



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16327.721225/2021-93
ACÓRDÃO	1201-007.595 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	24 de junho de 2026
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	B3 S.A. – BRASIL, BOLSA, BALCÃO
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2022

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE RECURSO DE OFÍCIO. ANULAÇÃO.

Cabe a anulação da decisão de primeira instância quando não houver declaração expressa acerca da apresentação de recurso de ofício, sempre que presentes as condições para o reexame necessário, nos termos do artigo 34 do Decreto n. 70.235/72.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para anular a decisão de primeira instância, devolvendo o processo à origem para que seja realizado novo julgamento. Vencido o Conselheiro Renato Rodrigues Gomes, que votou por converter o julgamento em diligência, a fim de que a unidade de origem sanasse o vício de falta de interposição do Recurso de Ofício.

Assinado Digitalmente

Raimundo Pires de Santana Filho – Relator

Assinado Digitalmente

Nilton Costa Simões – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Isabelle Resende Alves Rocha, Lucas Issa Halah, Marcelo Antonio Biancardi, Renato Rodrigues Gomes, Raimundo Pires de Santana Filho e Nilton Costa Simões (Presidente).

RELATÓRIO

Da Autuação e da Impugnação

Trata o presente de Recurso Voluntário, às fls. 1.664/1.772, apresentado em face do acórdão nº 107-027.467, exarado pela 15ª Turma da DRJ07, em 14 de abril de 2025, às fls. 1.574/1.656, que julgou procedente em parte a Impugnação apresentada pelo B3 S.A. – BRASIL, BOLSA, BALCÃO (doravante denominado B3 S.A.), às fls. 833/937, contra Auto de Infração lavrado pela Delegacia Especial de Instituições Financeiras – Deinf/SP, às fls. 793/821, através do qual foi constituído o Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF abaixo relacionado, no montante R\$ 499.529.750,51 (quatrocentos e noventa e nove milhões, quinhentos e vinte e nove mil, setecentos e cinquenta reais e cinquenta e um centavos), aí incluídos principal, acrescido de multa de ofício de 75%, além de juros moratórios, referente ao fato gerador verificado em 29/03/2017:

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$		
IMPOSTO	Cód. Receita Darf 2932	Valor 249.689.968,27
JUROS DE MORA (Calculados até 12/2021)		Valor 62.572.306,04
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		Valor 187.267.476,20
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor 499.529.750,51
Valor por Extensão		
QUATROCENTOS E NOVENTA E NOVE MILHÕES, QUINHENTOS E VINTE E NOVE MIL, SETECENTOS E CINQUENTA REAIS E CINQUENTA E UM CENTAVOS		

Por bem descrever os fatos que desembocaram no presente processo, reproduzo os termos do relatório da decisão da DRJ de origem, complementando-o ao final:

(...)

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

Cientificada da autuação em 15/12/2021, a contribuinte apresentou, em 11/01/2022, impugnação de fls. 831 e ss.

Em 16 de dezembro de 2022, foi proferido por esta Turma de Julgamento o acórdão nº 107-020.275, sendo dado provimento parcial à impugnação, mantendo-se em parte o crédito tributário (fls. 1.204 e ss.).

Houve recurso de ofício apresentado pelo presidente deste Colegiado, bem como recurso voluntário apresentado pelo interessado em 31/01/2023 (fls. 1.274 e ss.)

Em 08/04/2024, foi emitido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF o acórdão nº 1201-006.312, o qual declarou a nulidade da decisão recorrida (Acórdão 107-020.275 – 15ª Turma/DRJ07), retornando os autos a este colegiado para que seja prolatado novo acórdão.

Assim, considerando o excelente relatório elaborado pelo ilustre auditor fiscal Marcus Vinícius de Lacerda Amorim, à época, relator do acórdão anulado, peço licença para reproduzi-lo na íntegra, ao final, apresentando informações complementares de atos supervenientes à decisão anulada:

(...)

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:

(...)

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, conseqüentemente, 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 2402- 0006.047 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”:

(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 Assembleias 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_comprobatorio12

"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):"

a) Preço de compra (100%)	13.020.748
b) Patrimônio líquido da CETIP	1.481.520
c) Mais (menos) valias de ativos e passivos tangíveis	43.207
Investimento em coligada	8.809
Receitas a apropriar	9.701
Ativo Imobilizado	29.545
Ativo fiscal diferido (CETIP Info)	11.448
Passivo fiscal diferido	(5.280)
Passivo fiscal diferido (CETIP Info)	(11.016)
d) Ativos intangíveis	3.577.636
Baixa do Ágio histórico	(1.221.044)
Baixa do passivo fiscal diferido ref. Ágio histórico	323.375
Baixa de intangíveis	(602.769)
Baixa de intangíveis (CETIP Info)	(1.270)
Mais valia de intangíveis (i)	4.889.213
Marca	190.131
a-b-c-d = Ágio (goodwill)	7.918.385

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 - 2ª Turma da CSRF, de 26 de fevereiro de 2018, apresenta a seguinte ementa:

(...)

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:

A	H	I	J	K	L	M	N	O	P	Q
CNPJ	Parâmetro fiscal (S/N)	Quantidade-base (CETIP03)	Preço médio de aquisição	Quantidade de ações SJHO PN	Custo de aquisição por PN	Valor resgate por PN	Ganho de capital	IRRF cf. Lei 13.259	IR prévio	IR devido
97538843000188	S	313.634	R\$ 26,241422790841	940.902	R\$ 6,560355697710	R\$ 10,63105196	R\$ 3.830.126,25	574.518,94	957.531,56	957.531,56

O contribuinte multiplicou a quantidade de ações CETIP (coluna "I") por 3 para chegar nas três ações preferenciais resgatáveis da Companhia São José DOCUMENTO VALIDADO (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:

1º)

I		K
Quantidade-base (CETIP03)	x 3 =	Quantidade de ações SJHO PN
313.634		940.902

2º)

K		L		1 - (custo)
Quantidade de ações SJHO PN	x	Custo de aquisição por PN	=	R\$ 6.172.651,80
940.902		R\$ 6,560355697710		

3º)

K		M		2 - (resgate)
Quantidade de ações SJHO PN	x	Valor resgate por PN	=	R\$ 10.002.778,05
940.902		R\$ 10,63105196		

4º)

2 - (resgate)		1 - (custo)		N
R\$ 10.002.778,05	-	R\$ 6.172.651,80	=	Ganho de capital
				R\$ 3.830.126,25

No entanto, o “Custo de aquisição por PN” (coluna “L”) foi calculada pela divisão do “Preço médio de aquisição” (coluna “J”), por 4 (quatro). Em números:

J		L
Preço médio de aquisição	/ 4 =	Custo de aquisição por PN
R\$ 26,241422790841		R\$ 6,560355697710

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 exhaustivamente 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:

(...)

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”:

(...)

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:

CNPJ	Parâmetro fiscal (S/N)	(a) Quantidade-base (CETIP03)	(b) Preço médio de aquisição	(c) = (a x 3) Quantidade de ações SIMO PN (3 vezes a quantidade de ações da CETIP)	(d) = (b / 4) Custo de aquisição por ação (Preço médio de aquisição dividido por 4, relativo a 3 ações preferenciais e 1 ordinária)	(e) = (c x d) Custo de aquisição por ação PN	(f) = (c x 10,63105196) Pagamento em dinheiro	(g) = (f - d) Ganho de capital somente ações preferenciais
97538843000188	S	313.634	R\$ 26,241422790841	940.902	R\$ 6,560355697710	R\$ 6.172.651,80	R\$ 10.002.778,05	R\$ 3.830.126,25

A seguir, apresentamos a nossa apuração do ganho de capital sobre as ações ordinárias:

CNPJ	Parâmetro fiscal (S/N)	(a) Quantidade-base (CETIP03)	(b) Preço médio de aquisição	(c) = (b / 4) Custo de aquisição por ação (Preço médio de aquisição dividido por 4 - relativo a 3 ações preferenciais e 1 ordinária)	(d) = (a x c) Custo de aquisição por PO	(e) = (a x 0,9384908 x 19,35) Valor troca de ações (relação de troca de 0,9384908 multiplicada pelo valor das ações da BM&FBovespa de R\$19,35)	(f) = (e - d) Ganho de capital somente ações ordinárias
97538843000188	S	313.634	R\$ 26,241422790841	R\$ 6,560355697710	R\$ 2.057.550,60	R\$ 5.695.529,77	R\$ 3.637.979,17

Dessa maneira, o resultado obtido para o ganho de capital é o somatório entre o ganho com as ações ordinárias e o com as ações preferenciais:

$(g) = (f - d)$ Ganho de capital somente ações preferenciais	$(f) = (e - d)$ Ganho de capital somente ações ordinárias	Ganho de capital total na operação
R\$ 3.830.126,25	R\$ 3.637.979,17	R\$ 7.468.105,42

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:

CNPJ	Paraíso fiscal (S/N)	(a) Quantidade- base (CETIP03)	(b) Preço médio de aquisição	(c) = (a x b) Custo de aquisição	(d) = (a x 0,9384908 x 19,35) Valor troca de ações	(e) = (a x 31,89315588) Pagamento em dinheiro	(f) = (d + e) - (c) Ganho de capital
97538843000188	S	313.634	R\$ 26,241422790841	R\$ 8.230.202,40	R\$ 5.695.529,77	R\$ 10.002.778,05	R\$ 7.468.105,42

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 2402- 006.047, 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.

DA IMPUGNAÇÃO.

Em 11/01/2022 foi registrada a solicitação de juntada da impugnação aos autos conforme Termo às fls. 831. Passo a resumir o conteúdo da impugnação. 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):

(...)

- 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):

TVF (fls. 815/816 dos autos)									
47. Passamos agora à demonstração dos cálculos corretos e, para isso, retomamos o CNPJ apresentado como exemplo pelo contribuinte. O cálculo, apresentado pelo contribuinte <u>somente</u> 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:									
CNPJ	Ponto fiscal [N]	(a) Quantidade [N]	(b) Preço médio de aquisição	(c)=(a x b) Quantidade de ações (N) x preço médio de aquisição de (BTP)	(d)=(D/N) Custo de aquisição por ação (Preço médio de aquisição dividido por N - relativas a 1 ação preferencial e 1 ordinária)	(e)=(c-d) Custo de aquisição por ação PG	(f)=(c x 0,35) ou (E) Pagamento em dividendos	(g)=(f-d) Ganho de capital somente ações preferenciais	
07.0804080/00-01	5	22.634	R\$ 26,20427904	R\$ 593.921,77	R\$ 26,20427904	R\$ 6.377,92	R\$ 7.520,77	R\$ 1.880,28	
48. A seguir, apresentamos a nossa apuração do ganho de capital sobre as ações ordinárias:									
CNPJ	Ponto fiscal [N]	(a) Quantidade [N]	(b) Preço médio de aquisição	(c)=(a x b)/4 Custo de aquisição por ação (Preço médio de aquisição dividido por 4 - relativas a 3 ações preferenciais e 1 ordinária)	(d)=(c x 1,1) Custo de aquisição por PG	(e)=(a x R\$ 0,35) ou (F) Valor total de ações (ordens de compra de 0,35) multiplicado pelo valor das ações de 0,35 (dividido de R\$ 0,35)	(f)=(e-d) Ganho de capital somente ações ordinárias		
07.0804080/00-01	5	22.634	R\$ 26,20427904	R\$ 1.962.367,77	R\$ 2.158.604,55	R\$ 2.920,77	R\$ 1.627.979,17		
49. Dessa maneira, o resultado obtido para o ganho de capital é o somatório entre o ganho com as ações ordinárias e o com as ações preferenciais:									
(g)+(f-d)	(f)-(e-d)	(g)+(f-d) Ganho de capital total na operação							
R\$ 1.880.226,25	R\$ 1.627.979,17	R\$ 3.508.205,42							

- 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:

TVF (fl. 819 dos autos)		
61. Em vista do exposto e retornando ao exemplo do CNPJ apresentado pelo contribuinte, procedemos ao reajustamento da base de cálculo da seguinte forma:		
Base de Cálculo Reajustada = $\frac{\text{Base de Cálculo}}{1 - \text{Aliquota}}$ = $\frac{\text{R\$ 7.468.105,42}}{1 - 0,25}$ = R\$ 9.957.473,90		
Ganho de capital total na operação	Aliquota IRRF ajustada cf. Lei 13.260	Base de Cálculo Reajustada
R\$ 7.468.105,42	25,00%	R\$ 9.957.473,90

Planilha “Ganho de Capital”							
CNPJ	Nome	Ganho de capital	Aliquota IRRF ajustada cf. Lei 13.260	Base de Cálculo Reajustada	IRRF cf. Lei 13.258	IR prévio	IR devido
97538843000188	ABU DHABI INVESTMENT AUTHORITY	R\$ 7.468.105,42	25,00%	R\$ 9.957.473,90	R\$ 2.489.368,47	R\$ 957.531,54	R\$ 1.531.836,91

- 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:

Reajustamento – Autoridade Fiscal
Base de Cálculo Reajustada = R\$ 7.468.105,42 / [1 – (25/100)]
Base de Cálculo Reajustada = R\$ 7.468.105,42 / 0,75
Base de Cálculo Reajustada = R\$ 9.957.473,90
Base de Cálculo Reajustada = R\$ 9.957.473,90
Base de Cálculo – R\$ 7.468.105,42
Aliquota = 25%

- 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:

Planilha “Ganho de Capital”							
CNPJ	Nome	Ganho de capital	Alíquota IRRF ajustada cf. Lei 13.260	Base de Cálculo Reajustada	IRRF cf. Lei 13.250	IR prévio	IR devido
97538841000188	ABU DHABI INVESTMENT AUTHORITY	R\$ 7.408.305,42	25,00%	R\$ 9.957.473,90	R\$ 2.489.368,47	R\$ 957.533,56	R\$ 1.531.836,91

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 atuado.

- 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:

(...)

- 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:

(...)

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 CUJA 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:

(...)

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:

(...)

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:

Protocolo (fl. 260 dos autos)

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”).

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 subrogação 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:

(...)

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 9º 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.

(...)

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.

É o relatório.

Pois bem, como explicado no início deste relatório, a lide foi julgada em 16/12/2022, sendo emitido o acórdão nº 107-020.275 que deu provimento parcial à impugnação.

Houve recurso de ofício, bem como recurso voluntário ao CARF, o qual emitiu decisão anulando o referido acórdão deste Colegiado, conforme ementa que reproduzo a seguir:



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.

O argumento em questão consta do tópico II.2.5 da peça impugnatória: AD ARGUMENTANDUM – DA ISENÇÃO APLICÁVEL AOS INVESTIDORES 4.373.

Deste modo, o processo retornou a esta Turma de Julgamento para que seja prolatado novo acórdão.

É o relatório.

Da Decisão Recorrida

Após apreciar os Autos de Infração, às fls. 793/821, e a Impugnação apresentada pela Contribuinte, às fls. 833/937, a 15ª Turma da DRJ07 exarou o Acórdão nº 107-027.467, em 14/04/2025, às fls. 1.574/1.656, que, por maioria de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário em litígio. O acórdão restou assim ementado:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2017

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

ARGUIÇÃO DE NULIDADE. ERRO NA APURAÇÃO DA BASE TRIBUTÁVEL.

Eventual erro de apuração da base tributável não torna nula a autuação. Enseja, apenas, que seja afastada da exação a parte improcedente.

PROVAS. MOMENTO DE APRESENTAÇÃO.

A prova documental deve ser apresentada com a impugnação, precluindo o direito de o contribuinte fazê-lo em outro momento processual, salvo se demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

COLEGIADO. DECISÕES NÃO UNÂNIMES. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA MULTA COM FUNDAMENTO EM SUPOSTA DÚVIDA DO ÓRGÃO JULGADOR.

Em uma decisão colegiada não unânime das Turmas das Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil – DRJs, o entendimento vencedor formado a partir do voto da maioria, ou do voto de qualidade, define se uma autuação será mantida, mantida parcialmente, ou extinta, vale dizer, é o resultado de uma expressão de uma única vontade que prevaleceu e que não comporta dúvida.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2017

LANÇAMENTO. ATIVIDADE VINCULADA. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRINCÍPIOS DE DIREITO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

A atividade de lançar é plenamente vinculada e se há disposição expressa em Lei prevendo um fato gerador, deve ser observada. A presunção natural é a de que o legislador atentou para tais princípios ao elaborá-la.

ERRO NA APURAÇÃO DA BASE TRIBUTÁVEL.

Eventual erro de apuração da base tributável não torna nula a autuação. Enseja, apenas que seja afastada da exação a parte improcedente.

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2017

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. INCIDÊNCIA.

Na operação de incorporação de ações, a transferência destas para o capital da companhia incorporadora caracteriza alienação, cujo valor, se superior ao custo de aquisição, é tributável pela diferença a maior, como ganho de capital, na forma da legislação.

RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IRRF SOBRE GANHO DE CAPITAL AUFERIDO POR RESIDENTE OU DOMICILIADO NO EXTERIOR.

A responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital eventualmente auferido por residente ou domiciliado no exterior fica a cargo do adquirente, pessoa física ou jurídica domiciliada no Brasil.

BASE DE CÁLCULO. REAJUSTAMENTO. HIPÓTESE EM QUE A FONTE PAGADORA ASSUME O ÔNUS DO IMPOSTO.

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

CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. JAPÃO. PORTUGAL. BÉLGICA.

As Convenções para evitar a dupla tributação são exceções à regra geral de tributação que determinam a retenção e recolhimento do IRRF no Brasil, cabendo, portanto, ao interessado, e não à fiscalização, provar inequivocamente que a situação fática excludente se subsume perfeitamente à hipótese prevista na Convenção.

Por força do Decreto nº 61.889/67 (Convenção Brasil/Japão), o ganho de capital na alienação de ações é tributável exclusivamente no Japão, se, e somente se, for comprovado pelo interessado, com documentação hábil e idônea, e com tradução juramentada, que os investidores têm residência neste país.

Quanto à possibilidade da aplicação, aos investidores residentes na Bélgica e em Portugal, das regras de tributação mais favoráveis previstas para os investidores residentes em Israel, caberia à autuada, e não à fiscalização, comprovar, primeiramente, que esses investidores residiam na Bélgica e em Portugal, demonstrando, além disso, a sua condição de detentores de ações, de forma direta ou indireta, que representassem 10% (dez por cento) ou mais do direito de voto nas assembleias da autuada, nos termos do item 3 do art. 13 do Decreto nº 5.576/2005 (Convenção Brasil-Israel).

GANHO DE CAPITAL. INVESTIDORES ESTRANGEIROS. OPERAÇÕES REALIZADAS FORA DA BOLSA. INCIDÊNCIA DO IR.

Há incidência do imposto de renda sobre os ganhos de capital auferidos pelos investidores estrangeiros, oriundos de incorporação de ações, visto que é operação realizada fora da bolsa de valores e assemelhadas, portanto, não preenchendo a condição para a não incidência do imposto.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

A Recorrente tomou ciência da sobredita decisão em 06/05/2025, através de sua Caixa Postal, considerada seu Domicílio Tributário Eletrônico – DTE perante a RFB, às fls.1.660, e

irresignada apresentou Recurso Voluntário, em 04/06/2025, às fls. 1.664/1.772, e, citando doutrina e jurisprudências administrativas e judiciais, requereu a reforma do acórdão atacado apresentando os seguintes pedidos e causa de pedir sintetizados:

- a) **Da Preliminar de nulidade** do lançamento:
 - i. Do Indevido Reajustamento da Base de Cálculo do IRRF; e
 - ii. Da Ausência de Certeza e Liquidez do Lançamento Fiscal
- b) **Do Mérito:**
 - i. Da Prejudicial do Mérito - Do Posicionamento da DRJ no Acórdão Recorrido e a *Reformatio in Pejus*;
 - ii. Do Cancelamento Integral do Auto de Infração em sua Integralidade:
 - Da Não Tributação das Operações de Incorporação de Ações:
 - 1. Do Efeito Tributário da Incorporação de Ações para as Sociedades Acionistas
 - 2. Do Regime de Caixa Aplicável às Pessoas Físicas e aos Não Residentes
 - 3. Da Não Tributação das Operações de Permuta
 - 4. Da Não Ocorrência do Fato Gerador do IRRF (Pagamento, Crédito, Entrega, Emprego ou Remessa);
 - 5. Da Dupla Tributação Sobre o Ganho de Capital;
 - 6. Da Inaplicabilidade do Art. 23, da Lei nº 9.249/95 ao Caso Concreto;
 - Da Ausência de Responsabilidade Por Parte da Recorrente de Reter o IRRF Incidente sobre o Ganho de Capital de Não Residente;
 - iii. Dos Pleitos Subsidiários, caso não seja determinado o cancelamento integral do Lançamento Tributário:
 - Do Reajustamento da Base De Cálculo do IRRF Incidente sobre o Valor do Resgate das Ações Preferenciais a Companhia São José;
 - Do Cancelamento dos Valores de IRRF Exigidos em Relação aos Investidores na CETIP cuja Jurisdição seja o Japão, Bélgica ou Portugal, nos Termos das Referidas Convenções Internacionais Para Evitar Bitributação;
 - Do Cancelamento dos Valores de IRRF Exigidos em Relação aos Investidores 4.373; e
 - iv. Que Seja Determinada a Conversão do Julgamento em Diligência para que seja Comprovada a Tributação do Ganho de Capital Apurado pelos Investidores Não Residentes quando da Efetiva Alienação de Suas Ações da Recorrente;

Das Contrarrazões da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou as contrarrazões de fls. 1.977/2.035.

Por meio do documento, a Interessada inicialmente fez um breve histórico e síntese do feito.

Em seguida, no que toca à propriamente dita Contrarrazão, asseverou sobre:

- a) Da Análise Jurídica sobre a Incorporação de Ações;
- b) Da Tributação do Ganho de Capital na Incorporação de Ações:
 - i. Da Incorporação de ações como permuta de ativos: possibilidade de tributação;
 - ii. Da Caracterização do Ganho de Capital na Incorporação de Ações;
 - iii. Do Fundamento Legal da Tributação do Ganho na Incorporação de Ações;
 - iv. Da Inexistência de Potencial Dupla Tributação, Desnecessidade de Diligência Fiscal e Intempestividade de Documentos Relacionados à ICE Overseas Limited;
 - v. Da Incidência do IRRF no Caso Concreto, Da Sujeição Passiva, e Do Reajustamento da Base de Cálculo;
 - vi. Da Ausência de Isenção Aplicável aos Denominados “Investidores 4.373”;
 - vii. Da aplicação das Convenções Internacionais (Japão, Bélgica, Portugal)
- c) Da Exigência da Multa de Ofício, mesmo Diante da Divergência de Votos

Finaliza sua peça pedindo pelo não provimento do recurso voluntário.

É o Relatório

VOTO

Conselheiro **Raimundo Pires de Santana Filho**, Relator

1 ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário é tempestivo e atende os requisitos de admissibilidade para conhecê-lo. A Recorrente foi intimada da decisão recorrida em 06/05/2025, através de sua Caixa Postal, considerada seu Domicílio Tributário Eletrônico – DTE perante a RFB, às fls. 1.660, tendo protocolado o recurso voluntário em 04/06/2025, às fls. 1.664/1.772, portanto, dentro do prazo legal de 30 dias.

2 DA NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA

De plano podemos perceber, a partir dos autos, que há dois incidentes processuais que merecem atenção e demandam correção, em prol de que o rito processual siga seu desiderato.

O primeiro e mais relevante deles, inclusive sob a ótica da prejudicialidade em relação ao segundo, **é a falta de apresentação do Recurso de Ofício**, relativo à exoneração de parte de lançamento de ofício de IRRF, no tocante à consideração indevida, por parte da Fiscalização, quando do reajustamento da base de cálculo, do ganho de capital referente às ações preferenciais que já tinha sido apurado e tributado na fonte pela Recorrente. A saber.

Inicialmente, importa destacar que é forte neste Conselho o entendimento de que a exoneração de crédito tributário em valor superior ao limite de R\$ 15.000.000,00, estabelecido na Portaria MF nº 2/2023¹, nos termos da Súmula Carf nº 103², deve ser objeto de recurso, a fim de que a matéria possa ser submetida à necessária revisão.

E nem poderia ser diferente, pois a medida é expressamente prevista no art. 34, do Decreto n. 70.235/72:

*Art. 34. A autoridade de primeira instância **recorrerá de ofício sempre que a decisão:***

¹ O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, substituto, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e tendo em vista o disposto no inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolve:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento de Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, **em valor total superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais)**. (g.n.)

§ 1º O valor da exoneração deverá ser verificado por processo.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput quando a decisão excluir sujeito passivo da lide, ainda que mantida a totalidade da exigência do crédito tributário.

Art. 2º Fica revogada a Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017.

Art. 3º Esta Portaria entrará em vigor em 1º de fevereiro de 2023.

² **Súmula CARF nº 103:** Para fins de conhecimento de recurso de ofício, **aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância.** (g.n.)

I - exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

(...)

§ 1º O recurso será interposto mediante declaração na própria decisão. (g.n.)

Nessa senda, para melhor esclarecimento da questão, é mister lembrarmos o **Acórdão da decisão de primeira instância – Acórdão nº 107-020.275 – 15ª Turma/DRJ07 – anulado pelo Acórdão nº 1201-006.312**, desta eminente Turma, exarado em 08/04/2024:

ACORDAM os membros da 15ª TURMA/DRJ07 de Julgamento, por unanimidade, e nos termos do relatório e do voto que passam a integrar este julgado, em DAR PROVIMENTO PARCIAL à impugnação, para:

- 1) REJEITAR as arguições preliminares de nulidade;*
- 2) JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE o lançamento, no sentido de REDUZIR o valor do Imposto de Renda Retido na Fonte para R\$ 142.512.601,53 — sobre o valor mantido incidirão a multa de 75% e os juros moratórios com base na variação da taxa SELIC, conforme legislação de regência.*

O Presidente da Turma, desde já, RECORRE DE OFÍCIO da presente decisão, tendo em vista que crédito tributário exonerado excede o limite de R\$ 2.500.000,00 estabelecido pela Portaria MF nº 63, de 2017.

INTIME-SE a Interessada para recolher o crédito tributário mantido, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência do presente acórdão, ressalvada a interposição de Recurso Voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

À Delegacia da Receita Federal que jurisdiciona o domicílio da contribuinte, para que dê ciência à Interessada e adote as demais providências necessárias para o fiel cumprimento do que ficou aqui decidido.

Veja que o Presidente da 15ª Turma da DRJ07 recorreu de ofício visto que o valor principal autuado de IRRF – R\$ 249.689.968,27 – foi reduzido para R\$ 142.512.601,53, quer dizer, foi exonerado o crédito tributário principal em **R\$ 107.177.366,74**, que desmembrado, consoante planilha às fls. 1.200/1.203, corresponde às seguintes exonerações pelo órgão julgador de primeira instância:

- a) **R\$ 49.934.876,65** - relativa à consideração indevida por parte da Fiscalização, quando do reajustamento da base de cálculo, do ganho de capital, referente à incorporação de ações preferenciais, que já tinha sido apurado e tributado na fonte pela Recorrente; e
- b) **R\$ 57.242.490,09** - referente à exclusão da tributação do ganho de capital, relacionado à incorporação de ações ordinárias, auferidos pelos acionistas domiciliados no Japão, Bélgica e Portugal em face das convenções internacionais para evitar a bitributação.

Ressalva-se que para verificação de recurso necessário, deve ser considerado, além do valor do tributo, os encargos de multa de ofício correlacionados, no caso, R\$ 80.383.025,06, totalizando o montante exonerado de **R\$ 187.560.391,80** (R\$ 107.177.366,74 + R\$ 80.383.025,06).

Prosseguindo, após a sinalada anulação, a presente contenda foi submetida a um novo julgamento. Nessa toada, **o relator do voto vencido adotou como razões de decidir integralmente o voto da decisão anulada**, apenas complementando-a no que diz respeito ao pleito da Recorrente outrora não apreciado - Da Isenção Aplicável aos Investidores 4.373 – fulcro da multicitada anulação. Vejamos:

Inicialmente cabe dizer que participei do julgamento que resultou no acórdão nº 107-020.275, anulado pelo CARF, acompanhando na íntegra o relator à época Marcus Vinícius de Lacerda Amorim, o qual não mais integra este Colegiado.

*Considerando que a nulidade se deu por omissão em relação argumento específico da defesa, e, tendo em vista, que **mantenho minha posição em relação ao voto do ilustre auditor fiscal Marcus Vinícius de Amorim Lacerda, reproduzirei o mencionado voto, adotando-o como minhas razões de decidir**; e, ao final, abordarei o argumento constante do tópico II.2.5 da peça de defesa. (g.n.)*

Melhor dizendo, resta hialino que **manteve as duas espécies exonerações comentadas**.

Já o redator do voto vencedor, de modo muito clarividente, inclusive estampado no primeiro parágrafo, asseverou que sua discórdia era parcial e atinente exclusivamente à exclusão da tributação sobre investidores com residência no Japão, Bélgica e Portugal:

Julgador Guilherme Henrique da Silva Ribeiro, redator do voto vencedor.

*Em que pese o excelente voto proferido pelo nobre relator, **dele devo discordar parcialmente, no que se refere à exclusão da tributação sobre investidores do interessado que teriam, segundo considerado no voto proferido pelo ilustre relator, residência no Japão, Bélgica e Portugal, pelos seguintes fundamentos. (g.n.)***

Impende registrar que o próprio Presidente da Turma da DRJ07, mediante declaração de voto, sinalizou os motivos que o levaram a alterar o voto dantes proferido e acompanhar o divergente em prol de manter a cobrança do IRRF sobre os ganhos auferidos pelos investidores então considerados residentes no Japão, na Bélgica e em Portugal:

Julgador Marcelo Franco de Matos – Declaração de voto.

Por ocasião do primeiro julgamento, realizado em dezembro de 2022, alinhei-me com o entendimento majoritário, votando no sentido de afastar a cobrança do IRRF sobre os ganhos auferidos pelos investidores então considerados residentes no Japão, na Bélgica e em Portugal.

Reexaminando, todavia, a matéria, persuadi-me de que cabe à B3 (empresa atuada), e não ao Fisco, comprovar que esses investidores se enquadravam nas

hipóteses de não incidência ou de incidência mais favorável previstas nas convenções firmadas com os citados países.

Por conta disso, peço licença para acompanhar o voto divergente do Ilustre Colega Guilherme Henrique da Silva Ribeiro. (g.n.)

Em outras palavras, no novo julgamento, **prevaleceu, por unanimidade, no colegiado de primeira instância o entendimento em favor de exonerar parte da autuação de IRRF**, no montante principal de **R\$ 49.934.876,65**, pertinente ao indevido reajustamento da base de cálculo do ganho de capital referente às ações preferenciais que já tinha sido apurado e tributado na fonte pela Recorrente, que acrescido da multa de ofício de 75% correspondente, **chega-se ao valor de R\$ 87.383.034,14.**

Apesar do sobredito, **a decisão de piso NÃO RECORREU DE OFÍCIO**, como se pode depreender das fls. 1.574 e seguintes do processo, com especial destaque para a fl. 1.576, que traz a síntese do que foi decidido e as providências subsequentes, conforme transcrição a seguir:

ACORDAM os membros da 15ª TURMA/DRJ07 de Julgamento, por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO à impugnação, para REJEITAR as arguições preliminares de nulidade e, no mérito, JULGAR PROCEDENTE o lançamento relativo ao Imposto de Renda Retido na Fonte.

Vencido o julgador Bernardo Moraes Fiuza Pequeno (Relator), que votou no sentido de dar provimento parcial à impugnação. Designado o julgador Guilherme Henrique da Silva Ribeiro para redigir o voto vencedor. O julgador Marcelo Franco de Matos apresentará declaração de voto.

INTIME-SE a Interessada para recolher o crédito tributário mantido, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência do presente acórdão, ressalvada a interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Ocorre que, como demonstrado, a decisão não se manifestou sobre a interposição do recurso de ofício, embora tenha exonerado parte do crédito tributário autuado no montante de **R\$ 87.383.034,14**, muito superior ao sinalado limite de alçada legalmente previsto – R\$ 15.000.000,00 -.

Conquanto possamos imaginar que a ausência de manifestação acerca do Recurso de Ofício seja fruto de **mero equívoco**, o problema é que a providência exigida pela legislação **não pode ser suprida ou integrada** por este Conselho, conforme expressa determinação do artigo 34, § 2º, do Decreto n. 70.235/72:

§ 2º Não sendo interposto o recurso, o servidor que verificar o fato representará à autoridade julgadora, por intermédio de seu chefe imediato, no sentido de que seja observada aquela formalidade.

Inexiste, portanto, a possibilidade de se superar a ausência de Recurso de Ofício nos autos, **sendo de rigor a devolução do processo para a primeira instância, a fim de que seja prolatada nova decisão**, de acordo com os requisitos legais.

No mais, importa pontuar que a jurisprudência administrativa prevalente deste Tribunal há muito corrobora com o entendimento supra, conforme ementas abaixo transcritas:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008, 2009

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE RECURSO DE OFÍCIO. ANULAÇÃO.

Cabe a anulação da decisão de primeira instância quando não houver declaração expressa acerca da apresentação de recurso de ofício, sempre que presentes as condições para o reexame necessário, nos termos do artigo 34 do Decreto n. 70.235/72. (Acórdão nº 1201-001.497 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária. Sessão de 05/07/2016)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2006

INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A autoridade julgadora, nos termos do Decreto nº 70.235/72 e Portaria MF nº 3/2008, deve recorrer de ofício sempre que a decisão exonerar valor superior a um milhão de reais.

A viabilidade do saneamento do vício enseja a anulação da decisão a quo para a correta formalização do lançamento. (Acórdão nº 2301-003.767 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária. Sessão de 15/10/2013)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - NULIDADE – 1) O artigo 34, I, do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pelo artigo 67, da Lei nº 9.532/97, estabelece que a autoridade julgadora em primeira instância deve recorrer de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos no valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado pelo Ministro da Fazenda. De conformidade com o artigo 1º, da Portaria MF nº 333/97, o limite de alçada está estipulado em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). 2) A autoridade julgadora de primeira instância, na decisão que exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo, deverá explicitar o valor exonerado, a fim de que seja averiguada a obrigatoriedade da submissão da parte exoneratória da sua decisão ao necessário duplo grau de jurisdição. 3) O ato administrativo ilegal não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei. A nulidade reconhecida, seja pela Administração ou pelo Judiciário, opera-se ex tunc, isto é retroage às suas origens e alcança todos os seus efeitos passados, presentes e futuros em relação às partes, só se admitindo exceção para com os terceiros de boa-fé, sujeitos às suas consequências reflexas. Anula-se a decisão de primeira instância. (Acórdão nº 201-73.664 – Segundo Conselho dos Contribuintes. Sessão de 15/03/2000)

Outrossim, tal medida, por via oblíqua, permite a recomposição da normalidade processual nos autos, pois possibilita **CORRIGIR a segunda incongruência** constatada: **a contradição entre as razões de decidir e a conclusão formulada no Acórdão da 15ª Turma da DRJ07.**

Isto porque, conforme demonstramos, no mérito, restou claro que parte da autuação foi exonerada, portanto a decisão deveria ser: **Impugnação Procedente em Parte e Crédito Tributário Mantido em Parte**, contudo consta: **“Impugnação Improcedente e Crédito Tributário Mantido”!!!**

Por fim, o retorno dos autos para a Delegacia de Julgamento do Rio de Janeiro, por força de anulação da decisão ali proferida, em nada prejudica as partes, sendo, sobretudo, medida de justiça, em razão do total descompasso sequencial observado no processo.

Ademais, a partir da nova decisão, a ser proferida, poderão as partes, no prazo legal, interpor os respectivos recursos, da mesma forma que a D. Procuradoria da Fazenda Nacional terá a oportunidade de se manifestar, se assim desejar, acerca de todas as matérias objeto do julgamento, normalizando-se, enfim, o rito processual dos autos.

3 CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para ANULAR a decisão de primeira instância, devolvendo o processo à origem para que seja realizado novo julgamento.

Assinado Digitalmente

Raimundo Pires de Santana Filho