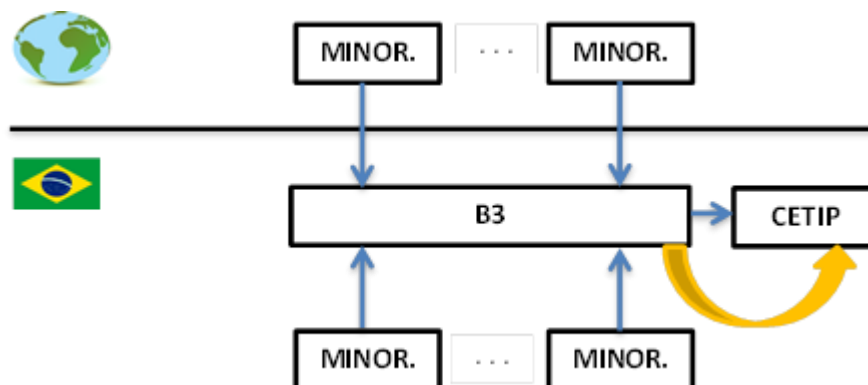
No segundo passo, a B3 aumentou o capital da SÃO JOSÉ e esta incorporou as ações da CETIP. Como resultado, a CETIP passou a ser uma subsidiária integral da SÃO JOSÉ. Nesse procedimento, os acionistas da CETIP cederam as suas ações e receberam ações da SÃO JOSÉ (1 ON e 3 PN resgatáveis para cada ação da CETIP cedida).



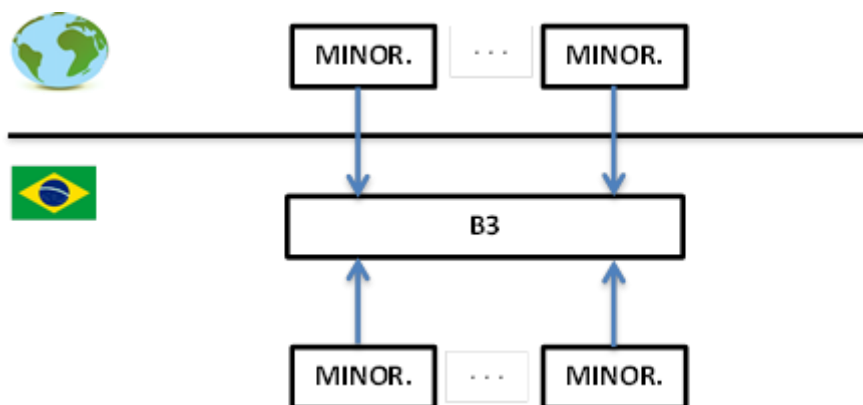
No terceiro passo, no mesmo dia, a SÃO JOSÉ resgatou as suas ações PN, com pagamento em dinheiro aos sócios (R\$ 31,89 por conjunto de três ações), e a B3 incorporou a SÃO JOSÉ, por meio de uma troca de ações (0,98 ações da B3 para cada ação ON da CETIP). Com isso, os acionistas da SÃO JOSÉ passaram a ser acionistas da B3 e a B3 passou a ser responsável tributária da SÃO JOSÉ, por sucessão.

Tal operação resultou em um ganho de capital dos acionistas da CETIP, conforme a acusação fiscal. Saliente-se que a B3 reteve o IRRF sobre parte do ganho de capital,

considerando apenas a parcela paga em dinheiro (resgates). O objeto do presente processo é o IRRF incidente sobre o ganho de capital dos acionistas residentes no exterior.



Por fim, a B3 incorporou a CETIP.



A auditoria fiscal está relatada no Termo de Verificação Fiscal (fls. 797), o qual foi muito bem sintetizado no relatório da decisão recorrida, pelo que o trago transcrito em parte (fls. 1207):

A infração apurada tem como intitulação IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE GANHOS DE CAPITAL AUFERIDOS POR RESIDENTES OU DOMICILIADOS NO EXTERIOR.

A autuação remete para o "... relatório fiscal anexo" (Termo de Verificação Fiscal a partir das fls. 797, doravante denominado "TVF").

Nos termos expostos no TVF, a autuação em foco decorreu dos seguintes fatos apurados no curso do procedimento fiscal:

Dos Fatos

- No ano de 2017 ocorreu a reorganização societária entre as companhias BM&F Bovespa S.A., CETIP S.A. e Companhia São José Holding, esta última criada com pequena antecedência à conclusão da operação. A companhia resultante do processo, BM&F Bovespa S.A., recebeu a atual denominação social de "B3 S.A. - Brasil, Bolsa, Balcão".

- Em decorrência desta reorganização, a B3 S.A. deixou de reter imposto de renda sobre o ganho de capital de residentes ou domiciliados no exterior auferido na incorporação de ações da CETIP S.A.

Da Reorganização Societária

Inicialmente, em novembro de 2015, foi criada a empresa Netanya Empreendimentos e Participações S/A, que teve a denominação social alterada para Companhia São José Holding e como diretores eleitos os diretores da BM&F Bovespa S.A.

A Companhia São José Holding foi constituída com o único propósito de servir de veículo para a incorporação das ações da CETIP S.A. e, por fim, ser incorporada pela BM&F. O instituto de "Incorporação de Ações" é regulado pelo artigo 252 da Lei nº 6.404, de 15/12/1976 (Lei das S.A.) e tem por essência a relação de troca de ações entre as companhias envolvidas.

Em 20/05/2016, a Companhia São José Holding, de capital social de R\$ 1.200,00, teve um aumento de capital de R\$ 9.257.820.000,00 por meio de subscrição de 794.650.830 novas ações ordinárias pela BM&F Bovespa S.A. Na mesma data foi aprovada, por seu valor econômico, a incorporação da totalidade das ações da CETIP S.A. pela Companhia São José Holding, resultando na emissão, em favor dos acionistas da CETIP, proprietários das ações incorporadas, de 1 ação ordinária e 3 ações preferenciais resgatáveis de emissão da Companhia São José Holding para cada ação da CETIP.

Na mesma data, como ato subsequente e interdependente à incorporação das ações da CETIP, ocorreu o resgate da totalidade das ações preferenciais de emissão da Companhia São José Holding, com a previsão de pagamento, para cada 3 ações preferenciais, do valor do resgate em moeda corrente estabelecido pelo "Protocolo", o qual será detalhado posteriormente.

Neste momento, a Companhia São José Holding continuava a existir e era a única sócia da CETIP S.A., sua subsidiária integral. Porém, ainda na mesma data, foi aprovada, pelo valor patrimonial, a incorporação da Companhia São José Holding pela BM&F Bovespa S.A., resultando na sucessão, por esta última, de todos os bens, direitos e obrigações da Companhia São José Holding, inclusive o investimento na subsidiária integral: a CETIP S.A.

Com esta incorporação, a Companhia São José Holding deixou de existir e a BM&F Bovespa S.A. passou a ser a única sócia da CETIP S.A., sua subsidiária integral. Em virtude da incorporação, os Acionistas CETIP receberam, em substituição às ações ordinárias da Companhia São José Holding, ações da BM&F, conforme relação de substituição descrita no "Protocolo" (a qual será detalhada posteriormente) e passaram a integrar o seu quadro de acionistas. Como companhia resultante, a BM&F Bovespa S.A. recebeu a atual denominação social de "B3 S.A. - Brasil, Bolsa, Balcão".

Em menos de três meses após a consumação de toda esta reorganização, a B3 S.A. realizou uma nova reorganização societária culminando na incorporação da CETIP S.A., a qual, neste último arranjo societário, já constava como subsidiária integral da B3.

Da Operação Ocorrida na Incorporação de Ações

Diferentemente da operação de incorporação de sociedade prevista no artigo 227 da Lei nº 6.404/76, quando a incorporadora absorve ativo e passivo da incorporada e esta deixa de existir, a incorporação de ações opera exclusivamente sobre as ações da sociedade alvo, que são integralmente absorvidas pela

incorporadora. A sociedade cujas ações forem transferidas ao capital da outra (incorporada) não se extingue, permanecendo como pessoa jurídica independente, com plena autonomia patrimonial, sem que ocorra sucessão de direitos e obrigações entre as companhias envolvidas.

Conforme previsto no §3º do art. 252, da Lei nº 6.404/76, os titulares das ações incorporadas receberão ativos de sua emissão. Importante destacar que, conforme previsto no §2º do mesmo artigo, os acionistas minoritários, caso não concordem com a deliberação, terão que se retirar da companhia, mediante reembolso das ações que lhes couberem. E, na hipótese de não se manifestarem, terão suas ações alienadas em conjunto com a alienação das ações dos controladores, considerando que haverá a transmissão da titularidade de todas as ações para a incorporadora.

Da Tributação do Ganho de Capital Gerado na Incorporação de Ações e da Responsabilidade pela Apuração e Retenção do Imposto.

Nos casos em que o negócio incorporação de ações (previsto no artigo 252 da Lei nº 6.404/1976) gere um ganho de capital para o acionista que tem suas ações incorporadas, tal ganho de capital deve ser tributado pelo Imposto sobre a Renda como fruto de uma alienação conforme prevê o § 3º do artigo 3º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988.

Ou seja, consumada a incorporação, as ações ordinárias da BM&FBOVESPA (B3) atribuídas aos acionistas da CETIP, em substituição às ações ordinárias de emissão da CETIP de que eram titulares, têm os mesmos direitos atribuídos às ações da B3 então existentes, e participam integralmente de todos os benefícios, inclusive dividendos e remunerações de capital que vierem a ser declarados pela B3 a partir da consumação da incorporação de ações.

É consenso que na incorporação de ações ocorre um aumento de capital da "incorporadora" e que a integralização desse capital se dá mediante a transferência das ações da "incorporada" para a "incorporadora". No caso em concreto ocorreu o aumento do capital, na preparação para a reorganização em análise, a B3 solicitou o Laudo de Avaliação AP- 0333/16-01 (avaliação do PL da Netanya, denominação social anterior da Companhia São José Holding) onde podemos comprovar este aumento de capital:

[...]

Como se pode verificar, não ocorre uma permuta de ações ou uma simples troca de papéis, mas sim um aumento de capital da companhia incorporadora através de ações da companhia incorporada. A incorporação de ações, além de não corresponder a uma permuta, ainda não corresponde a uma sub-rogação, pois a ideia não é de substituir uma coisa por outra, com as mesmas qualidades ou condições dispostas anteriormente, mas de aumento de capital da sociedade incorporadora com papéis da incorporada.

Da análise do parágrafo 2º do artigo 23 da Lei nº 9.249/95 conclui-se que a legislação admite a incidência do imposto de renda sobre ganho de capital apurado na troca de bens por ações.

E, em se auferindo ganho de capital na incorporação de ações pelo não-residente no país, ele será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País, conforme postula o art. 18 da Lei nº 9.249/95, ou seja, de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no país.

A responsabilidade pelo recolhimento está disciplinada no art. 26 da Lei nº 10.833/2003, ou seja, é o adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no

exterior, que 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.

Caso ainda houvesse dúvidas na interpretação e integração dos arts. 18 da Lei nº 9.249/95 e 26 da Lei nº 10.833/2003, a Instrução Normativa RFB nº 1.455, de 06 de março de 2014, trouxe ainda mais clareza:

CAPÍTULO XVIII DO GANHO DE CAPITAL Art. 21.

§ 3º Nas operações de incorporação de ações que envolvam valores mobiliários de titularidade de investidores estrangeiros, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto sobre a renda na fonte de que trata o caput será da incorporadora no Brasil, conforme previsto no art. 26 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003 (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1664, de 11 de outubro de 2016).

(...)

Art. 22. O ganho de que trata o art. 21, decorrente de operação em que o beneficiário seja domiciliado em país ou dependência com tributação favorecida a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430, de 1996, sujeita-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

Art. 23. O ganho de capital auferido no País é determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação em Reais e o custo de aquisição em Reais do bem ou direito.

§ 1º O valor de aquisição do bem ou direito para fins do disposto neste artigo deve ser comprovado com documentação hábil e idônea.

§ 2º Na impossibilidade de comprovação, o custo de aquisição será igual a zero.

(Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1662, de 30 de setembro de 2016)

§ 3º Na hipótese prevista no § 3º do art. 21, o ganho de capital auferido no Brasil será determinado pela diferença positiva entre o valor das ações emitidas pela empresa incorporadora no Brasil em reais e o custo de aquisição em reais das ações transferidas pela pessoa, física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior.

(Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1664, de 11 de outubro de 2016)

(Vigente à época dos fatos) (Grifos do autuante)

Do Ganho de Capital de Residentes ou Domiciliados no Exterior Ocorrido na Reorganização Societária Consumada em 2017.

No Termo de Intimação Fiscal 07, o contribuinte foi intimado a apresentar a relação de proprietários das ações de emissão CETIP; se residentes ou não-residentes no Brasil; a quantidade de ações que cada um possuía; a quantidade de ações que cada proprietário recebeu em troca; a data do pagamento e troca/substituição; os comprovantes do custo de aquisição das ações de cada proprietário não-residente referentes aos acionistas não residentes; o valor recebido do pagamento e troca/substituição de cada proprietário não residente; as planilhas de cálculo de ganho de capital para cada proprietário não-residente, conforme o caso; e informações e demais esclarecimentos sobre os recolhimentos do imposto de renda incidente sobre ganho de capital auferido na operação de incorporação de ações, relativos aos proprietários não-residentes que apuraram imposto de renda a pagar.

Todas estas informações foram requeridas tendo em vista o recebimento pelos acionistas da CETIP das seguintes parcelas do preço de aquisição da totalidade das ações desta companhia:

a) R\$ 4.724.079.781,50 - correspondentes à entrega aos acionistas da CETIP de 244.138.4903 ações da BM&F Bovespa, cujo preço de fechamento no mercado de bolsa para o dia 29 de março de 2017 foi de R\$ 19,35;

b) R\$ 8.296.668.348,32 - correspondentes a R\$ 31,89315588 pagos para cada uma das 260.139.460 ações da CETIP adquiridas.

Em resposta a fiscalizada apresentou uma planilha (doc_comprobatorio39) com a relação dos acionistas da CETIP na data da consumação da operação, qual seja o dia 29 de março de 2017, e mais duas outras planilhas com cálculos de ganho de capital. A planilha "doc_comprobatorio40", com ganho de capital auferido pelos investidores 4.373 no resgate das ações preferenciais da Companhia São José na data da consumação da operação e a planilha "doc_comprobatorio82", em pdf, relativa ao ganho de capital da investidora direta "ICE Overseas".

Contudo em análise aos cálculos efetuados na planilha, constatamos que o ganho de capital somente foi calculado e recolhido sobre o montante pago em dinheiro pelas ações da CETIP. O contribuinte foi então intimado, pelo Termo de Intimação Fiscal 08, a esclarecer se o valor de R\$ 4.724.079.781,50 - correspondentes à entrega de ações da BM&F Bovespa (preço de R\$ 19,35) foi considerado como ganho de capital e se, consequentemente, foi calculado o IRRF sobre o ganho em relação ao custo de aquisição das ações da CETIP. A fiscalizada apresentou a seguinte resposta:

"Os acionistas da CETIP, por força da incorporação das ações desta empresa pela Companhia São José Holding, receberam, em substituição às suas ações, 1 ação ordinária da Companhia São José Holding (3) para cada ação da CETIP incorporada, sem que houvesse a sua realização em dinheiro.

Na etapa seguinte da reorganização, a Companhia São José Holding foi incorporada pela BM&FBOVESPA, tendo os acionistas daquela companhia recebido 0,93849080 ação ordinária da BM&FBOVESPA para cada ação da Companhia São José Holding (conforme consta do "doc_comprobatorio12" apresentado a esta fiscalização), também sem que houvesse qualquer realização em dinheiro.

Como houve a mera substituição de ações nas parcelas acima referidas, sem o pagamento aos acionistas da CETIP ou da Companhia São José de recursos financeiros, não se considerou ter ocorrido o ganho de capital tributável pelo IRRF em relação aos acionistas estrangeiros".

No entanto tal entendimento de "mera substituição de ações, sem pagamento de recursos financeiros" está equivocado. Conforme amplamente explanado anteriormente, não ocorreu uma mera substituição de ações ou uma simples troca de papéis, mas sim um aumento de capital da companhia incorporadora por meio de ações da companhia incorporada. E, quando se verifica uma diferença positiva entre o valor das ações emitidas pela empresa incorporadora e o custo de aquisição das ações transferidas, ocorre o ganho de capital na incorporação de ações.

A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil também tem manifestado o entendimento de que ocorre o ganho de capital em incorporação de ações e de que a retenção e o recolhimento do IRRF sobre tal ganho são de responsabilidade da empresa incorporadora das ações, conforme Solução de Consulta nº 88 - Cosit, de 25 de janeiro de 2017 e acórdão CARF nº 24020006.047 de 6 de março de 2018.

Ainda no intuito de verificar o custo de aquisição suportado pela B3 na reorganização societária em questão, a fiscalizada foi intimada, no Termo de Intimação Fiscal 03, a demonstrar o ágio gerado na operação e, em resposta, informou:

"Conforme estabelecido na Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Administração da então BM&FBOVESPA - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (1) ("BM&FBovespa") realizada no dia 28 de março de 2017, apresentada como

"doc_comprobatorio12" anexo à Resposta protocolada em 31 de março de 2021, item 4.1., a consumação da operação ocorreu no dia 29 de março de 2017, após a implementação das condições suspensivas previstas no item 3.1. de seu Protocolo (2).

Nesta data, conforme previsto no referido Protocolo e após os ajustes estabelecidos em seu Anexo 2.2., os acionistas da CETIP fizeram jus ao recebimento das seguintes parcelas do preço de aquisição da totalidade das ações desta companhia, conforme previsto nos itens 4.1. (a) (i) e (ii) do "doc_comprobatorio12":

- (i) 0,93849080 ação ordinária da BM&FBovespa para cada ação da CETIP adquirida; e
- (ii) R\$ 31,89315588 para cada ação da CETIP adquirida.

Como na data da consumação da operação foram adquiridas 260.139.460 ações da CETIP, o valor monetário da relação de troca/substituição ocorrido na reorganização societária e dispêndio financeiro na operação corresponderam respectivamente a:

- a. R\$ 4.724.079.781,50 - correspondentes à entrega aos acionistas da CETIP de 244.138.490(3) ações da BM & F Bovespa, cujo preço de fechamento no mercado de bolsa para o dia 29 de março de 2017 foi de R\$ 19,35;
- b. R\$ 8.296.668.348,32 - correspondentes a R\$ 31,89315588 pagos para cada uma das 260.139.460 ações da CETIP adquiridas.

Pela soma das duas parcelas acima, a. valor monetário da relação de troca/substituição e b. dispêndio financeiro na operação, obtém-se o custo de aquisição das ações da CETIP suportado pela Intimada, que correspondeu a R\$ 13.020.748.128,91."

(1) Anterior denominação social da Intimada.

(2) "Protocolo e Justificação de Incorporação das Ações de Emissão da CETIP pela Companhia São José Holding, seguida da Incorporação da Companhia São José Holding pela BM&FBOVESPA" aprovado nas Assembléias Gerais da CETIP S.A. — Mercados Organizados, Companhia São José Holding e BM & F BOVESPA S.A. — Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros realizadas no dia 20 de maio de 2016 apresentado como doc_comprobatorio13 a esta Fiscalização.

(3) 260.139.460 ações da CETIP multiplicadas pela relação de substituição de 0,93849080 ações da BM&F Bovespa entregues para cada ação da CETIP adquirida, conforme item 4.1.(b) (i) do doc_comprobatorio.

"No item anterior demonstrou-se que o valor total do custo de aquisição suportado pela Intimada para a aquisição da totalidade das ações da CETIP foi de R\$ 13.020.748.128,91, composto pelas parcelas ali demonstradas.

O referido custo de aquisição do investimento na CETIP, como demonstrado no item subsequente, foi desdobrado em:

- (i) valor do patrimônio líquido da CETIP;
- (ii) mais e menos-valias correspondentes à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida e o valor contábil dos ativos e passivos identificados; e
- (iii) ágio por rentabilidade futura (goodwill), correspondente à diferença entre "a". o custo de aquisição do investimento e "b". o somatório dos itens (i) e (ii) anteriores." "O custo de aquisição do investimento na CETIP foi desdobrado contabilmente conforme descrito abaixo (valores em milhares de reais): "

[...]

Como pode ser observado na resposta acima, a própria fiscalizada reconhece o valor das ações da BM&FBovespa como integrante do custo de aquisição na reorganização societária.

Dos aproximados 13 bilhões de reais de custo, R\$ 4.724.079.781,50 são correspondentes à entrega aos acionistas da CETIP de 244.138.490 ações da BM&FBovespa, cujo preço de fechamento no mercado de bolsa para o dia 29 de

março de 2017 foi de R\$ 19,35. As 260.139.460 ações da CETIP foram multiplicadas pela relação de substituição de 0,93849080 ações da BM&FBovespa, entregues para cada ação da CETIP adquirida, resultando nas 244.138.490 ações da BM&FBovespa entregues.

Ou seja, a B3 reconhece o custo da entrega das ações da BM&F Bovespa aos acionistas da CETIP quando lhe convém (para gerar o ágio na incorporação de ações), mas alega que é uma mera substituição de ações quando é de sua responsabilidade a retenção e o recolhimento do imposto de renda devido sobre o ganho de capital.

Importante destacar ainda que a própria fiscalizada já foi autuada no processo administrativo nº 16327.720648/2012-03, o qual tratou da exigência de IRRF decorrente de falta de retenção do Imposto de Renda na Fonte, apurado sobre os ganhos de capital relativos à integralização de capital realizada por meio de conferência de ações de investidores não residentes, por ocasião da incorporação de ações, em 05/2008, da Bovespa Holding S/A pela Nova Bolsa S/A (antiga denominação da BM&F Bovespa S/A - atual B3).

A autuação foi mantida em decisão definitiva pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), sendo que o rito administrativo terminou com a publicação, em 29/10/2018, da decisão referente à rejeição dos Embargos de Declaração da recorrente. O Acórdão nº 9202-006.501 - 25 Turma da CSRF, de 26 de fevereiro de 2018, apresenta a seguinte ementa:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. BENEFICIÁRIO NO EXTERIOR.

A incorporação de ações implica aumento de capital de pessoa jurídica, realizado mediante a conferência de ações de outra pessoa jurídica. A diferença entre o valor das ações entregues e o valor do aumento de capital enseja ganho de capital.

O ganho de capital de beneficiário domiciliado no exterior implica a retenção do tributo na fonte.

No caso, ocorreu operação de incorporação de ações e foram identificados acionistas no exterior.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.

A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional.

O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre a qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Dos Cálculos.

Passamos agora a demonstrar os cálculos corretos ao considerarmos os valores de ganho de capital na entrega das ações. As planilhas de cálculo fornecidas pelo contribuinte ("doc_comprobatorio40" e "doc_comprobatorio82") apresentaram somente os cálculos da parcela paga em dinheiro aos acionistas da CETIP.

A fiscalizada foi então intimada, pelo Termo de Intimação Fiscal 08, a esclarecer o valor de resgate relativo a 1/3 de R\$ 31,89315588 (R\$ 10,63105196) - informado na planilha "doc_comprobatorio40_ganho de capital4373". Em resposta informou o seguinte:

"De acordo com o item 1.2.(b) do "Protocolo e Justificação de Incorporação das Ações de Emissão da CETIP pela Companhia São José Holding, seguida da Incorporação da Companhia São José Holding pela BM&FBOVESPA" (doravante "Protocolo")

apresentado a esta fiscalização como doc_comprobatorio13 anexo à resposta protocolada no dia 22 de janeiro de 2021, os acionistas da CETIP S.A. - Mercados Organizados receberam, em substituição às suas ações desta companhia, 1 ação ordinária e 3 ações preferenciais resgatáveis da Companhia São José.

Desta forma, o valor pago no resgate de cada ação preferencial resgatável da Companhia São José Holding equivaleu a exatamente um terço (1/3) do valor de R\$ 31,89315588.

Vale destacar que, na planilha "doc_comprobatorio40_ganho de capital 4373", a coluna "K" - "Quantidade de ações SJHO PN"1 apresenta o triplo do valor da coluna "I" - "Quantidade-base (CETIP 03)".

Exemplificando em relação ao investidor estrangeiro discriminado na linha 2

(CNPJ 97.538.843/0001-88), pode-se verificar que, das 313.634 ações da CETIP detidas, houve o cálculo do ganho de capital no resgate das correspondentes 940.902 ações da Companhia São José Holding, pelo valor de R\$ 10,63105196 cada, o que equivale ao valor de resgate das 313.634 ações da CETIP pelo valor de R\$ 31,89315588.

Para facilitar a compreensão reproduzo abaixo parte da planilha com informações e cálculos relativo ao CNPJ citado:

[...]

O contribuinte multiplicou a quantidade de ações CETIP (coluna "I") por 3 para chegar nas três ações preferenciais resgatáveis da Companhia São José (coluna "K"). Esta quantidade de ações da Cia São José (coluna "K") foi multiplicada pelo "custo de aquisição por PN" (coluna "L") e o resultado foi subtraído do valor resultante entre a multiplicação quantidade de ações da Cia São José (coluna "K") e o "Valor de resgate por PN" (coluna "M"). A apuração final foi o "Ganho de Capital" (coluna "N"), base para o cálculo do IRRF.

Esclarecendo passo a passo:

[...]

Ao calcular desta forma, a fiscalizada apurou o ganho de capital sobre três quartos (75%) das ações da CETIP. O um quarto (25%) restante não calculado, corresponde às ações ordinárias que foram substituídas pelas ações da BM&FBovespa. No entanto, conforme exaustivamente explanado, 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 como ganho de capital para os acionistas da companhia cujas ações são incorporadas.

O contribuinte enviou aos acionistas, em 22/03/2017, a correspondência "Aviso aos Acionistas", na qual relata o processo de resgate e substituição das ações e o tratamento tributário. A correspondência, reproduzida na íntegra abaixo e com destaque nosso, demonstra o entendimento (errôneo) do contribuinte de que o ganho de capital foi calculado somente sobre 75% do custo de aquisição médio das ações da CETIP (25% de cada ação preferencial vezes 3 ações)

[...]

Também de acordo com a descrição da operação no "Protocolo", para cada ação ordinária de emissão da CETIP são entregues 1 ação ordinária e 3 ações preferenciais resgatáveis de emissão da Holding:

1.2. A Operação compreenderá as seguintes etapas, todas interdependentes, cuja consumação estará sujeita às aprovações societárias aplicáveis e à verificação das condições suspensivas referidas no item 3.1 abaixo, sendo que todas as etapas deverão ocorrer na mesma data:

(a) aumento de capital da Holding, mediante a emissão de 794.650.830 novas ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal, as quais serão totalmente subscritas e integralizadas pela BM&FBOVESPA, em moeda corrente nacional, até a Data da Consumação da Operação, pelo preço de emissão total de ao menos R\$7.920.019.939,00, dos quais uma parcela, a ser definida na assembleia geral, será alocada à constituição de reserva de capital ("Aumento de Capital da Holding");

(b) na mesma data, como ato subsequente e interdependente do Aumento de Capital da Holding, incorporação da totalidade das ações de emissão da CETIP pela Holding, por seu valor econômico, resultando na emissão, pela Holding, em favor dos acionistas da CETIP proprietários das ações incorporadas

("Acionistas da CETIP"), de ações ordinárias e preferenciais resgatáveis de emissão da Holding, sendo que para cada ação ordinária de emissão da CETIP serão entregues 1 ação ordinária e 3 ações preferenciais resgatáveis de emissão da Holding (considerando os ajustes mencionados no item 2.1), conforme disposto no item 4.1 ("Incorporação das Ações da CETIP"). Após consumada a Operação, a CETIP preservará personalidade jurídica e patrimônio próprios, inexistindo sucessão legal;

(c) na mesma data, como ato subsequente e interdependente da Incorporação das Ações da CETIP, resgate da totalidade das ações preferenciais de emissão da Holding, com o pagamento, para cada 3 ações preferenciais de emissão da Holding resgatadas, do Valor do Resgate para Cada Três Ações Preferenciais Resgatáveis da Holding ("Resgate"). Uma vez resgatadas, as ações preferenciais da Holding serão canceladas contra reserva de capital; e

(d) na mesma data, como ato subsequente e interdependente do Resgate, incorporação da Holding pela BM&FBOVESPA, pelo valor patrimonial contábil da Holding (já considerados os efeitos do Aumento de Capital da Holding, da Incorporação das Ações da CETIP e resgate), com a consequente e extinção da Holding e sucessão, pela BM&FBOVESPA, de todos os seus bens, direitos e obrigações, com a consequente migração dos Acionistas da CETIP para o quadro acionário da BM&FBOVESPA ("Incorporação da Holding").

(Grifos nossos)

Isto posto, para o cálculo correto do ganho de capital é necessário observar o "filme" completo de todo o processo da reorganização: a intenção inicial, os fatos ocorridos durante a operação e o resultado. E isto pode ser facilmente observado no "Protocolo":

1. Descrição da Operação, Motivos ou Fins e Interesse das Companhias

1.1. Pretende-se submeter aos acionistas das Companhias uma reorganização societária, cujos passos são detalhados a seguir ("Operação"), e que resultará (a) na titularidade, pela BM&FBOVESPA, da totalidade das ações de emissão da CETIP; e (b) assumindo que o capital total da CETIP esteja representado, na Data da Consumação da Operação (conforme abaixo definido), por 264.883.6101 ações ordinárias, ex-tesouraria, e sujeito ao disposto na Seção 2, no recebimento, pelos acionistas da CETIP, para cada ação ordinária de emissão da CETIP de que sejam proprietários na referida data, de:

(a) uma parcela, em moeda corrente nacional de R\$30,75 ("Valor Original de Referência da Parcela em Dinheiro"), ajustada na forma prevista neste Protocolo e Justificação (após os ajustes, o "Valor do Resgate para Cada Três Ações Preferenciais Resgatáveis da Holding"), a ser paga à vista, em parcela única, em até 40 dias contados da data em que se verificar o cumprimento da última das condições listadas nos itens 3.1(a), (b) e (c) ("Data de Liquidação Financeira"); e

(b) 0,8991 ação ordinária de emissão da BM&FBOVESPA ("Relação de Troca de Referência"), ajustada na forma prevista neste Protocolo e Justificação (após os ajustes, a "Quantidade Final de Ações BM&FBOVESPA por Ação Ordinária da Holding").

(...)

(Grifos nossos)

A operação resultou no recebimento pelos acionistas da CETIP de uma parcela em dinheiro e uma parcela em ações. Como ocorreu um ganho de capital nesta operação, é de responsabilidade da fiscalizada (conforme a própria reconhece no "Aviso aos Acionistas") de reter o imposto de renda na fonte dos acionistas não residentes.

Passamos agora à demonstração dos cálculos corretos e, para isso, retomamos o CNPJ apresentado como exemplo pelo contribuinte. O cálculo, apresentado pelo contribuinte somente sobre o ganho de capital com as ações preferenciais, estaria correto se, a este ganho, fosse somado o ganho de capital com as ações ordinárias. Reproduzo abaixo o cálculo do contribuinte sobre as ações preferenciais:

[...]

Para facilitar ainda mais a compreensão e os cálculos, basta observarmos o "filme" do "Protocolo". A intenção foi desde sempre: (1) a titularidade, pela BM&FBOVESPA, da totalidade das ações de emissão da CETIP, e (2) o recebimento pelos acionistas da CETIP de uma parcela em moeda corrente nacional (R\$ 31,89315588 por ação CETIP) e de 0,9384908 ação ordinária da BM&FBOVESPA. Assim, ao realizarmos os cálculos tendo em vista somente as ações da CETIP, chegamos ao mesmo valor do ganho de capital total da operação:

[...]

A planilha denominada "Ganho de Capital", anexada a este Termo de Verificação Fiscal, apresenta todos os cálculos do ganho de capital total auferido na reorganização societária, relativo aos acionistas não-residentes da CETIP. Os cálculos foram realizados a partir das informações fornecidas pela fiscalizada: CNPJ do acionista, nome, documento CVM, número de identificação, número NIF, país de origem, paraíso fiscal, quantidade de ações, custo de aquisição e IRRF prévio. Este último é o valor já pago, em relação ao ganho de capital com as ações preferenciais, o qual foi deduzido do cálculo do ganho de capital total, sendo que este último inclui o ganho com as ações ordinárias recebidas em 29/03/2017.

Em relação às alíquotas incidentes sobre a operação aplica-se o artigo 21 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, e, no caso de países com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados a alíquota aplicável sobre a operação é de 25%, conforme dispõe o artigo 8º da Lei nº 9.779, de 1999.

Do Reajustamento da Base de Cálculo

Com base no artigo 725 do RIR/99 e Parecer Normativo Cosit nº 1/2002 a base de cálculo do IRRF deverá ser reajustada de forma que o ganho de capital o investidor deverá ser considerado líquido.

A jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF é pacífica no sentido de que, no caso de tributação exclusiva na fonte em que o beneficiário é domiciliado no exterior, quando a fonte paga rendimentos sem o desconto do imposto devido, deverá haver o reajustamento do respectivo rendimento bruto para efeito da determinação da base de cálculo do lançamento de ofício.

A autoridade Fiscal cita e traz à colação trecho da ementa do Acórdão CARF nº 2402006.047, de 6 de março de 2018, (processo nº 16.327.720550/2013-29); do Acórdão do 104.18.034, da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes (processo nº 10.768.021554/00-32) e do Acórdão nº 102-47.745, da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes (processo nº 13808.005601/98-51).

Do Lançamento

Dada a divergência entre a base de cálculo do IRRF apurada pelo contribuinte e a apurada segundo a legislação tributária apresentada, elaborou-se a planilha denominada "Ganho de Capital", anexada a este Termo de Verificação Fiscal, a partir dos dados declarados pelo contribuinte e nas respostas à intimação.

Da ciência da autuação.

A contribuinte tomou ciência das autuações em 15/12/2021 por acesso à sua caixa postal conforme Termo às fls. 828.

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento tributário (fls. 833), propugnando pela sua nulidade e também pela sua improcedência, apresentando vários argumentos, os quais foram muito bem sintetizados no relatório da decisão recorrida, pelo que também o trago transcrito em parte (fls. 1224):

A contribuinte argumenta que:

- O auto de infração originário dos presentes autos é nulo por ausência de certeza e liquidez, haja vista que a Autoridade Fiscal promoveu o reajustamento da base de cálculo do IRRF de forma indevida.

- Tal metodologia não é aplicável nos casos em que a fonte pagadora não tenha assumido expressamente o ônus financeiro do tributo (pela via contratual, como exposto no exemplo acima) e, menos ainda, quando o IRRF é descontado do valor pago ao não-residente, haja vista que, nessas hipóteses, não há incremento à renda ou ao provento passível de tributação.

- Em face de todo o exposto, resta claro que o reajustamento da base de cálculo, ou gross up, somente é aplicável:

- (a) nos casos em que a fonte pagadora assume o ônus do imposto devido pelo beneficiário e, ainda,

- (b) nas hipóteses em que não se demonstre que o valor pago ao não-residente já estava líquido do imposto, já que, somente nesses casos, o imposto recolhido deve ser acrescido aos rendimentos auferidos pelo não residente, sendo parte da renda tributável deste;

- No caso concreto, todavia, a Autoridade Fiscal deixou de observar a ocorrência de tais pressupostos fáticos para aplicação do artigo 725 do RIR/99, tendo, por conseguinte, promovido o reajustamento da base de cálculo do IRRF de forma indevida;

- Referido dispositivo (que se fundamenta no artigo 5º da Lei nº 4.154/62) prevê que, nos casos em que a fonte pagadora assumir o ônus pelo pagamento do imposto devido pelo beneficiário, a importância paga, creditada, remetida ou entregue será considerada líquida, cabendo, assim, o reajustamento do rendimento bruto que servirá de base para o cálculo do tributo (ou gross up):

- Assim, imaginando-se o exemplo hipotético em que o rendimento bruto do não-residente seja de R\$ 1.000,00, e a alíquota do IRRF seja de 15%, a fonte reteria e recolheria ao Fisco brasileiro R\$ 150,00, repassando ao beneficiário, no exterior, a parcela de R\$ 850,00.

- No entanto, contratualmente, as partes do negócio podem determinar, por exemplo, o pagamento do valor integral de R\$ 1.000,00, determinando, ainda, que o ônus financeiro do tributo seja efetivamente suportado pela fonte pagadora. Neste

caso, o pagamento o tributo pela fonte pagadora passa a ser parte do "preço do negócio", pois ela não é a contribuinte titular do rendimento.

- Em tal hipótese, o imposto se converterá em parte do rendimento do não-residente, devendo, desta forma, compor a base de cálculo do IRRF, o que se dá mediante a aplicação da seguinte fórmula (reproduzida no próprio TVF):

[...]

- Assim, o imposto retido, recolhido e financeiramente suportado pela fonte pagadora passaria a compor a base de cálculo do IRRF. Reajustada a base, o IRRF devido passaria a R\$ 176,47, e não mais os R\$ 150,00 do exemplo inicial.

- Contudo, tal metodologia não é aplicável nos casos em que a fonte pagadora não tenha assumido expressamente o ônus financeiro do tributo (pela via contratual, como exposto no exemplo acima) e, menos ainda, quando o IRRF é descontado do valor pago ao não-residente, haja vista que, nessas hipóteses, não há incremento à renda ou ao provento passível de tributação.

DO REAJUSTAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO IRRF INCIDENTE SOBRE O VALOR DO RESGATE DAS AÇÕES PREFERENCIAIS DA COMPANHIA SÃO JOSÉ.

- Em primeiro lugar, é importante observar que a Autoridade Fiscal promoveu o reajustamento da base de cálculo do IRRF considerando não só o ganho de capital que entendeu (equivocadamente) ter sido auferido pelos investidores estrangeiros na operação de incorporação das ações, mas também pelo valor pago em dinheiro pelo resgate das ações preferenciais dessa mesma sociedade. Explica-se.

- Não obstante a própria Autoridade Fiscal tenha calculado o ganho de capital apurado no resgate das ações preferenciais e na incorporação de ações de forma individualizada para fins de reajustamento da base de cálculo do IRRF, contraditoriamente, considerou a somatória de ambos os valores.

- Para fins ilustrativos, vale reproduzir o cálculo promovido pela Autoridade Fiscal para apuração do suposto ganho de capital auferido pela Abu Dhabi Retirement Pensions and Benefit Fund (CNPJ nº 97.538.843/0001-88):

[...]

- Como se pode notar, partindo da planilha apresentada no curso do procedimento fiscal pela própria Impugnante ("doc_comprobatorio40"), na qual já havia sido discriminado o ganho de capital referente ao resgate das ações preferenciais da Companhia São José no valor de R\$ 3.830.126,25, a Autoridade Fiscal, adotando a premissa equivocada de que o recebimento das ações ordinárias da Impugnante pelo investidor estrangeiro também teria implicado em ganho de capital, apurou de forma apartada a base do IRRF supostamente devido em razão dessa operação, no valor de R\$ 3.637.979,17.

- Contudo, essa mesma metodologia não foi adotada para o reajustamento da base de cálculo do IRRF, como se observa a partir do próprio TVF e da planilha "Ganho de Capital" que instruiu o auto de infração. Nesse sentido, veja-se, uma vez mais, o cálculo do suposto ganho de capital do investidor Abu Dhabi Retirement Pensions and Benefit Fund:

[...]

- Como se observa acima, a Autoridade Fiscal considerou a somatória (R\$ 7.468.105,42) do valor do resgate das ações preferenciais (R\$ 3.830.126,25) e do suposto ganho de capital decorrente do recebimento das ações ordinárias da

Impugnante (R\$ 3.637.979,17) para promover o reajustamento da base de cálculo do IRRF devido.

- Para fins ilustrativos, vale demonstrar o cálculo promovido pela Autoridade Fiscal a partir da fórmula reproduzida no tópico anterior:

[...]

- Pois bem. Como exposto, o reajustamento da base de cálculo do IRRF, nos termos do artigo 725 do RIR/99, somente seria cabível se os valores remetidos ao exterior não tivessem sido

descontados do imposto devido, caso contrário, a aplicação desse dispositivo se esvaziaria de sentido, haja vista a inexistência de signo de riqueza adicional passível de tributação - i.e., a impossibilidade de presunção de acréscimo tributável ao "preço do negócio".

- É justamente esse o caso dos autos. Como se verifica do "Aviso aos Acionistas", de 22/03/2017, reproduzido no próprio TVF, os investidores estrangeiros receberam o valor referente ao resgate das ações preferenciais da Companhia São José líquido do IRRF:

[...]

- No lugar de aplicar a regra específica existente no ordenamento jurídico para viabilizar o reconhecimento de resultados tributáveis quando da alienação de bens registrados como investimentos, as Autoridades Fiscais aplicaram dispositivo legal que não possui nenhuma conexão com a realidade dos fatos ocorridos em 2016. O "erro de direito" cometido pela Fiscalização guarda uma gravidade tão relevante que a jurisprudência vinculante do STJ (em sede de Recursos Repetitivos) dispõe que não é possível modificar o Auto de Infração caso constatada a existência de "erro de direito". Dessa forma, a única conclusão possível é que o presente Auto de Infração é integralmente nulo, devendo ser imediatamente cancelado.

- É importante destacar que, quando foi conveniente, a Autoridade Fiscal se pautou no "Aviso aos Acionistas" para fundamentar o suposto equívoco da Impugnante no cálculo do ganho de capital auferido pelos investidores estrangeiros, mas, paradoxalmente, não o fez para afastar a aplicação do artigo 725 do RIR/99 sobre o valor do resgate das ações preferenciais da Companhia São José.

Importante destacar, também, que a própria Autoridade Fiscal atestou que o IRRF foi de fato retido e recolhido pela Impugnante, já que descontou os valores pagos da base de cálculo do imposto apurado nos presentes autos, como se observa da coluna 'T' da Planilha "Ganho de Capital" que instruiu o auto de infração. Veja-se:

[...]

Com efeito, para que possa mensurar o impacto do equívoco cometido pela Autoridade Fiscal no valor autuado, vale adotar como exemplo, novamente, o cálculo do ganho de capital da Abu Dhabi Retirement Pensions and Benefit Fund. Veja-se.

Caso a Autoridade Fiscal tivesse promovido somente o reajustamento da base de cálculo do suposto ganho de capital decorrente da incorporação de ações auferido por esse investidor estrangeiro, em vez do IRRF no montante de R\$ 1.531.836,91 apurado nos presentes autos, o valor do imposto supostamente devido seria de R\$ 1.212.659,72:

[...]

- Para fins didáticos, vale consignar o comparativo detalhado entre os cálculos promovidos pela Autoridade Fiscal e o procedimento que deveria ter sido adotado para fins de reajustamento da base de cálculo do IRRF:

[...]

Frise-se que esse equívoco (demonstrado apenas a título ilustrativo a partir do exemplo acima) ocorreu em relação a todos os investidores estrangeiros que apuraram ganho de capital no resgate das ações preferenciais da Companhia São José, representando, assim, um elevado impacto no valor auçado.

- É importante destacar, por fim, que a jurisprudência do E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF") é uníssona, no sentido de que a ausência de desconto do IRRF é condição sine qua non para a aplicação do artigo 725 do RIR/99. Nesse sentido, vale destacar, a título exemplificativo, o seguinte julgado, proferido em demanda análoga à presente:

"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 nº 2402-006.047 - sessão de 06/03/2018 - g.n.)

- A posição assente do E. CARF acerca da impossibilidade de reajustamento da base de cálculo do IRRF nos casos em que o imposto é descontado do valor remetido ao exterior foi, inclusive, corroborada pela própria Autoridade Fiscal, como se observa do seguinte trecho do TVF:

[...]

Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, resta evidente o equívoco da Autoridade Fiscal ao reajustar a base de cálculo do IRRF devido sobre o resgate das ações preferenciais da Companhia São José, uma vez que o imposto foi devidamente descontado pela Impugnante dos valores pagos aos investidores não-residentes.

DO INDEVIDO REAJUSTAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO IRRF INCIDENTE SOBRE O SUPOSTO GANHO DE CAPITAL DECORRENTE DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

É importante destacar a improcedência da assertiva constante da fl. 815 dos autos no sentido de que por meio do "Aviso aos Acionistas" a Impugnante teria reconhecido seu dever de retenção do IRRF.

Afinal, conforme exposto, por meio desse comunicado a Impugnante noticiou a retenção do IRRF incidente tão somente sobre o ganho de capital auferido pelos acionistas não-residentes em razão do resgate das ações preferenciais da Companhia São José. Veja-se:

[...]

- Na realidade, ao contrário do que faz crer a Autoridade Fiscal, não há no "Aviso aos Acionistas" qualquer assunção expressa do ônus financeiro do IRRF sobre o suposto ganho de capital decorrente da incorporação de ações - até porque, frise-se, a Impugnante não entendia (e não entende) que a operação em questão seja passível de tributação pelo Imposto de Renda.

Tanto é assim, que no tópico do "Aviso aos Acionistas" destinado a tratar da substituição das ações ordinárias da Companhia São José não há qualquer menção ao

tratamento tributário dispensado à operação (diferentemente do que ocorreu com o resgate das ações preferenciais):

[...]

Fato é que, em nenhum dos documentos relacionados à reorganização societária, o Impugnante assumiu expressamente o ônus de retenção e recolhimento do imposto supostamente incidente sobre a incorporação de ações - condição necessária, nos termos da lei, para que se imponha o reajustamento da base de cálculo.

Nesse sentido, vale consignar que a Câmara Superior de Recursos Fiscais ("CSRF") já se manifestou no sentido de que o reajustamento da base de cálculo somente é devido diante de assunção expressa, pela fonte pagadora, do ônus financeiro do imposto. É o que se depreende da ementa do Acórdão nº CSRF/01-02.257, que assim dispõe:

"Outrossim, a assunção do ônus do imposto de fonte deriva da vontade das partes e não pode ser presumida pela simples falta de retenção, ante a ausência de autorização legal nesse sentido, devendo a opção ser comprovada pelo fisco com base em prova convincente."

A ausência de retenção e recolhimento verificada em lançamento de ofício não é, assim, razão suficiente para que se entenda e se presuma que, para fins legais, o ônus do imposto foi assumido pela fonte pagadora (que no caso seria, supostamente, a Impugnante).

De fato, o expediente adotado pela Autoridade Fiscal acaba por resultar na atribuição, às ações da Impugnante, de valor superior ao efetivamente apurado, ampliando-se a base de cálculo de forma indevida e resultando, como consequência, na apuração de um ganho que não refletiria a realidade da operação, caso esta fosse tributável, o que se admita apenas por argumentar.

Assim, ante a ausência de assunção expressa do ônus financeiro do IRRF devido no suposto ganho de capital decorrente da operação de incorporação de ações, também sob esse prisma, resta clara a improcedência do reajustamento promovido pela Autoridade Fiscal.

AUSÊNCIA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO FISCAL

- Em razão do indevido reajustamento na base de cálculo promovido pela Autoridade Fiscal, conforme exposto nos tópicos anteriores, pode-se facilmente notar que o auto de infração carece dos requisitos de liquidez e certeza, sem os quais fica constatada a nulidade do lançamento fiscal ora impugnado, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional ("CTN").

Ante todo o exposto, deverá esta E. Turma Julgadora declarar a nulidade da atuação fiscal ora combatida, a qual se encontra maculada pelos vícios da iliquidez e incerteza, haja vista o indevido reajustamento da base de cálculo do IRRF exigido nos presentes autos.

Ainda, na eventualidade de não ser declarada a nulidade do auto de infração (ou o seu cancelamento integral pelos argumentos que serão expostos nos tópicos seguintes), o que se admite apenas a título argumentativo, requer-se, ao menos, que seja determinada a redução da base de cálculo do IRRF, de modo que sejam expurgados os efeitos do reajustamento promovido indevidamente pela Autoridade Fiscal.

DO MÉRITO

DA NÃO TRIBUTAÇÃO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

A operação de incorporação de ações é uma operação atípica, pois não corresponde integralmente a uma incorporação de sociedade, na medida em que somente as consequências para os acionistas das sociedades incorporadas são idênticas, e nem pode ser confundida com um aumento ou integralização de capital, haja vista tratar-se de operação que se realiza somente entre sociedades, não havendo qualquer manifestação de vontade individualizada dos acionistas.

- Por essa razão, é necessário que seja feita a distinção entre os efeitos decorrentes da incorporação de ações (a) para as sociedades incorporadora e incorporada, bem como (b) para os acionistas desta última.

- EFEITOS PARA AS SOCIEDADES ENVOLVIDAS NA OPERAÇÃO

- No âmbito das sociedades que participam da operação de incorporação de ações, trata-se de efetiva aquisição de participação societária na sociedade incorporada por parte da sociedade incorporadora, sendo que a esta última caberá, como contraprestação pelas ações adquiridas, a entrega das ações de seu capital que couberem aos titulares das ações incorporadas.

Na incorporação de ações, adquire-se as ações da incorporada e tem-se como contraprestação o recebimento de ações da incorporadora (o que representa uma assunção de dívida para com os sócios).

No presente caso, o custo de aquisição para a sociedade incorporadora é o valor do capital aumentado e entregue aos titulares das ações incorporadas (assunção de dívida pela empresa), sendo tal custo desmembrado em valor do investimento pelo Método da Equivalência Patrimonial e ágio (devidamente suportado por um laudo de avaliação).

A substituição das ações decorrente da incorporação de ações não gera a apuração do ganho de capital para o acionista (em especial os estrangeiros, equiparados que são às pessoas físicas, sujeitas ao regime de caixa). Porém, isso não significa que o ganho atrelado às ações incorporadas não será um fato jurídico passível de tributação por ocasião alienação das ações recebidas em substituição, o que refuta a afirmação da Autoridade Fiscal.

EFEITOS PARA OS ACIONISTAS DA SOCIEDADE CUJAS AÇÕES SÃO INCORPORADAS

Analisando-se a operação de incorporação de ações sob a perspectiva do acionista, tem-se que o efeito verificado é o de verdadeira sub-rogação real ou substituição das ações da companhia incorporada, assim como ocorre em outras operações de concentração empresarial.

Com efeito, da perspectiva do ex-acionista da sociedade cujas ações foram incorporadas, houve a troca das ações incorporadas por ações emitidas pela sociedade incorporadora sem que este tenha concorrido para tal substituição, pelo fato de estar inerte na operação.

Fala-se, assim, na ocorrência de sub-rogação real na incorporação de ações, fenômeno que consiste na troca de uma coisa (ações da CETIP) por outra (ações da Impugnante), mantendo-se as mesmas relações jurídicas previamente existentes com relação ao bem substituído, permanecendo o acionista nas mesmas posições patrimonial e econômica verificada antes da operação

Não se trata, portanto, de alienação de ações realizada pelo acionista. Tal como apontado, o acionista nada transmite, mas apenas, passivamente, recebe as novas ações que lhe são devidas, conforme estabelecido na relação de troca de ações.

O próprio Fisco já admitiu a ocorrência de sub-rogação real em operações de reorganização societária na qual houve a substituição de títulos representativos de participações societárias por ações. De fato, veja-se o que restou decidido no Parecer Normativo CST nº 39/81:

"3.2. Como a define Pedro Nunes, a sub-rogação real ocorre no caso de substituição de uma coisa por outra, que fica em lugar da primeira com a transferência implícita, para o subrogado, de todos os direitos e ações do sub-rogante (Dicionário de Técnica Jurídica). Por outras palavras, um bem fica no lugar de outro, juridicamente, sem que o patrimônio, ou os patrimônios, tenham deixado de ser, em qualquer momento, universalidades, como ocorre nos casos mencionados de fusão, incorporação e cisão.

4. Deduz-se, daí, que o direito obtido em subscrição ou aquisição não se extingue com as citadas operações, mas, ao contrário, mantém-se em relação ao patrimônio que absorveu o primitivo. Desta forma, as quotas ou ações que venham a substituir títulos de participação societária, na mesma proporção das anteriormente possuídas, não podem ser consideradas novamente 'subscritas ou adquiridas', donde dever ser contada como data inicial do quinquênio aquela indicada no art. 4º, d, do Decreto-Lei nº 1.510/76." (g.n.)

Mencione-se, inclusive, que o citado parecer foi utilizado no Acórdão nº 105-17.322, de 12/11/2008, confirmado pela CSRF, pelo Acórdão nº 9101-001.677, de 16/05/2013. Nesse caso, embora se tratando de lucros no exterior, restou ratificado o entendimento expresso no parecer normativo em questão, especialmente no que se refere aos efeitos da sub-rogação:

"Como se observa claramente a transferência de titularidade dos bens vertidos mediante reorganização societária de cisão parcial (caso dos autos) não se dá por alienação, mas por versão do patrimônio e divisão do capital, o que representa juridicamente uma plena sucessão universal relativa aos elementos patrimoniais vertidos.

Assim, a versão dos elementos patrimoniais, no caso a participação societária na empresa Marília Investimentos LTD, não cria ou extingue direitos novos, apenas os transmite em sua integralidade em processo de sucessão.

(...)

Ainda, deixou de considerar a autoridade recorrida a existência de ato administrativo que a vincula e no qual estão apreciados os conceitos jurídicos e fiscais emanados dos processos de reorganização societária mediante utilização da cisão e da incorporação, que é o Parecer Normativo CST nº 39/81.

Nesse ato normativo, a autoridade administrativa da então Secretaria da Receita Federal (Parecer Normativo CST nº 39/81), ato que vincula as Delegacias de Julgamento, examinando os efeitos da reorganização societária perante o artigo 4º, 'd', do Decreto-lei nº 1.510/76, adotou definições que podem ser perfeitamente adotadas no presente julgamento, já que no caso examinado a cisão não interrompia o prazo e mantinha intactos os efeitos tributários em situação pendente de resolução no aguardo de evento futuro." (g.n.).

Isso só confirma o que foi exposto até agora pela Impugnante acerca da aplicabilidade do raciocínio desenvolvido no Parecer Normativo CST nº 39/81 para situações semelhantes, o que torna incorreta a afirmação da DRJ de que ato normativo em questão somente é aplicável para os casos em que houve incorporação de sociedades.

Isto posto, pode-se estabelecer que no caso concreto, analisado sob a perspectiva dos investidores não-residentes, houve a substituição das ações detidas na Companhia São José (em decorrência da incorporação das ações da CETIP) pelas novas ações de emissão da Impugnante, em fenômeno conhecido como sub-rogação real.

Não por outra razão, no protocolo em que as condições da operação foram delineadas, fala-se em "Relação de Troca" para determinar a proporção em que serão substituídas as ações da incorporada pela empresa incorporadora. Veja-se:

[...]

Em resumo, a incorporação de ações, operação atípica, revela efeitos diferentes para as pessoas que dela tomam parte, conforme sua natureza, da seguinte maneira:

(a) para a sociedade que incorpora as ações, tem-se verdadeira aquisição de participação societária e;

(b) para os acionistas, que têm suas ações trocadas independentemente de sua manifestação de vontade, existe uma sub-rogação real, que não gera qualquer disponibilidade sobre eventual ganho.

No que concerne às pessoas físicas, por específica disposição legal, aplica-se o chamado "regime de caixa", pelo qual somente se pode exigir o Imposto de Renda quando há efetiva disponibilidade de recursos financeiros (ou "disponibilidade econômica") para o seu pagamento. Veja-se, nesse sentido, o teor do parágrafo único do artigo 38 do RIR/99.

Desta feita, se não houve a realização da renda de modo que o numerário tenha sido efetivamente recebido pelo seu titular, não poderá haver a incidência do Imposto de Renda sobre os rendimentos das pessoas físicas. Qualquer tentativa de exação nesse sentido consistirá em afronta ao princípio da capacidade contributiva, na medida em que se exigirá que o contribuinte se desfaça de seu patrimônio, sacrificando-o, para que possa arcar com o ônus do tributo.

Com efeito, toda a sistemática de tributação da pessoa física, à qual os não-residentes estão sujeitos, é regida pelo regime de caixa, de modo que a tributação somente é devida quando da efetiva realização do ganho e do recebimento dos respectivos recursos financeiros. Portanto, na sub-rogação real ocorrida quando da incorporação de ações da CETIP, como não houve o efetivo recebimento de recursos financeiros pelos investidores não-residentes que detinham tais ações e passaram a deter ações da Impugnante, não há que se falar na realização de renda com base no conceito do regime de caixa, não havendo, por conseguinte, ganho de capital tributável.

No que diz respeito às ações preferenciais que foram resgatadas pelos investidores não-residentes quando da incorporação de ações, houve, conforme já destacado, a retenção e recolhimento do IRRF pela Impugnante, conforme ratificado pelo própria Autoridade Fiscal. Por ter havido, neste momento, a efetiva realização do ganho de capital dos investidores não-residentes, a Impugnante recolheu, na qualidade de responsável tributário, o IRRF por eles devido.

Note-se ainda que, na incorporação de ações, o acionista (investidor não-residente) "recebe" as novas ações independentemente de sua atuação.

Em outras palavras, o investidor permaneceu "inerte" no processo; simplesmente, recebeu novas ações da sociedade incorporadora (no caso, da Impugnante).

Nesse contexto, o investidor não-residente não deveria ter o seu custo de aquisição registrado como investimento estrangeiro junto ao Banco Central alterado. Tal custo de aquisição deveria permanecer o mesmo, sendo apenas atualizado em face da mudança do ativo (de ações da CETIP para ações da Impugnante).

Em resumo, na incorporação de ações, diferentemente do que ocorre em um aumento de capital com bens ou direitos, não há alteração no registro do investimento dos investidores não-residentes no Banco Central do Brasil (Bacen).

Deste modo, qualquer potencial ganho a ser apurado por tais investidores fica diferido para o momento em que estes efetivamente realizarem seu investimento, mediante a alienação das novas ações recebidas.

Trata-se de conclusão coerente com o fato de a tributação das pessoas físicas no Brasil seguir o regime de caixa: como não houve recebimento de recursos financeiros, mantém-se o custo de aquisição original (embora diluído nas novas ações recebidas em conformidade com a relação de substituição, nos termos do artigo 58, § 6º, da Instrução Normativa RFB nº 1.585/2015), devendo eventual ganho ser apurado quando o investimento for efetivamente realizado, mediante a alienação das novas ações recebidas na incorporação de ações.

Se o bem recebido em permuta tiver valor maior no mercado, em relação ao bem que foi dado em permuta, àquele deve ser atribuído o custo deste, porque este foi o único custo incorrido pelo permutante. Ocorre aí, para o permutante que recebeu bem de maior valor, o fenômeno de haver um acréscimo patrimonial meramente potencial, possível de ser obtido efetivamente apenas se, e quando, o bem recebido em permuta for alienado por preço maior do que o custo, pois a incidência tributária pressupõe ganho real e realizado.

Assim, decorre do princípio da realização da renda o fato de que uma permuta, tal como vem sendo entendido o seu tratamento fiscal, não gera efeito tributário (salvo a torna, quando existente e disponível), pois a eventual renda que ela pode propiciar ao permutante, que recebe bem mais valioso do que o do bem dado, é renda meramente potencial.

Neste sentido, a realização da renda confunde-se com a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de provento de qualquer natureza, de que trata o artigo 43 do CTN, pois essa aquisição marca o instante a partir do qual há acréscimo patrimonial e o imposto pode ser exigido.

Ressalte-se também que, nos termos do artigo 685 do RIR/99 estão sujeitos à incidência do IRRF os ganhos de capital "pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior".

Nenhum desses eventos ocorreu no presente caso, como se pode notar a partir da análise da definição de cada um desses conceitos, da lavra de Ricardo Mariz de Oliveira:

- Pagamento: "o pagamento é o ato de disponibilização, pelo devedor (que é a fonte pagadora, sujeito passivo por responsabilidade) ao credor (que é o contribuinte), da renda ou do provento cuja disponibilidade jurídica foi adquirida por este" ;
- Crédito: "o crédito em questão corresponde ao ato efetivo da fonte de colocar a renda ou o provento à disposição do respectivo beneficiário, para que ele receba o que lhe é devido no momento em que comparecer perante a fonte" ;
- Entrega: "a entrega reside no ato físico de passar o dinheiro do pagamento para as mãos do beneficiário ou de alguém por ele autorizado a receber" ;
- Emprego: "o emprego é a utilização do dinheiro do pagamento em alguma finalidade de interesse do beneficiário, correspondendo a um ato da fonte pagadora, de dar uso ao dinheiro em nome e por conta do beneficiário, geralmente sob instrução deste";
- Remessa: "a remessa consiste no envio de dinheiro para o beneficiário de um pagamento, sendo que esse termo geralmente é reservado para utilização quando se trata

de transferência de moeda para o exterior (ou de um país para outro), onde se encontra o beneficiário."

Em decorrência desse racional, e conforme já externado pelo fisco no Parecer Normativo CST nº 39/81, a substituição de ações não resulta na apuração de ganho de capital tributável, o que somente ocorrerá quando da efetiva alienação dessas ações.

Nesse sentido, os acionistas que efetivamente alienaram suas ações devem ter recolhido aos cofres públicos o Imposto de Renda incidente sobre eventual ganho de capital apurado.

Em razão disso, a Autoridade Fiscal não poderia cobrá-lo de forma duplicada em face da Impugnante, pautando-se meramente pelo seu novo e diverso entendimento acerca do momento de ocorrência do fato gerador do tributo em operações desta natureza, sem ter verificado a ocorrência do referido recolhimento do Imposto de Renda quando da efetiva alienação das ações.

Assim, a Impugnante requer a esta E. Turma Julgadora, desde já, que, caso não sejam acolhidos os argumentos anteriores, suficientes para o cancelamento integral da autuação fiscal (o que se admite por argumentar), que se determine a realização de diligência fiscal, nos termos do inciso IV do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72, a fim de que seja comprovada a tributação do ganho de capital apurado pelos investidores não-residentes quando da efetiva alienação de suas ações da Impugnante, sob pena de cobrança em duplicidade do imposto exigido no presente processo administrativo.

Ademais, tendo em vista que não houve alteração no registro do investimento dos investidores não-residentes no Bacen, conforme apontado, não haveria razão para que fossem considerados custos diferentes dos que já foram apresentados à Autoridade Fiscal.

Assim, qualquer que seja o valor de alienação das ações da Impugnante que exceder o custo de aquisição das ações da CETIP, haverá dupla tributação sobre o mesmo montante, situação que não pode ser admitida.

Justamente por isso, o lançamento fiscal, na forma como foi constituído, poderá configurar nítido enriquecimento sem causa da União.

Ainda que na operação de incorporação de ações ora analisada se verificasse ganho de capital tributável, o que se alega apenas a título argumentativo, o Imposto de Renda supostamente devido só poderia ser exigido dos respectivos contribuintes (no presente caso, dos investidores não-residentes) - mas jamais da Impugnante - pois a responsabilidade prevista no artigo 26 da Lei nº 10.833/2003 apenas se aplica às hipóteses em que é possível o imediato ressarcimento, ao responsável tributário, do ônus financeiro do tributo.

No presente caso, conforme já mencionado, a Autoridade Fiscal imputou à Impugnante a responsabilidade pelo recolhimento do imposto supostamente devido por investidores não-residentes, em razão da incorporação das ações da CETIP. Verifica-se no TVF que a suposta "responsabilidade" foi fundamentada no artigo 26 da Lei nº 10.833/2003.

De acordo com as regras que regem a responsabilidade tributária, as quais foram exaustivamente demonstradas, não há dúvidas de que o artigo 26 da Lei nº 10.833/2003 só é aplicável aos casos em que há ganho de capital decorrente da alienação de bens com pagamento em dinheiro passível de retenção, de modo que o citado dispositivo jamais poderia ter sido utilizado para fundamentar a autuação ora combatida.

De fato, no presente caso não há qualquer pagamento em dinheiro, por parte da Impugnante, que possibilite a "retenção" do imposto devido. O que houve foi mera substituição de ações e, obviamente, não se pode reter ações para fins do pagamento de tributos (ou seja, não seria juridicamente possível entregar parte das ações à União como forma de pagamento de IRRF).

Admitir a possibilidade de retenção de parte das ações da sociedade incorporadora, para o pagamento do Imposto de Renda supostamente devido, teria como consequência tornar a União uma sócia desta sociedade (ora Impugnante), o que torna evidente o descabimento da referida tributação.

A própria retenção de ações não seria possível, tendo em vista que o inciso I do artigo 224 da LSA determina a substituição integral das ações detidas pelos acionistas, vedando, portanto, eventual retenção das ações objeto da operação. Em outras palavras, a LSA exige que seja entregue ao acionista a totalidade das ações previstas nas deliberações societárias aplicáveis. No mesmo sentido, o § 3º do artigo 252 da LSA determina que, aprovada a operação de incorporação de ações, "os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem".

Dessa forma, ao se exigir que a Impugnante pague, utilizando o seu próprio "caixa" e sem qualquer possibilidade de retenção ou reembolso, o Imposto de Renda supostamente devido por terceiros, a Autoridade Fiscal, em última análise, transferiu o ônus financeiro a quem não é contribuinte do tributo, o que representa verdadeira subversão de todos os princípios que devem reger a ordem tributária no Estado de Direito.

Justamente por isso essa E. Turma Julgadora não poderá admitir o entendimento da Autoridade Fiscal no sentido de que o artigo 26 da Lei nº 10.833/2003 autorizaria o avanço sobre o patrimônio da Impugnante, para cobrança de Imposto de Renda incidente sobre rendimentos auferidos por terceiros, em operação de incorporação de ações na qual não há qualquer manifestação de capacidade contributiva por parte da Impugnante. Definitivamente, não pode ser mantido tamanho despropósito, que afronta os dispositivos legais e constitucionais que regem a tributação.

Diante do exposto, ainda que os investidores não residentes tivessem auferido ganho de capital tributável na operação de incorporação de ações ora analisada, o que se alega ad argumentandum, é certo que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto jamais poderia ter sido atribuída à Impugnante, pois o ônus do tributo somente pode ser suportado pelo contribuinte e no presente caso não existe a disponibilidade de dinheiro passível de retenção, mas tão somente a pretensão, pela Autoridade Fiscal, de consumo do patrimônio da Impugnante, motivo pelo qual se requer a essa E. Turma Julgadora o cancelamento da autuação fiscal ora impugnada.

DA ISENÇÃO APLICÁVEL AOS INVESTIDORES 4.373

Nos termos do artigo 90 da Instrução Normativa SRF nº 1.585, de 31 de agosto de 2015, os Investidores 4.373 não estão sujeitos à tributação pelo Imposto de Renda com relação aos ganhos de capital auferidos em operações realizadas em bolsa de valores.

"Art. 90. Não estão sujeitos à incidência do imposto sobre a renda os ganhos de capital auferidos pelos investidores estrangeiros de que trata o art. 88. § 1º Para efeitos do disposto neste artigo consideram-se ganhos de capital, os resultados positivos auferidos:

I - nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, inclusive quando se tratar de alienação de cotas de fundos de índice, a que se refere o inciso I do caput do art.27, com exceção das operações conjugadas de

que trata o inciso I do caput do art. 47; (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB n.º 1637, de 09 de maio de 2016)

II - nas operações com ouro, ativo financeiro, fora de bolsa.

§ 2º Não se aplica aos ganhos de capital de que trata este artigo a igualdade de tratamento tributário entre residentes no País e não residentes, prevista no art. 18 da Lei nº 9.249, de 1995. "

Neste particular, registre-se que os ativos recebidos pelos Investidores 4.373 apresentavam igual natureza e tratamento tributário das ações da CETIP anteriormente detidas, ou seja, as ações recebidas também eram detidas nos termos da Resolução CMN nº 4.373/14 e sua alienação futura em bolsa de valores estaria igualmente isenta de tributação pelo Imposto de Renda. Daí porque, é elementar concluir que, a despeito das discussões quanto à amplitude da isenção aplicável aos ganhos auferidos por investidores não-residentes em operações realizadas em bolsa de valores, os supostos ganhos auferidos pelos Investidores 4.373 quando da incorporação de ações estão igualmente isentos de tal tributo, nos termos da legislação em vigor.

Deve, assim, esta E. Turma Julgadora reconhecer como descabida a tributação exigida relativamente aos Investidores 4.373, cancelando-se o auto de infração ora combatido, sob pena de (a) se contrariar o histórico intuito do legislador de fomentar os investimentos estrangeiros nos mercados financeiro e de capitais brasileiros, especialmente o mercado de ações pátrio, através da criação de mecanismos regulatórios próprios e a concessão de tratamento fiscal privilegiado, e (b) atribuir aos Investidores 4.373 tratamento tributário oneroso em operação na qual participou involuntariamente e, principalmente, que não alterou a natureza de seu investimento e os correspondentes regimes regulatório e fiscal, porquanto, como mencionado, o objetivo de tais Investidores 4.373 - antes e depois da incorporação de ações - era o de alcançar a rentabilidade de seus investimentos no mercado de ações brasileiros (abarcados pela isenção relatada) e não através da acidental permuta de ativos quando da incorporação de ações.

AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Na eventualidade de o auto de infração não ser cancelado com base nos argumentos expostos nos tópicos anteriores -, o que se admite apenas por argumentar, faz-se necessário esclarecer que o reajustamento da base de cálculo do IRRF realizado pela Autoridade Fiscal também não merece prevalecer em razão de afronta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como o próprio conceito de tributo definido pelo artigo 3º do CTN.

IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE IRRF SOBRE O SUPOSTO GANHO DE CAPITAL APURADO POR INVESTIDORES RESIDENTES NO JAPÃO, NA BÉLGICA E EM PORTUGAL - APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO

A partir da planilha "Ganho de Capital" que instruiu o auto de infração, a Autoridade Fiscal exigiu IRRF sobre o suposto ganho de capital apurado por investidores residentes no Japão, na Bélgica e no Canadá. É o que se verifica, a título exemplificativo, pelas linhas destacadas a seguir:

[...]

Conforme constou na planilha "doc_comprobatorio40" que instruiu a resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 07 (fls. 655/6559), apresentada em 08/10/2021, os ganhos de capital auferidos pelos investidores estrangeiros residentes em tais países de

fato não estão sujeitos à retenção do IRRF - tanto é que não houve o recolhimento sobre o resgate das ações preferenciais.

Isso, por força da aplicação das convenções para evitar a dupla tributação internacional da renda firmadas entre o Brasil e esses países, que determinam que a tributação de eventuais ganhos de capital decorrente de alienação de ações de sociedades brasileiras (e outras operações análogas) ocorrerá exclusivamente no país do beneficiário do rendimento.

Frise-se, desde já, que não há uma única linha sequer no TVF destinada a tratar do tema. Igualmente, não houve qualquer questionamento sobre esse ponto no curso do procedimento fiscal, a despeito, frise-se, de a Impugnante ter apresentada planilha em que demonstrou de forma expressa a ausência de retenção e recolhimento do IRRF sobre o ganho de capital apurado pelos investidores estrangeiros em razão do resgate das ações preferenciais.

O que se verifica é que a Autoridade Fiscal se limitou a incluir os investidores residentes nesses países na planilha "Ganho de Capital" sem tecer qualquer esclarecimento adicional na coluna "IR Devido", destinada justamente a listar os valores de IRRF que haviam sido anteriormente retidos e recolhidos pela Impugnante em decorrência do ganho de capital apurado no resgate das ações preferenciais.

Ao assim fazer, a Autoridade Fiscal, em verdade, acabou por ratificar o tratamento tributário adotado pela Impugnante quanto ao ganho de capital auferido no resgate das ações preferenciais - i.e., a ausência de retenção do imposto sobre os ganhos de capital auferidos pelos investidores localizados no Japão, na Bélgica e em Portugal.

Apesar disso, de forma inexplicável - e, ressalte-se, sem qualquer esclarecimento adicional no TVF ou na planilha que instruiu o auto de infração -, a Autoridade Fiscal incluiu os supostos ganhos de capital auferidos por esses investidores na apuração da base de cálculo do IRRF.

Essas constatações conduzem a somente duas conclusões possíveis:

(a) a Autoridade Fiscal ratificou o tratamento tributário adotado pela Impugnante e se equivocou ao incluir os supostos ganhos de capital apurados pelos investidores residentes no Japão, na Bélgica e em Portugal na apuração da base de cálculo do IRRF, o que corrobora os vícios de iliquidez e incerteza listados nos tópicos preliminares da presente peça impugnatória, e portanto, conduzem à nulidade do lançamento fiscal ou

(b) a Autoridade Fiscal discorda do tratamento tributário adotado pela Impugnante, porém deixou de fundamentar os motivos pelos quais entendeu que os ganhos de capital auferidos pelos investidores localizados nesses países estariam submetidos à incidência do IRRF, o que igualmente conduziria à nulidade do lançamento fiscal por vício de motivação.

Assim, requer-se, desde já, a nulidade dos autos de infração

(a) por vício de incerteza e iliquidez, também consubstanciado pelo equívoco da Autoridade Fiscal na inclusão dos supostos ganhos de capital apurados pelos investidores residentes no Japão, na Bélgica e em Portugal na base de cálculo do IRRF ou

(b) por vício de motivação, ante a ausência de qualquer fundamento no TVF para a tributação desses valores.

Caso assim não se entenda e, ainda, na eventualidade de improcedência dos argumentos desenvolvidos nos tópicos anteriores - o que se admite apenas por

argumentar -, requer-se que esta E. Turma Julgadora reconheça a impossibilidade de incidência do IRRF sobre os supostos ganhos de capital auferidos pelos investidores residentes no Japão, na Bélgica e em Portugal, por força da aplicação das convenções internacionais celebradas entre o Brasil e esses países

DA IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DA MULTA EM CASO DE DÚVIDA.

Além dos argumentos já expostos, vale frisar que, caso se decida pela manutenção dos lançamentos que deram origem a este processo (o que se admite apenas por argumentar), e a decisão não seja proferida por unanimidade de votos, isto é, decorra de julgamento com divergência entre os Julgadores, é razoável considerar que há, no mínimo, dúvida quanto à ocorrência da infração.

Todavia, a exigência de valores a título de penalidades não se coaduna com a dúvida, conforme se afere do artigo 112 do CTN, segundo o qual "A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: (...)".

Nesse sentido, o entendimento de Luís Eduardo Schoueri⁷¹, que, fazendo alusão às infrações, assevera que "não poderá prevalecer o tratamento mais gravoso decidido por estreita maioria - ou, ainda mais evidente, pelo voto de qualidade - deixando de lado a dúvida objetivada pelo entendimento da minoria".

Deste modo, caso reste inequívoca a presença da dúvida quanto à correção das autuações originárias do presente processo, requer-se que essa E. Turma Julgadora reconheça, ao menos, a impossibilidade de se manter a exigência quanto à multa de ofício aplicada nos presentes autos.

A impugnante finaliza a impugnação pedindo:

a) O conhecimento e o provimento da presente Impugnação, seja pela preliminar de nulidade arguida, seja pelas razões de mérito suscitadas, para, de imediato, cancelar-se integralmente o auto de infração lavrado em face da Impugnante, extinguindo-se a totalidade dos créditos tributários exigidos.

b) Caso não seja determinado o cancelamento integral dos lançamentos tributários, o que se alega apenas a título argumentativo, requer-se, subsidiariamente, que:

1) seja reduzida a base de cálculo do IRRF discutido nos presentes autos, em razão do reajustamento indevido da base de cálculo;

2) seja reconhecida a impossibilidade de incidência do IRRF sobre os supostos ganhos de capital apurados pelos investidores localizados no Japão, na Bélgica e em Portugal, em razão da aplicação das Convenções firmadas pelo Brasil com esses países;

3) seja reconhecida a impossibilidade de exigência da multa no caso de dúvida e;

4) seja determinada a conversão do julgamento em diligência, nos termos do inciso IV do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72, para que seja comprovada a tributação do ganho de capital apurado pelos investidores não-residentes quando da efetiva alienação de suas ações da Impugnante.

Em 17/03/2022, conforme Termo de Análise de Solicitação de Juntada às fls. 1081 vieram aos autos a petição de fls. 1082 a 1086 acompanhada da documentação de fls. 1087 a 1126.

A referida impugnação foi julgada parcialmente procedente por meio do acórdão ora recorrido (fls. 1204), pelo qual foram afastadas todas as alegações de nulidade e foram afastadas quase todas as alegações contrárias à exigência tributária, com exceção da alegação de isenção em razão dos tratados para evitar a bitributação que o Brasil celebrou com o Japão, com a Bélgica e com Portugal, bem como a alegação de necessidade de recalcular a base de cálculo relativa às aquisições em que o beneficiário arcou com o ônus do tributo, revertendo-se o procedimento de *gross up*. Tais exonerações alcançaram o montante de R\$ 107.177.366,70 (fls. 1203), o que levou a Turma Julgadora a apresentar recurso de ofício.

O contribuinte apresentou, em seguida, o recurso voluntário de fls. 1276, trazendo os argumentos assim sintetizados:

- i) a decisão recorrida seria nula em razão de ter deixado de apreciar o argumento trazido na impugnação, no tópico II.2.5 ("Ad Argumentandum - Da Isenção Aplicável aos Investidores 4.373"), pelo qual se pediu a exoneração da parcela da exigência tributária relativa ao alegado ganho de capital dos investidores denominados 4.373;
- ii) a decisão recorrida seria nula em razão de ter deixado no fato de esta ter reconhecido que a base de cálculo do IRRF sobre a parcela do ganho de capital relativa ao pagamento em dinheiro das ações preferenciais não deveria ser ajustada pelo valor líquido (*gross up*) e, apesar disso, não ter feito o mesmo em relação à parcela relativa à permuta de ações, o que caracterizaria ausência de liquidez e certeza da decisão;
- iii) em uma operação de incorporação de ações, não deve haver tributação por ganho de capital dos titulares das ações incorporadas, pois estas são apenas substituídas em formato de uma sub-rogação real;
- iv) a tributação do IRRF em tela não é devida, pois a tributação de não residentes deve atender ao regime de caixa, o que implica dizer que somente existe incidência do tributo quando houver efetiva disponibilidade financeira do alegado ganho e isso não aconteceu na espécie;
- v) a manutenção da autuação fiscal pode resultar em potencial dupla tributação sobre o ganho de capital, uma vez que, como os investidores não residentes não alteraram o registro dos seus investimentos no BACEN após a operação de incorporação de ações, em futuras alienações destes ativos, no caso de o valor de alienação exceder o custo de aquisição, este seria duplamente tributado;
- vi) não é cabível a aplicação do artigo 23 da Lei nº 9.249/1995 ao presente caso, ao contrário do que afirmou a fiscalização;
- vii) não é cabível a aplicação do artigo 26 da Lei nº 10.833/2003 para responsabilizar a empresa autuada pela retenção na fonte do Imposto de Renda, pois ele só é aplicável aos casos em que o ganho de capital é decorrente da alienação de bens com pagamento em dinheiro, pois somente este é passível de retenção;
- viii) deve ser dado ao presente caso o mesmo tratamento dos investidores 4.373, pois estão em situações equivalentes, a menos de o negócio não ter sido realizado no ambiente da bolsa de valores;
- ix) deve ser afastado o ajuste da base de cálculo do IRRF ao valor líquido do benefício (*gross up*), pois esse procedimento fere a razoabilidade e a proporcionalidade;

- x) deve ser aplicado o artigo 112 do CTN para afastada a presente exigência de multa isolada caso a decisão do Colegiado sobre o seu recurso não seja unânime, pois uma decisão não unânime comporta uma dúvida;
- xi) deve ser negado provimento ao recurso de ofício com fundamento nos fundamentos apontados na impugnação.

A Fazenda Nacional apresentou a petição de fls. 1467, trazendo argumentos contrários à exoneração parcial do crédito tributário, objeto do recurso de ofício, e trazendo contrarrazões ao recurso voluntário.

Os argumentos das partes serão detalhados e apreciados no voto que se segue.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, Relator.

Devido à pluralidade de recursos, este voto será seccionado de acordo com as peças recursais, iniciando com o Recurso Voluntário, o qual possui espectro mais amplo.

1 Recurso Voluntário (fls. 1276)

A empresa autuada foi cientificada da decisão de primeira instância em 02/01/2023 (fls. 1272) e o seu recurso voluntário foi apresentado em 31/01/2023 (fls. 1274). Assim, o recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, pelo que passo a conhecê-lo.

O recorrente inicia sua defesa inquinando a decisão recorrida de duas nulidades.

A primeira nulidade apontada pelo recorrente estaria no fato de a decisão recorrida ter deixado de apreciar o argumento trazido na impugnação, no tópico II.2.5 ("Ad Argumentandum - Da Isenção Aplicável aos Investidores 4.373"), pelo qual se pediu a exoneração da parcela da exigência tributária relativa ao alegado ganho de capital dos investidores denominados 4.373.

De fato, o recorrente trouxe em sua impugnação o argumento de que alguns dos acionistas da CETIP seriam isentos do ganho de capital apontado pela fiscalização, em razão de estarem enquadrados na Resolução CMN nº 4.373/2014, conforme o seguinte excerto (fls. 914):

Na hipótese de esta E. Turma Julgadora vir a considerar que a incorporação de ações ora analisada resultou na apuração de ganho de capital tributável para os então acionistas da CETIP, bem como que a Impugnante é a responsável tributária pelo recolhimento - o que se admite, novamente, apenas ad argumentandum, deve-se destacar que não há de se falar na incidência do Imposto de Renda sobre os ganhos supostamente auferidos pelos Investidores 4.373.

De fato, nos termos do artigo 90 da Instrução Normativa SRF nº 1.585, de 31 de agosto de 2015, os Investidores 4.373 não estão sujeitos à tributação pelo Imposto de Renda com relação aos ganhos de capital auferidos em operações realizadas em bolsa de valores, in verbis.

[...]

A despeito das inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a extensão da isenção em questão em razão da indefinição legal sobre a caracterização

das operações "realizadas em bolsas de valores", cumpre-nos analisar a adequação da aplicação em questão ao caso em análise.

Assim, o recorrente requer que seja aplicada a Instrução Normativa SRF nº 1.585/2015 ao presente caso, defendendo que a referida permuta de ações é equivalente a uma operação realizada em bolsa de valores.

Compulsando o acórdão recorrido, verifico que o seu Relatório possui um tópico específico para essa demanda (fls. 1240). Contudo, o voto do Relator não a abordou. A omissão apontada pelo recorrente é evidente.

O recorrente pede a anulação da decisão recorrida em razão dessa omissão e a PGFN, em suas contrarrazões defende que não há causa de anulação, pois a situação não possui congruência com as causas de nulidade previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972, conforme a seguinte transcrição (fls. 1478):

É importante lembrar que a validade dos atos praticados no âmbito do processo administrativo fiscal federal deve ser averiguada consoante o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235. de 1972. Isso porque são estes os dispositivos que disciplinam as nulidades que podem prejudicar a validade e a eficácia dos atos praticados no decorrer do processo administrativo fiscal federal. Confira-se:

[...]

Compulsando os autos, não se vislumbra o descumprimento de nenhum dos requisitos fixados no citado art. 59. Isso porque não houve atuação de pessoa incompetente e tampouco qualquer preterição no direito de defesa da contribuinte no presente processo administrativo.

Entendo que o argumento apontado pelo impugnante, em tese, pode infirmar a decisão final adotada, pois não é superado por nenhum outro fundamento daquela decisão. Nesse caso, a falta da exposição de fundamento fático e legal para a sua não consideração impede o recorrente de contraditar essa não consideração, vilipendiando o seu direito de defesa, restando-lhe apenas a arguição de nulidade.

Ademais, entendo que a manifestação da Turma Julgadora *a quo* sobre esse argumento é indispensável para evitar o risco de supressão de instância de julgamento e, assim, garantir o devido processo legal.

Com isso, voto por declarar a nulidade da decisão recorrida e determinar que os autos retornem para a Autoridade Julgadora *a quo*, para que seja prolatado novo acórdão de impugnação em que sejam apreciados todos os argumentos contidos naquela peça que sejam capazes de infirmar o lançamento tributário.

A apreciação do Recurso de Ofício fica prejudicada pela anulação da decisão que lhe deu ensejo.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque

Fl. 30 do Acórdão n.º 1201-006.312 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16327.721225/2021-93