



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720103/2019-92
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1101-001.297 – 1ª Seção de Julgamento / 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de maio de 2024
Recorrente TELEFÔNICA BRASIL S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 28/05/2015

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INOVAÇÃO NA MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO. NULIDADE PARCIAL DO ACÓRDÃO DA DRJ.

A inovação, pela DRJ, na motivação e fundamentação do lançamento, ocasiona o cerceamento de defesa, o que torna nulo o acórdão recorrido.

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

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

O valor do ganho de capital é obtido pela diferença entre o preço de alienação e o custo de aquisição comprovado, em moeda estrangeira, nos termos da legislação de regência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Vencido o Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior, que negou provimento ao recurso. O Conselheiro Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Efigênio de Freitas Junior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Jeferson Teodorovicz, Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho e Efigênio de Freitas Júnior (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, efls. 2559/2606, manejado pelo recorrente contra Acórdão de Impugnação Administrativa, efls. 2515/2546, que julgou improcedente a impugnação (efls. 2141/2173) apresentada contra auto de infração (efls. 2124/2127) lavrado em decorrência de procedimento fiscal motivado por indícios de insuficiência de recolhimento de Imposto de Renda Retido na Fonte/IRRF em operação de aquisição de participação societária, realizada pela recorrente, conforme Termo de Verificação Fiscal às efls. 2094/2122.

Para síntese dos fatos, reproduzo em parte o relatório do Acórdão recorrido:

DO PROCEDIMENTO FISCAL

O procedimento fiscal foi motivado por indícios de insuficiência de recolhimento de Imposto de Renda Retido na Fonte/IRRF em operação de aquisição de participação societária, realizada pela fiscalizada.

A Telefônica Brasil S/A adquiriu, em 28/05/2015, o grupo GVT, pertencente às sociedades SIG 108 e SIG 72.

Considerando que as alienantes têm sede no exterior, à adquirente cabia a responsabilidade pelo recolhimento do Imposto de Renda sobre o Ganho de Capital auferido na operação.

A fiscalizada apurou Ganho de Capital na aquisição da GVT e apurou e recolheu o Imposto de Renda sobre o Ganho de Capital apurado, mas foram detectados indícios de insuficiência de recolhimento de IRRF, tendo em vista que o valor do ganho de capital seria maior que o valor declarado pela fiscalizada.

Para comprovar o Ganho de Capital apurado e o Imposto de Renda correspondente, a fiscalizada apresentou os seguintes cálculos:

Empresa	Forma de alienação e número de ações	Custo de aquisição	Preço de alienação	Ganho de capital
SIG 108	Venda de 4.863.658.634 ações	R\$ 6.478.059.936,99 (EUR 1.892.105.959,58)	R\$ 8.897.810.667,86 (EUR 2.598.864.591,50)	R\$ 2.419.750.730,87
SIG 108	Incorporação de 2.808.067.368 ações	R\$ 3.740.153.264,44 (EUR 1.092.420.624,42)	R\$ 8.497.749.287,23 (EUR 2.482.015.020,82)	R\$ 4.757.596.022,79
SIG 72	Venda de 675.571 ações	R\$ 3.826.232,56 (EUR 1.117.562,59)	R\$ 6.125.253,26 (EUR 1.789.058,50)	R\$ 2.299.020,70
TOTAL				R\$ 7.179.645.774,36

Segundo a fiscalização, para a conversão dos valores de euros para reais, a fiscalizada utilizou a taxa de câmbio igual a 1 € = R\$ 3,42373, tanto para os preços de alienação, como para os custos de alienação.

Utilizando essa taxa de câmbio, o custo de aquisição, informado pela fiscalizada, foi de R\$ 10.222.039.434,00.

Já o valor total da alienação das participações mantidas pela SIG 108 e pela SIG 72 no Brasil foi de € 5.082.668.670,83, equivalente a R\$ 17.401.685.208,35.

Como resultado, o Ganho de Capital auferido foi de € 2.097.024.524,24, equivalente a R\$ 7.179.645.774,36, sobre os quais foram recolhidos 15% a título de Imposto de Renda.

A fiscalização constatou que, para elaborar os cálculos acima, a fiscalizada utilizou a mesma taxa de câmbio, tanto para os preços de alienação, como para os custos de aquisição, ignorando as taxas de câmbio das datas das aquisições (19/12/2011 e 31/08/2008), para conversão dos valores de euros para reais.

Questionada a respeito, a fiscalizada respondeu que por se tratar de investimento estrangeiro direto realizado por entidades não-residentes no Brasil, tanto o custo de aquisição quanto o preço de alienação estavam denominados em moeda estrangeira, pois as operações, tanto a aquisição, como a alienação, se deram em moeda estrangeira.

A fiscalizada informa, ainda, que adotou os procedimentos previstos no art. 3º da Lei 10.305/2001 e no art. 1º da IN SRF 41/1999.

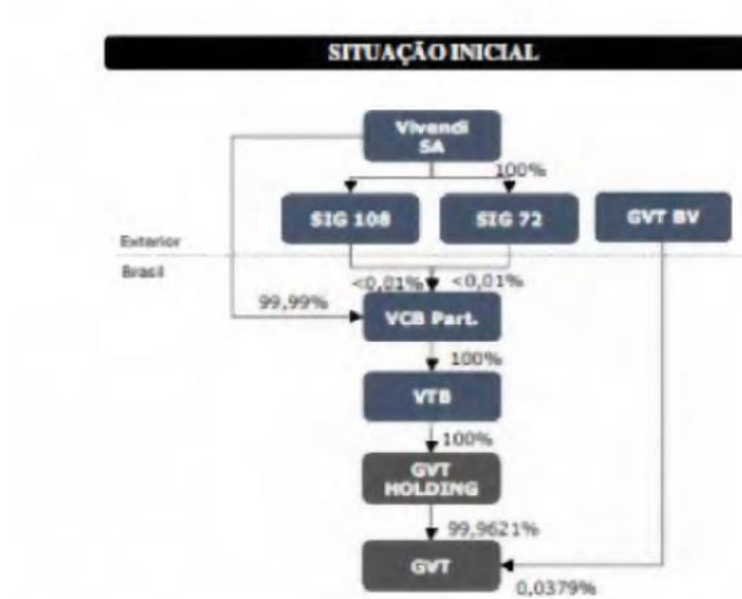
DO CÁLCULO ELABORADO PELA FISCALIZAÇÃO

Considerando os custos de aquisição acima, a fiscalização apresentou os seguintes cálculos para o Ganho de Capital na aquisição do grupo GVT pela Telefônica Brasil:

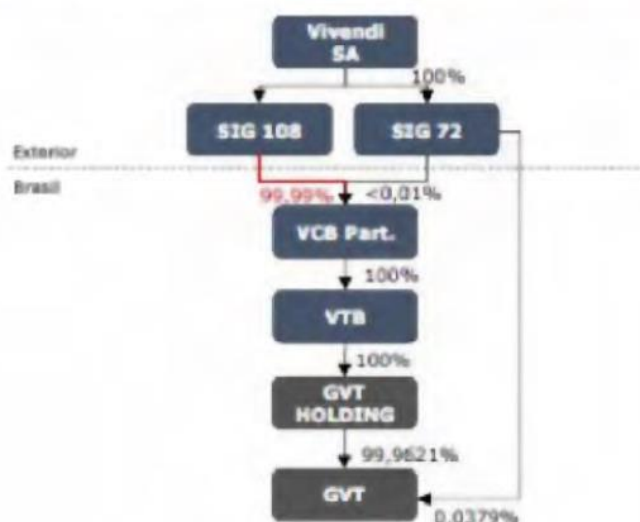
Descrição	Valor (R\$)
Preço de venda	17.401.685.208,35
Custo de aquisição	7.674.393.058,00 (7.671.726.003,00 + 2.667.055,00)
Ganho de Capital	9.727.292.150,35

Para apurar o valor de R\$ 7.674.393.058,00 como custo de aquisição, a fiscalização considerou os valores informados nos documentos abaixo especificados:

1. Aquisição da GVT pela SIG 108: até 28/12/2011, a VIVENDI detinha 99% do capital social da VCB Participações Ltda:

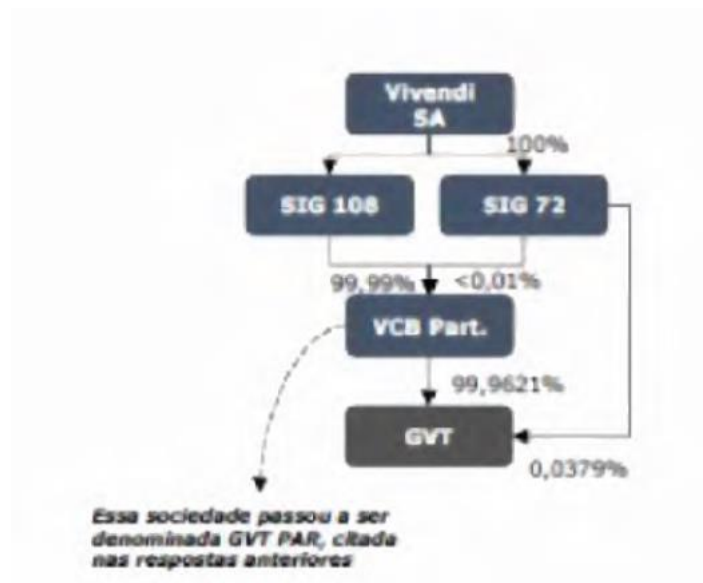


Em 28/12/2011, a VIVENDI transferiu suas ações da VCB para a SIG 108:

(2) VIVENDI S.A. AUMENTA CAPITAL DA SIG 108 COM AÇÕES DA VCB PART. (28/12/2011) - RESPOSTA TERMO 3

Posteriormente, a GVT Holding incorporou a VTB e a GVT incorporou a GVT Holding.

Após essas operações, a configuração do grupo passou a ser a seguinte:



Embora realizada entre duas sociedades estrangeiras, a operação teve reflexos no Brasil, gerando a 5ª alteração de contrato social na VCB Participações Ltda.

1. Em razão do aumento de capital da SIG 108, subscrito e integralizado pela sócia Vivendi na presente data, de acordo com as leis da França, a Vivendi, titular de 7.671.725.903 (sete bilhões, seiscentas e setenta e um milhões, setecentas e vinte e cinco mil, novecentas e três) quotas representativas do capital social da Sociedade, totalmente subscritas e integralizadas, no valor total de R\$ 7.671.725.903,00 (sete bilhões, seiscentos e setenta e um milhões, setecentos e vinte e cinco mil, novecentos e três reais), cede e transfere a totalidade das quotas representativas do capital social da Sociedade de que é titular para a sócia SIG 108 com a expressa anuência da sócia SIG 72.

3. Como consequência da cessão de quotas aprovada no item 1 acima, resolvem os sócios alterar a cláusula quinta do Contrato Social da Sociedade, que passa a vigorar com a seguinte redação:

"Cláusula Quinta Capital Social

5.1. O capital social é de R\$7.671.726.003,00 (sete bilhões, seiscentos e setenta e um milhões, setecentos e vinte e seis mil e três Reais), dividido em 7.671.726.003 (sete bilhões, seiscentas e setenta e um milhões, setecentas e vinte e seis mil e três) quotas iguais, totalmente subscritas e integralizadas, com valor nominal de R\$1,00 (um Real) cada uma, assim distribuídas entre os sócios:

Sócio	Quotas	% (Capital Total)
SOCIÉTÉ D'INVESTISSEMENTS ET DE GESTION 108 SAS (SIG 108)	7.671.726.002	99,999999
SOCIÉTÉ D'INVESTISSEMENTS ET DE GESTION 72 S.A. (SIG 72)	1	0,000000001
Total	7.671.726.003	100

Das informações registradas na 5ª alteração do contrato social da VCB Participações Ltda, a fiscalização concluiu que o custo de aquisição da VCB pela SIG 108 foi de R\$ 7.671.726.003,00, correspondente a € 1.892.105.959,58 + € 1.092.420.624,42 = € 2.984.526.584,00.

2. A participação da SIG 72 na GVT (0,0379%) foi adquirida, em 22/12/2010, junto à GVT BV, sociedade holandesa.

Embora esta operação também tenha sido realizada exclusivamente no exterior, houve reflexos na GVT, resultando na 26ª alteração do contrato social desta.

Em resposta ao Termo de Intimação nº 10, a fiscalizada informou que a SIG 72 adquiriu 0,0379% do capital social da GVT mediante o pagamento de € 1.117.562,59, sendo € 1.007.459,23 disponibilizados diretamente aos vendedores e € 110.103,36 referentes ao IRRF pago em cumprimento do art. 26 da Lei nº 10.833/2003.

Diante de tais informações, a fiscalização apurou que o valor total da transação, em reais, foi de R\$ 2.667.055,00.

DO RECÁLCULO DO GANHO DE CAPITAL

Considerando os valores acima como custo de aquisição da GVT pela SIG 108 e pela SIG 72, a fiscalização apurou a diferença entre o Ganho de Capital apurado pela fiscalizada e pela própria fiscalização:

Descrição	Valor (R\$)
Ganho de Capital apurado pela fiscalizada	7.179.645.774,36
Diferença	2.547.646.375,99 (9.727.292.150,35 – 7.179.645.774,36)

Por fim, a fiscalização apurou a diferença do Imposto de Renda recolhido pela fiscalizada e o Imposto de Renda apurado sobre o Ganho de Capital calculado pela própria fiscalização:

Descrição	Valor (R\$)
IRRF recolhido pela fiscalizada	1.076.946.866,15
IRRF calculado pela fiscalização	1.459.093.822,55
Diferença	382.146.956,40

Considerando que o valor de R\$ 382.146.956,40 corresponderia à parcela do Imposto de Renda que deveria ter sido recolhida aos cofres da União, mas foi paga à VIVENDI, a fiscalização procedeu aos cálculos para reajustamento do rendimento bruto previsto no art. 786 do RIR/2018, conforme abaixo demonstrado:

Descrição	Valor (R\$)
Diferença líquido	382.146.956,40
Diferença reajustada	449.584.654,59 (382.146.956,40 / 0,85)
Preço de venda	17.851.269.862,94

reajustado	(17.401.685.208,35 + 449.584.654,59)
Ganho de Capital recalculado	10.179.543.859,94 (17.851.269.862,94 – 7.674.393.058,00)
IRRF recalculado	1.526.931.578,99 (15% de 10.179.543.859,94)
Diferença a recolher	449.984.712,84 (1.526.931.578,99 – 1.076.946.866,15)

A fiscalização justifica a diferença apurada em função da utilização de taxas de câmbio distintas para o cálculo do ganho de capital, nos termos abaixo transcritos:

A diferença de valores resultou da utilização de taxas de câmbio distintas para o cálculo do ganho de capital. A fiscalizada utilizou a taxa de câmbio da data da venda do grupo (3,42373, de 28/05/2015) para todas as operações de conversão de valores de euros em reais, enquanto o correto seria utilizar as respectivas taxas de câmbio de cada uma das datas de aquisição para a conversão dos valores dos custos de aquisição. Em outras palavras, a fiscalizada procedeu à atualização de tais custos (ignorou as taxas de câmbio das datas das aquisições, 19/12/2011 e 31/08/2008).

A fiscalização fundamenta seus argumentos nos art. 26 da IN SRF nº 208/2002 e na Solução de Consulta SRRF/1ª RF/DISIT nº 46/2010.

DA IMPUGNAÇÃO

Em sua impugnação, às fls. 2.141 a 2.173, a recorrente apresenta os seguintes argumentos:

1. O Fisco pretendeu tributar variações cambiais supostamente auferidas pelas sociedades SIG 108 e SIG 72 no período compreendido entre a data de aquisição dos investimentos na GVT Par e na GVT e a data de alienação dessas participações para a impugnante;

DA IMPOSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO DE VARIAÇÕES CAMBIAIS

2. Como não houve ingresso de recursos no País, nem liquidação de operações de câmbio que pudessem refletir um custo de aquisição de participação societária em reais, não se poderia impor uma taxa de câmbio para conversão desses valores denominados em moeda estrangeira diferentemente daquela prevista no art. 3º da Lei nº 10.305/2001. Não houve qualquer tipo de investimento em moeda nacional, pelas sociedades *holdings* francesas, que pudessem justificar a tributação de quaisquer eventuais variações cambiais no País;

3. As disposições contidas na IN nº 1.455/14 e a Solução de Consulta citada pela fiscalização não validam, de pronto, qualquer tentativa de o Fisco pretender tributar variações cambiais;

4. Inexistindo quaisquer transferências de recursos diretamente para o País ou a execução de contratos locais de câmbio, e tendo as aquisições de ações da GVT Par e da GVT ocorrido exclusivamente no exterior, com custos de investimento denominados única e exclusivamente em Euros, tal como reconhece o próprio Fisco, simplesmente não há qualquer custo de aquisição em reais;

5. São, portanto, questões incontroversas e pacíficas neste processo administrativo:

(A) que a SIG 108 adquiriu participação societária na GVT Par, pelo valor de EUR 2.984.526.145,00, por meio de um aumento de capital efetuado no exterior pela sua controladora Vivendi, em 19.12.2011; e

(B) que a SIG 72 efetivamente pagou EUR 1.117.562,59 à GVT BV pelo investimento de 0,0379% na GVT. Ambas as operações estavam denominadas em moeda estrangeira, foram realizadas exclusivamente no exterior e não envolveram a realização de quaisquer operações de câmbio no País;

6. O critério adotado pela fiscalização acaba levando a uma indevida tributação de supostas variações cambiais, que, além de não existirem no caso concreto (pois não há custo em reais), não representariam quaisquer acréscimos patrimoniais, rendimentos ou ganhos aos investidores não-residentes no País. De acordo com o disposto no artigo 43 do CTN, somente há que se cogitar a incidência do imposto de renda, do qual o IRF ora tratado é apenas uma espécie, nas hipóteses em que haja efetivo acréscimo patrimonial pelo titular do investimento;

7. Como os custos de aquisição detidos pela SIG 108 e pela SIG 72 são denominados exclusivamente em moeda estrangeira, a incidência do imposto de renda somente poderia ocorrer na hipótese em que haja um aumento de patrimônio em moeda estrangeira para tais investidores estrangeiros;

8. Desde a Portaria MF nº 550, de 3/11/1994, há previsão clara de que o ganho de capital auferido por não-residentes no País corresponde à diferença positiva, apurada em moeda estrangeira, entre o valor de alienação, redução de capital ou liquidação do investimento e o custo de aquisição da participação societária;

9. Nem a IN nº 208/02, nem a IN 1.455/14, posteriormente editada pela Receita Federal do Brasil para tratar do assunto, determinaram que o custo de aquisição devesse ser

convertido para reais com base na taxa de câmbio vigente na data original de investimento, para incluir variações cambiais como rendimentos tributáveis;

10. A legislação fiscal determina que, se o investimento foi realizado originalmente em moeda estrangeira, tal como o investimento detido pela SIG 108 e pela SIG 72 em relação às ações da GVT Par e da GVT, somente há que se falar em ganho de capital se, no momento da alienação ou liquidação, for recebida uma quantidade maior de moeda estrangeira do que aquela originalmente investida.

11. Esse entendimento encontra fundamento no § 5º do artigo 24 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, segundo o qual quando o investimento é feito originariamente em moeda estrangeira, o ganho de capital é definido pela diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição, ambos tomados com base nos valores denominados em moeda estrangeira. O artigo foi regulamentado pela IN nº 118/2000, que seguiu a mesma linha e determinou que o ganho de capital deve ser determinado com base no acréscimo patrimonial auferido em moeda estrangeira;

12. Ademais, o Regulamento do Imposto de Renda vigente à época dos fatos (RIR/99) dispôs, no artigo 690, inciso II, que não há que se falar na incidência do imposto de renda sobre os valores em moeda estrangeira registrados no Banco Central do Brasil como investimentos ou reinvestimentos, quando repatriados;

13. Segundo o artigo 143 do CTN, "quando o valor tributário esteja expresso em moeda estrangeira, no lançamento far-se-á sua conversão em moeda nacional ao câmbio do dia da ocorrência do fato gerador da obrigação. Paralelamente a essas disposições, o artigo 3º da Lei nº 10.305/01 dispôs que:

"Art. 3º. Para fins de determinação da base de cálculo dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, o valor em reais das transferências do e para o exterior será apurado com base na cotação de venda, para a moeda, correspondente ao segundo dia útil imediatamente anterior ao da contratação da respectiva operação de câmbio ou, se maior, da operação de câmbio em si"

14. No caso em exame, foi esse o procedimento adotado pela requerente para determinar os ganhos de capital tributáveis no Brasil pela SIG 108 e pela SIG 72;

15. As alegações feitas pela fiscalização em seu Termo de Verificação Fiscal de que, supostamente, a IN nº 1.455/14 e a IN nº 208/02 suportariam a forma pela qual

se pretende imputar o cálculo dos ganhos de capital auferidos pela SIG 108 e pela SIG 72 no presente caso, não merecem prosperar. Essas normas, como mencionado nos tópicos precedentes, dispõem somente que a determinação do imposto incidente sobre tais ganhos deve ocorrer "em Reais", mas sem que haja qualquer referência ou indicação quanto à taxa de conversão aplicável;

16. A IN nº 208/02 não trouxe qualquer disposição a respeito da forma de conversão dos valores de alienação ou de custo, limitando-se a equiparar as regras de tributação àquelas aplicáveis às pessoas físicas residentes no Brasil, determinando ainda que o ganho de capital corresponde à diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição do bem ou direito;

17. Já a IN nº 1.455/14, muito embora tenha se reportado aos termos "Valor de alienação em Reais" e "custo de aquisição em Reais", não tratou, em qualquer desses parágrafos, quanto à taxa de conversão a ser utilizada para apuração do tributo em Reais. Justamente porque essas taxas são aquelas determinadas precisamente no artigo 3a da Lei nº 10.305/01, utilizada pela Requerente neste caso;

DA IMPROCEDÊNCIA DO REAJUSTAMENTO DA BASE DE CÁLCULO

18. Ao formalizar o lançamento ora impugnado, a Fiscalização procedeu ao reajustamento da base de cálculo imputada à requerente, justificando tal procedimento com base no artigo 786 do RIR/18, completamente inaplicável ao presente caso, já que

instituído posteriormente aos fatos geradores ora discutidos. Com efeito, o artigo 5º do Decreto nº 9.580/2018, dispõe que tal regulamento entrou em vigor na data de sua publicação. Assim, por uma questão de irretroatividade da legislação tributária, esse dispositivo claramente não poderia ser aplicado em relação a um negócio jurídico concluído e aperfeiçoado em 28/05/2015;

19. Ainda que se considerasse aplicável tal reajustamento, a introdução desse dispositivo deixa muito claro que o reajustamento da base de cálculo somente se aplica *"quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto sobre a renda devido pelo beneficiário"*.

No presente caso, não houve qualquer demonstração de que tenha efetivamente ocorrido essa assunção por parte da requerente;

DA IMPROCEDÊNCIA DA MULTA DE OFÍCIO

20. A penalidade de 75% se mostra desproporcional, à luz do que dispõe o art. 142 do CTN, devendo ser afastada ou, no mínimo, reduzida para um valor proporcional e adequado;

21. Não há razão para ser aplicada a taxa de juros SELIC, na medida em que essa taxa não foi criada por lei para fins tributários;

DOS PEDIDOS

Diante dos fatos expostos, requer o acolhimento integral da presente impugnação, com o cancelamento do Auto de Infração, relativamente a todas as infrações indicadas no instrumento de lançamento, declarando-se improcedentes todos os valores lançados pelo Fisco.

É o relatório.

Nada obstante, o Acórdão recorrido, efls.2515/2546, julgou improcedente a impugnação administrativa, afastando todos os argumentos apresentados pelo contribuinte e mantendo a integralidade do crédito tributário lançado, conforme ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Data do fato gerador: 28/05/2015

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

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

O ganho de capital auferido por não-residente no País é determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação (em Reais) e o custo de aquisição (em Reais) do investimento, este podendo ser atualizado monetariamente até 31 de dezembro de 1995, desde que comprovado com documentação hábil e idônea.

IRRF. GANHO DE CAPITAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. BASE DE CÁLCULO. REAJUSTAMENTO.

Quando uma fonte pagadora efetuar pagamento sujeito a retenção de imposto, considera-se o valor pago como sendo líquido do imposto para reajustar a sua base de cálculo.

MULTA DE OFÍCIO NO PERCENTUAL DE 75%. AFASTAMENTO. REDUÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

A aplicação de multa de ofício no percentual de 75% tem expressa previsão legal no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, cabendo à autoridade tributária tão somente sua aplicação, face a natureza de atividade vinculada da administração tributária. Inexiste previsão legal que autorize o afastamento da multa de ofício, bem como a redução do percentual aplicado.

TAXA SELIC.

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

CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS JULGADORES ADMINISTRATIVOS.

Os órgãos julgadores administrativos não são competentes para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

DA VINCULAÇÃO DO JULGAMENTO EM 1ª INSTÂNCIA A DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS

Tendo em vista que a impugnação utiliza-se, em vários momentos, de decisões prolatadas em processos administrativos e/ou judiciais objetivando fortalecer seus argumentos de defesa e demonstrar a improcedência do lançamento, convém esclarecer, preliminarmente, que os julgados, sejam eles judiciais ou administrativos, apenas vinculam as decisões administrativas de 1ª instância nas situações expressamente previstas na Legislação.

DOCTRINA. VINCULAÇÃO DAS DRJ.

A manifestação da doutrina especializada não vincula as decisões prolatadas por este colegiado julgador.

Devidamente cientificado (08/10/2020) da decisão, o recorrente interpôs recurso voluntário (04/11/2020), efls. 2559/2606, onde repisa e reforça os argumentos já apresentados em sede de impugnação administrativa, que podem ser sintetizados nas conclusões e pedidos do recorrente:

VI. CONCLUSÃO E PEDIDO

149. As principais razões de fato e de Direito que justificam a interposição deste Recurso Voluntário e a necessidade de integral reforma da r. decisão recorrida por esse E. CARF podem ser sumarizadas nos seguintes pontos:

(i) a r. decisão recorrida, assim como a D. Fiscalização, se equivoca em relação a uma série de aspectos fáticos e jurídicos neste caso. Primeiramente, não há razões para se desconsiderar a documentação hábil e idônea que comprova o custo de aquisição efetivamente incorrido pelas sociedades *holdings* francesas SIG 108 e SIG 72 pelo

simples fato de não estarem em traduções juramentadas – traduções essas jamais solicitadas, dispensáveis haja vista que não prejudicaram de qualquer forma a análise dos documentos pela D. Fiscalização, mas ora juntadas aos autos para afastar quaisquer dúvidas quanto à sua validade, legitimidade e como demonstração de boa-fé da Recorrente (*docs. nºs 4 e 5, acima*);

(ii) em segundo lugar, a r. decisão recorrida simplesmente desconsiderou, de forma equivocada, que o custo de aquisição da SIG 108 no seu investimento na GVT Par corresponde ao valor atribuído em Euros, pela Vivendi, quando da contribuição das ações da GVT Par em aumento do capital social da SIG 108. Referida omissão não pode ser admitida, uma vez que a contribuição das ações da GVT Par detidas pela Vivendi em aumento de capital da SIG 108 consistiu em uma efetiva alienação de participação societária pela Vivendi, bem como em uma efetiva aquisição de participação societária pela SIG 108, devendo ser integralmente respeitada para todos os fins de direito;

(iii) ademais, pelo fato de a SIG 108 supostamente não possuir um RDE-IED – o que é inverídico –, a r. decisão recorrida alega que o custo de aquisição detido pela SIG 108 na GVT Par corresponderia ao montante originalmente investido pela Vivendi na GVT em Reais, refletido no seu capital social, afastando inclusive a aplicação da Portaria 550/94 ao caso concreto;

(iv) a r. decisão recorrida, portanto, não só confunde “capital social” com “custo de aquisição”, tal como havia também confundido a D. Fiscalização, como ainda se equivoca sobre os conceitos de “variações cambiais” e “atualização monetária”, “aquisição de empresa brasileira no exterior” e “ingresso de recursos no País”, levando a um entendimento completamente impreciso deste caso e a uma conclusão manifestamente equivocada;

(v) como comprovado no curso deste procedimento fiscal, todos os custos de investimento detidos pela SIG 108 e pela SIG 72 se deram originalmente em Euros e não houve qualquer ingresso de recursos no Brasil, nem operações de câmbio. Mesmo o certificado de investimento estrangeiro a que se refere a r. decisão recorrida, vale esclarecer, não reflete o custo de aquisição da SIG 108 e da SIG 72, tendo sido herdado quando da aquisição das participações;

(vi) isso porque, tendo havido uma aquisição por contribuição em aumento de capital, no primeiro caso, e pagamentos realizados integralmente no exterior, no segundo, a própria regulamentação do Banco Central do Brasil (Capítulo 2 da Circular 3.491/2010 e Resolução 3.844/10, artigo 1º, § 2º) dispõe que há simples “migração” proporcional dos certificados já existentes, o que não reflete o custo incorrido pelas entidades não-residentes no País. Não por outra razão, aliás, o artigo 23 da IN 1.455/14 chegou a ser alterado para suprimir a referência ao registro de investimento estrangeiro como prova do custo de aquisição, mantendo-se apenas a menção a documentos hábeis e idôneos;

(vii) não se pode perder de vista que os custos de aquisição detidos pela SIG 108 e pela SIG 72 em relação aos investimentos mantidos na GVT Par e na GVT são incontroversos e admitidos como válidos pela D. Fiscalização quando do lançamento, como deixam claras as páginas 17 a 24 do Termo de Verificação Fiscal: (a) SIG 108 adquiriu participação societária na GVT Par por meio de um aumento de capital efetuado no exterior pela sua controladora Vivendi, em 19.12.2011, ao custo de EUR 2.984.526.145,00; e (b) SIG 72 efetivamente pagou EUR 1.117.562,59 à GVT BV pelo investimento de 0,0379% na GVT;

(viii) no mérito, a r. decisão recorrida pontuou corretamente que as normas que disciplinam a forma de apuração de ganhos de capital auferidos por não-residentes no Brasil não se reportam à forma pela qual se deva converter para Reais os valores originalmente denominados em moeda estrangeira. Entretanto, ao adotar ficções para fazer as conversões conforme cálculos da D. Fiscalização, a DRJ/BEL acaba sendo completamente contraditória em sua análise, afastando, sem justificativas plausíveis, a aplicação das regras gerais que justamente confirmam a correção dos procedimentos adotados pela Recorrente neste caso;

(ix) tratando-se de investimentos originalmente realizados em moeda estrangeira, no valor total de EUR 2.985.643.707,59, quando da alienação das participações na GVT Par e na GVT pelo valor de EUR 5.082.668.670,83, a SIG 108 e a SIG 72 auferiram ganhos de capital tributáveis no Brasil equivalentes a EUR 2.097.024.963,24, tal como determinado pela Recorrente;

(x) diferentemente do que pontua a r. decisão recorrida, isso não significa dizer que houve mera apuração de ganhos de capital “em Euros”, em desacordo com a IN 1.455/14. A conversão e apuração desses ganhos “em Reais” ocorre justamente de acordo com a norma prevista no artigo 3º da Lei 10.305/01 – norma essa já contida desde a IN 41/99, razão pela qual são infundadas as justificativas da DRJ/BEL para negar-lhe eficácia;

(xi) aqui é importante deixar novamente claro que se está diante de típica hipótese de aplicação do artigo 24 da MP 2.158-35/01 e da IN 118/00. Afinal, houve investimentos originalmente realizados por não-residentes em moeda estrangeira, não se podendo admitir a tributação de variações cambiais fictícias, que jamais representaram qualquer tipo de “acréscimo patrimonial”, “renda”, ou “ganho” para SIG 108 e para SIG 72; e (xii) embora a r. DRJ/BEL reconheça a impropriedade do lançamento no que diz respeito ao reajustamento de base de cálculo, já que não se pode pretender aplicar o RIR/18 para fatos ocorridos em 2015, não se trata de simples formalidade sanável. No mérito esse procedimento é absolutamente equivocado. Por um lado, em razão do simples fato de a Recorrente não ter assumido qualquer ônus do imposto sobre a renda devido pelo beneficiário, que recaiu exclusivamente sobre as entidades alienantes da GVT Par e da GVT. Por outro, pelo fato de esse reajustamento ser somente aplicável a “rendimentos”, não alcançando “ganhos de capital”.

150. Assim, deve ser INTEGRALMENTE REFORMADA A R. DECISÃO RECORRIDA (Acórdão 01-37.941, proferido em 6.5.2020 pela 5ª Turma da DRJ/BEL, com o consequente cancelamento da exigência de principal (IRF), multa de ofício de 75% e dos juros lançados pela D. Fiscalização.

151. Na eventualidade de este caso acabar sendo decidido por esse E. CARF por voto de qualidade, levando a uma situação de nítida dúvida objetiva, requer-se seja determinada a imediata aplicação não só do disposto no artigo 24 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, nos artigos 100, parágrafo único, e 112 do CTN, como especialmente do artigo 28 da Lei nº 13.988, de 14.4.2020.

152. Por oportuno, a Recorrente protesta pela apresentação de Memoriais quando da inclusão deste caso em pauta de julgamentos e pela realização da sustentação oral por ocasião do seu julgamento por esse E. CARF.

Após, os autos foram encaminhados para o CARF para apreciação e julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jefferson Teodorovicz, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e interposto por parte legítima, preenchidos os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, o procedimento fiscal foi motivado por indícios de insuficiência de recolhimento de Imposto de Renda Retido na Fonte/IRRF em operação de aquisição de participação societária, realizada pela fiscalizada.

Segundo consta do Termo de Verificação Fiscal, a divergência que originou a lavratura do auto de infração decorre da diferença na interpretação dos artigos 26 da Lei nº 10.833, de 29.12.2003 (“Lei 10.833/03”), 3º da Lei nº 10.305, de 7.11.2001 (“Lei 10.305/01”),

24 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24.8.2001 (“MP 2.158-35/01”), 26, § 3º da Instrução Normativa nº 208, de 27.9.2002 (“IN 208/02”), 23, § 1º, da Instrução Normativa nº 1.455, de 6.3.2014 (“IN 1.455/14”) e da Instrução Normativa nº 118, de 28.12.2000 (“IN 118/00”), especificamente quanto às regras aplicáveis na apuração de ganho de capital em moeda estrangeira.

Segundo a acusação fiscal, a diferença de valores resultou da utilização de taxas de câmbio distintas para o cálculo do ganho de capital. A fiscalizada utilizou a taxa de câmbio da data da venda do grupo (3,42373, de 28/05/2015) para todas as operações de conversão de valores de euros em reais, enquanto o correto seria utilizar as respectivas taxas de câmbio de cada uma das datas de aquisição para a conversão dos valores dos custos de aquisição. Em outras palavras, a fiscalizada procedeu à atualização de tais custos (ignorou as taxas de câmbio das datas das aquisições (19/12/2011 e 31/08/2008).

Em sua impugnação, o ora Recorrente, sustentou:

(A) sob o ponto de vista fático, a D. Fiscalização acaba confundindo “capital social” com “custo de aquisição”. O primeiro valor sempre será o número de ações multiplicado pelo respectivo valor nominal, mas não necessariamente tal valor corresponderá ao custo de aquisição. Foi exatamente o que ocorreu neste caso, em que uma empresa com capital social de R\$ 7.671.726.003,00 (GVT Par) foi adquirida, no exterior, por EUR 2.984.526.145,00 pela SIG 108. A alteração de estatuto social a que se reporta a D. Fiscalização representa única e exclusivamente a mudança de titularidade de capital social da GVT Par, não havendo qualquer relação entre esse documento e o custo de aquisição incorrido pela SIG 108;

(B) aliás, se o entendimento da D. Fiscalização estivesse correto, sequer haveria ganhos de capital neste caso, pois a própria Recorrente também adquiriu da SIG 108 e da SIG 72 o total de 7.671.726.003 ações da GVT Par com valor nominal de R\$ 1,00, cada;

(C) o entendimento da D. Fiscalização em relação a esse ponto chega a ser até mesmo contraditório, pois o próprio Fisco reconhece que as aquisições de participação na GVT Par e na GVT pelas investidoras francesas SIG 108 e SIG 72 ocorreram inteiramente no exterior, e admite como válidos os documentos que suportam os respectivos custos de aquisição em Euros (vide fls. 17 a 24 do Termo de Verificação Fiscal);

(D) a apuração dos ganhos de capital auferidos pela SIG 108 e pela SIG 72, quando da alienação dos seus respectivos investimentos detidos na GVT Par e na GVT, em 28.5.2015, observou estritamente as regras tributárias aplicáveis, o entendimento administrativo e jurisprudencial, orientações expedidas pela própria Receita Federal do Brasil em Soluções de Consulta e posição consolidada da doutrina quanto ao assunto;

(E) tratando-se de participação societária adquirida pela SIG 108 e pela SIG 72 inteiramente no exterior, em moeda estrangeira, sem qualquer tipo de câmbio ou entrada de recursos no País, o único modo possível para se aferir o custo de aquisição é com base em documentação hábil e idônea, tal como consta na IN 208/02 e na IN 1.455/14;

(F) isso não significa dizer que o IRF brasileiro não tenha sido apurado em Reais, tal como indicado nessas regras. Houve apuração do imposto em Reais, nos exatos termos definidos na Lei 10.305/01. O problema no cálculo apresentado pela D. Fiscalização, além da confusão entre “capital social” e “custo de aquisição”, é que ele leva a uma indevida tributação de variações cambiais decorrentes de diferenças na cotação do Euro entre as datas de investimento e de alienação da participação societária;

(G) contudo, na perspectiva do investidor não-residente, é fato que variações cambiais não representam renda, especialmente no caso em exame, no qual sequer houve ingresso de moeda no País e conversão para Reais – como reconhece o Fisco, todas as aquisições de participação se deram no exterior, exclusivamente em moeda estrangeira. Nesse sentido, considerando o disposto na MP 2.158-35/01 e na IN 118/00, é certo que os ganhos de capital devem ser calculados inicialmente com base no efetivo ganho em

moeda estrangeira (Euros), afinal, os investimentos foram originalmente realizados também em moeda estrangeira (Euros).

Após a apresentação da impugnação, a DRJ entendeu que deveria ser mantido o lançamento pelos seguintes fundamentos:

Diante do acima transcrito, a Instrução Normativa não deixa dúvidas quanto à forma como determinar que o ganho de capital auferido por não residentes: este resultará da diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição, ambos em Reais.

O disposto na IN nº 1.455/2014 afasta, prontamente, o procedimento adotado pela impugnante, pois, analisando o quadro apresentado pela recorrente para apuração do ganho de capital, embora todos os valores em Euros estejam convertidos para reais, verifica-se que o que a impugnante fez, na prática, foi apurar o ganho de capital em Euros, utilizando-se dos valores de custo de aquisição e de preço de alienação em Euros e, então, convertendo o ganho de capital apurado em Euros para Reais, contrariando, desta forma, o disposto no art. 23 da citada Instrução Normativa, conforme acima reproduzido.

Argumenta a impugnante que: "Já a IN nº 1.455/14, muito embora tenha se reportado aos termos "Valor de alienação em Reais" e "custo de aquisição em Reais", não tratou, em qualquer desses parágrafos, quanto à taxa de conversão a ser utilizada para apuração do tributo em Reais. Justamente porque essas taxas são aquelas determinadas precisamente no artigo 3º da Lei nº 10.305/01, utilizada pela Requerente neste caso."

De fato, a IN RFB nº 1.455/2014 não faz qualquer referência à taxa de conversão a ser utilizada para determinação tanto do valor da alienação quanto do custo de aquisição em Reais.

Entretanto, o texto do art. 23, ao se referir à "diferença positiva entre o valor de alienação em Reais e o custo de aquisição em Reais do bem ou direito ", teve o cuidado de especificar que cada uma dessas variáveis deve já estar convertida em Reais para que se proceda à apuração do Ganho de Capital.

E a consequência lógica de que os valores de custo de aquisição e de preço de alienação já estejam convertidos para Reais ao se proceder à apuração do Ganho de Capital é que tais valores tenham sido convertidos pela taxa de câmbio da data das operações de aquisição e na data da alienação.

Senão, vejamos: tomando como base os valores de custo de aquisição, pode-se, apenas para fins de análise, inferir que a conversão para Reais somente poderia ser feita utilizando-se as taxas de câmbio em duas datas relacionadas às operações: ou aquela da data da aquisição das participações societárias ou a data da alienação destas mesmas participações societárias.

A segunda opção corresponde, exatamente, ao procedimento adotado pela impugnante, mas que, na verdade, corresponde a realizar a apuração do Ganho de Capital em Euros e não em Reais, mesmo que todos os valores tenham sido convertidos para Reais, como no quadro apresentado pela impugnante.

Como já citado acima, tal procedimento afronta o disposto no art. 23 da IN RFB nº 1.455/2014.

Afastada a aplicação da taxa de câmbio da data da alienação, restaria a opção de se utilizar a taxa de câmbio das datas da aquisição das participações societárias, única solução, portanto, que, por uma questão de lógica, se coaduna com o texto do art. 23 da IN RFB nº 1.455/2014.

Quanto ao disposto no art. 3º da Lei nº 10.305/2011, a impugnante argúi que "não se poderia impor uma taxa de câmbio para conversão desses valores denominados em moeda estrangeira diferentemente daquela prevista no artigo 3º da Lei 10.305/01" não justifica, nem de longe, o procedimento da recorrente.

Primeiramente, cabe esclarecer que a Lei nº 10.305/2001 trata de tema bastante específico:

(...)

A referida lei, resultado da conversão da Medida Provisória nº 03, de 26 de setembro de 2001, permitiu às empresas diferir as perdas cambiais sofridas em função de acentuado processo de desvalorização do real frente ao dólar, ocorrida no 2º semestre de 2001.

Constata-se, portanto, não haver nexo que vincule o disposto na citada lei com as operações objeto da lide, que trata de tema totalmente diverso.

Mas ainda que se admitisse a aplicação da Lei nº 10.305/2001, aos fatos em discussão, da leitura do disposto no seu art. 3º não sobressai qualquer entendimento de que o ali disposto fundamenta o procedimento adotado pela impugnante.

Analisemos o texto do art. 3º:

Art. 3º Para fins de determinação da base de cálculo dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, o valor em reais das transferências do e para o exterior será apurado com base na cotação de venda, para a moeda, correspondente ao segundo dia útil imediatamente anterior ao da contratação da respectiva operação de câmbio ou, se maior, da operação de câmbio em si.

O máximo que pode se inferir do acima disposto é que o artigo determina qual a cotação a ser adotada para se proceder à conversão para Reais de valores, em moeda estrangeira, transferidos para o exterior, como forma de definir a base de cálculo dos tributos administrados pela Receita Federal do Brasil.

Constata-se, portanto, que a impugnante não logrou êxito em demonstrar como o art. 3º da Lei nº 10.305/2001 fundamentou, em seu entender, não apenas o procedimento por ela adotado na apuração do Imposto de Renda sobre o Ganho de Capital na operação de alienação das participações societárias na GVT Participações S/A e na GVT S/A, como a alegação de que qualquer outro procedimento por ventura adotado não se adequaria ao disposto no citado artigo.

Importante consignar ainda que a DRJ apresenta um novo argumento para resguardar o lançamento, a suposta não comprovação dos custos de aquisição por documentação hábil e idônea.

Contudo, sem muito me delongar sobre esta matéria, analisando o Termo de Verificação Fiscal, verifica-se **que não há questionamentos acerca da composição dos custos de aquisição, de sorte que tais considerações do ilustre julgador de primeira instância se qualificam como verdadeira inovação na acusação fiscal**, o que encontra óbice no art. 146 do CTN que veda a alteração de critério jurídico, bem como no art. 59 do Decreto n. 70.235/72, configurando-se verdadeira ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

E, ainda que se analisasse o mérito da questão, pôde-se observar que o recorrente se desincumbiu de seu ônus probatório, juntando também em sede recursal os documentos probantes do custo de aquisição e devidamente traduzidos (acordo de aporte de títulos), às efls. 2730 e ss, e que, em minha leitura, demonstra a comprovação dos valores das operações.

De qualquer forma, entendo que tal capítulo da decisão recorrida é nulo, não podendo gerar efeitos para fins deste julgamento. **Nesse caso, adoto como premissa fática as definições estabelecidas no TVF, desconsiderando, portanto, os argumentos aduzidos no Recurso quanto à validade das operações e as comprovações dos custos de aquisição, uma vez que tais elementos não foram questionados pela fiscalização.**

Apesar disso, registre-se que ainda resta pendente de análise a discussão acerca da correta taxa de câmbio a ser utilizada no caso concreto.

Inicialmente, a Recorrente alega que o art. 43 do CTN vedaria a tributação da variação cambial. Contudo, tal interpretação restritiva não é abalizada na legislação de regência, nos precedentes ou sequer na doutrina, como ilustra artigo redigido por Luis Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino:

Ora, uma renda adquirida é aquela já realizada. Daí a afirmação de que, na sistemática do CTN, não é possível a tributação da renda, enquanto não adquirida. Ou seja, a mera valorização nominal do patrimônio não é passível de tributação, pois igualmente essa valorização poderia desaparecer no momento seguinte e se converter em perda, antes que se concretizasse um ganho a ser utilizado pelo particular que o detém⁵⁰. Por isso que, à luz da disciplina do CTN, não poderia o Imposto de Renda incidir sobre um ganho de capital ficto, i.e., não realizado (e.g., exit tax).

Para que possa haver uma realização, o acréscimo ou decréscimo de valor deve ser de segura constatação, tanto em relação à ocorrência do fato que lhe deu origem (materialidade), como na objetividade de sua mensuração (objetividade) e segurança na sua concreção (prudência)⁵¹. Embora o legislador possa adotar diversos critérios para a realização da renda, no caso da valorização cambial, considerando a necessidade de esse acréscimo estar efetivamente disponível, só se verifica ganho cambial no momento da alienação do ativo, seja em moeda estrangeira, seja ele a própria moeda estrangeira. Somente nesse instante é que se pode, ao comparar com o custo de aquisição do bem, adquirir ganho em virtude da valorização da moeda estrangeira em frente da nacional. Ou seja, constata-se (ii) acréscimo patrimonial apenas na hipótese em que nível maior de riqueza (valorização da moeda estrangeira) é efetivamente auferido, i.e., no átimo em que foi verificada a alienação.

(...)

Diante do exposto, verifica-se que, para se cogitar a incidência de Imposto de Renda à luz da definição do CTN sobre a variação cambial, dois elementos fazem-se necessários. Primeiro, é preciso que exista uma riqueza a ser tributada, a qual se constata pela existência de um ganho cambial. Ou seja, entre a aquisição e a alienação, deve haver uma valorização da moeda estrangeira em frente da moeda nacional. Segundo, é irrelevante que tenha havido essa valorização cambial positiva se ela não foi realizada. A riqueza (ganho cambial) deve estar disponível; ser adquirida. Em outras palavras, a apuração do ganho cambial só ocorre no instante em que há efetiva alienação do ativo. (SCHOUERI, Luis Eduardo; GALDINO, Guilherme. Imposto de Renda sobre Variação Cambial de Recursos Repatriados no Âmbito do RERCT. Revista Direito Tributário Atual nº 39, p. 286/287)

Em seu Recurso Voluntário, a Recorrente consigna que a decisão da DRJ pontua que não há norma relacionada à forma de apuração de ganhos de capital por não-residentes no País que disponha sobre a taxa de câmbio que deva ser adotada para fins da conversão de valores eventualmente expressos em moeda estrangeira, tal como neste caso.

Contudo, além de não ter identificado tal assertiva no voto condutor do acórdão, tampouco com ela concordo.

Vejamos: o art. 18 da Lei n. 9.249/1995 determina que o ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior **será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País.**

De sua parte, a Instrução Normativa SRF nº 208/2002 estabeleceu em seu artigo 26 que "a alienação de bens e direitos situados no Brasil realizada por não-residente está sujeita à

tributação definitiva sob a forma de ganho de capital, segundo as normas aplicáveis às pessoas físicas residentes no Brasil".

Neste ponto, o art. 24 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, vigente à época do fato gerador aqui discutido, ao tratar da temática estabeleceu que:

Art. 24. **O ganho de capital decorrente da alienação de bens ou direitos** e da liquidação ou resgate de aplicações financeiras, de propriedade de pessoa física, **adquiridos, a qualquer título, em moeda estrangeira**, será apurado de conformidade com o disposto neste artigo, mantidas as demais normas da legislação em vigor.

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

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

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

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

§ 5º Na hipótese de aquisição ou aplicação, por residente no País, com rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira, a base de cálculo do imposto será a diferença positiva, em dólares dos Estados Unidos, entre o valor de alienação, liquidação ou resgate e o custo de aquisição do bem ou do direito, convertida para Reais mediante a utilização do valor do dólar para compra, divulgado pelo Banco Central do Brasil para a data da alienação, liquidação ou resgate, ou, no caso de operação a prazo ou a prestação, na data do recebimento de cada parcela.

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

I - de bens localizados no exterior ou representativos de direitos no exterior, bem assim de aplicações financeiras, adquiridos, a qualquer título, na condição de não-residente;

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

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

Este dispositivo é bem explicado por Schoueri e Galdino:

Com a edição da MP n. 2.158-35/2001, a legislação brasileira estabeleceu que ganhos de capital decorrentes da alienação de bens adquiridos em moeda estrangeira estão sujeitos ao Imposto de Renda da seguinte forma:

“Art. 24. O ganho de capital decorrente da alienação de bens ou direitos e da liquidação ou resgate de aplicações financeiras, de propriedade de pessoa física, adquiridos, a qualquer título, em moeda estrangeira, será apurado de conformidade com o disposto neste artigo, mantidas as demais normas da legislação em vigor.

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

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

Nota-se que o legislador expressamente inseriu ganhos cambiais, diretos ou indiretos, dentre os ganhos de capital decorrentes da alienação (i.e., realização) de bens adquiridos em moeda estrangeira. Todavia, conforme dispõem os §§ 3º, 4º e 5º abaixo, **o legislador distinguiu o tratamento de tais ganhos a depender da origem dos rendimentos empregados na aquisição dos bens:**

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

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

§ 5º Na hipótese de aquisição ou aplicação, por residente no País, com rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira, a base de cálculo do imposto será a diferença positiva, em dólares dos Estados Unidos, entre o valor de alienação, liquidação ou resgate e o custo de aquisição do bem ou do direito, convertida para Reais mediante a utilização do valor do dólar para compra, divulgado pelo Banco Central do Brasil para a data da alienação, liquidação ou resgate, ou, no caso de operação a prazo ou a prestação, na data do recebimento de cada parcela”.

Depreende-se dos dispositivos acima que há dois regimes distintos.

Para os bens adquiridos com (i) rendimentos auferidos originariamente em BRL, faz-se necessária a conversão, quando for o caso, do valor de alienação, liquidação ou resgate, em BRL, para depois calcular a diferença com o custo de aquisição do bem ou direito. Havendo diferença positiva, ou seja, efetivo ganho na operação, chega-se à base de cálculo do Imposto de Renda. Vale ressaltar que, para não haver problemas com a relação entre as moedas, o valor do USD a ser considerado é aquele divulgado pelo Banco Central do Brasil na data da realização do ganho (da alienação, liquidação ou resgate).

Assim, nessa diferença positiva, levou-se em conta o custo de aquisição em BRL e o valor de alienação em BRL, ainda que possa ter sido expresso em moeda estrangeira. Nessa hipótese, em razão do método do cálculo do ganho de capital auferido, necessariamente o ganho cambial torna-se sujeito à incidência do Imposto de Renda. O legislador inclui, numa só conta, o eventual ganho cambial e o decorrente da própria valorização do bem em moeda estrangeira. Diante dessa postura, é possível que se tenha um ganho líquido tributável, ainda que, em moeda estrangeira, se tenha uma perda de capital: basta que o ganho cambial ultrapasse aquela perda para que, em termos líquidos, se apure um ganho tributável.

A taxa de câmbio do custo de aquisição acaba por ser implicitamente considerada, uma vez que a diferença positiva só pode ser constatada após a conversão do custo de alienação. Dado que os recursos utilizados na aquisição do bem foram originariamente obtidos em BRL, houve uma taxa de câmbio, a qual é contraposta com a taxa de câmbio do valor de alienação a ser convertido em BRL. Por exemplo, ao obter rendimentos, em BRL, fruto do seu trabalho no Brasil, Caio converte esse montante e adquire um imóvel em USD nos EUA, mas o vende por valor superior ao de aquisição, meses depois, em USD a Tício. Como o bem adquirido (em moeda estrangeira) foi alienado em moeda estrangeira, houve um ganho de capital auferido em moeda estrangeira. Não é esse ganho, entretanto, que é tributado no Brasil, pois falta considerar o efeito cambial, para que se apure o ganho líquido (ou perda). Nesse caso, o § 4º do art. 24 da MP n. 2.158-35/2001 estabelece que se converta o valor de alienação na data em que auferido. Dessa forma, contrapõe-se o valor de alienação em BRL com o custo de aquisição também em BRL. Nessa operação, a variação cambial decorrente das taxas de câmbio utilizadas acaba por impactar o ganho de capital. Se entre a conversão dos rendimentos em BRL

para USD e a alienação do imóvel, o USD valorizou-se em frente do BRL, o ganho cambial é tributado. Todavia, se o USD desvalorizou-se, a perda cambial acaba por diminuir o ganho de capital sujeito à incidência do Imposto de Renda.

Em poucas palavras, o método de cálculo de ganhos de capital decorrentes da alienação de bens adquiridos em moeda estrangeira com rendimentos auferidos originariamente em BRL compreende a variação cambial oriunda das taxas de câmbio de aquisição e de alienação. Por isso, havendo ganho cambial, a incidência do Imposto de Renda sobre o ganho de capital do bem adquirido acaba por compreendê-lo.

Já para os bens adquiridos com (ii) rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira, o § 5º do art. 24 da MP n. 2.158-35/2001 estabelece um método de cálculo diverso: não se converte o valor de alienação expresso em moeda estrangeira, mas se tributa a própria diferença positiva entre tal montante e o custo de aquisição, i.e., a base de cálculo. A razão para essa forma de apuração é simples: inexistência de variação cambial (BRL com outra moeda estrangeira) a que se pudesse cogitar qualquer incidência de Imposto de Renda.

Tratando-se de alienação de um bem adquirido com recursos obtidos originariamente em moeda estrangeira, falta o câmbio de aquisição que seria contraposto ao câmbio de alienação para a apuração de possível ganho cambial. Afinal, o bem tem origem em moeda estrangeira, e nunca teve BRL empregados em sua aquisição. Aliás, sequer existe aquisição de moeda estrangeira com BRL. Consistentemente, a legislação determina a apuração da base de cálculo do imposto em USD, depois convertida em BRL na taxa de câmbio divulgada para a data da alienação – única cotação existente e utilizada no cálculo do tributo. Se há apenas uma taxa de câmbio, é impossível cogitar variação cambial. Nessa hipótese, Caio não converte BRL em USD para adquirir um imóvel, pois o rendimento empregado já fora auferido em USD.

Desse modo, não parece correto dizer que esse regime “não dá ensejo a tributação sobre variação cambial, mas somente pelo ganho na operação propriamente dita”⁵⁴ como se fosse alguma norma isentiva ou de não incidência. Essa situação não está compreendida no campo de competência tributária, pois inexistência de qualquer ganho cambial envolvendo BRL a ser considerado. E a razão pela qual isso ocorre é uma só: sequer é possível cogitar variação cambial por ausência da taxa de câmbio da aquisição do bem. Portanto, somente o ganho de capital relativo ao bem se encontra passível de tributação.

Ressalta-se, contudo, que em tal método, pode-se cogitar incidência de Imposto de Renda sobre ganho cambial decorrente de variação cambial entre diferentes moedas estrangeiras. Afinal, é possível que o rendimento seja originariamente obtido em USD, mas o bem seja adquirido em euro (“EUR”) e o valor de alienação também em EUR. Nessa hipótese, como o § 5º do art. 24 da MP n. 2.158-35/2001 determina que a base de cálculo seja em USD, necessariamente há duas taxas de câmbio entre as mesmas moedas a serem consideradas. Dessa forma, se existentes ganhos cambiais entre moedas estrangeiras, ficam eles sujeitos à incidência do Imposto de Renda, como qualquer ganho de capital.

De toda forma, resta evidente que o método de cálculo de ganhos de capital decorrentes da alienação de bens adquiridos com rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira jamais compreende ganho cambial oriundo de taxas de câmbio envolvendo o BRL. Em sendo tal moeda estrangeira o USD, é impossível cogitar qualquer variação cambial, uma vez que há apenas uma taxa de câmbio adotada: de USD para BRL. **O ganho de capital auferido em USD é tão somente convertido em BRL. Por isso que o § 5º do art. 24 da MP n. 2.158-35/2001 exige a conversão direta da própria diferença positiva (base de cálculo) e não do valor de alienação expresso em moeda estrangeira para depois se calcular a referida diferença, conforme exige o primeiro método já explicado.**

Diante desses regimes instituídos pela MP n. 2.158-35/2001, constata-se que pouco importa quem pagou os rendimentos ao alienante do bem anteriormente adquirido em moeda estrangeira. Tampouco é relevante a razão pela qual assim o fez. A ausência de

definição da expressão “rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira” pela MP n. 2.158-35/2001 e pela Instrução Normativa da RFB n. 118, de 28 de dezembro de 2000 (“IN RFB n. 118/2000”) que a explicitou não impedem que se verifique o critério escolhido pelo legislador, qual seja, a moeda de pagamento. Basta saber se os recursos utilizados na aquisição do bem foram originariamente auferidos em BRL ou em moeda estrangeira. Como demonstrado acima, tal discrimen tem fundamento na abrangência ou não da variação cambial envolvendo o BRL. Assim, o emprego do termo “originariamente” tem como escopo evitar que recursos auferidos em BRL sejam posteriormente convertidos em moeda estrangeira para a aquisição do bem. Afinal, se assim ocorre, deixa o recurso de ser originariamente obtido em moeda estrangeira, mas derivada.

(...)

Tendo em vista os regimes estabelecidos pela MP n. 2.158-35/2001, constata-se que, diante do caso concreto, faz-se necessário, primeiro, saber em qual moeda o alienante auferiu os recursos empregados quando da aquisição do bem. Se em BRL, é possível cogitar incidência de Imposto de Renda sobre ganho cambial. Afinal, o método previsto considera (ainda que implicitamente) a taxa de câmbio de aquisição, bem como a taxa de câmbio de alienação, já que, quando expresso em moeda estrangeira, o valor de alienação precisa ser convertido. Por outro lado, se em moeda estrangeira, não há como cogitar incidência de Imposto de Renda sobre ganho cambial envolvendo BRL. Isso ocorre pela simples razão de que inexistente variação cambial (positiva). Como os recursos foram originariamente auferidos em moeda estrangeira, não houve emprego de BRL na aquisição do bem. Sem a taxa de câmbio de aquisição, resta apenas a taxa de câmbio da alienação, a qual se aplica diretamente à diferença positiva (base de cálculo). Nessa hipótese, não há isenção ou não incidência por falta de previsão legal. Inexiste, isso sim, a própria variação cambial envolvendo BRL. (SCHOUERI, Luis Eduardo; GALDINO, Guilherme. Imposto de Renda sobre Variação Cambial de Recursos Repatriados no Âmbito do RERCT. Revista Direito Tributário Atual nº 39, p. 287/291)

No caso concreto, tratando-se de investimento originalmente realizado em moeda estrangeira, no valor total de **EUR 2.985.643.707,59**, como resta incontroverso, no caso, tem-se comprovado que, quando da alienação das participações na GVT Par e na GVT pelo valor de **EUR 5.082.668.670,83**, a SIG 108 e a SIG 72 auferiram ganhos de capital tributáveis no Brasil equivalentes a **EUR 2.097.024.963,24**, tal como determinado pela Requerente.

Por óbvio, conforme bem salientado no excerto do artigo acima transcrito, tais valores deveriam ter sido convertidos para o dólar americano, conforme determinado expressamente pela legislação de regência. Contudo, não tendo este equívoco sido indicado pela acusação fiscal, não há que se cogitar qualquer lançamento em sede de contencioso.

Assim, entendo que deve ser cancelado o presente auto de infração.

Ante o exposto, voto por conhecer e dar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz

Declaração de Voto

Conselheiro Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho.

Manifestei interesse em realizar declaração de voto para fins de apresentar as razões que me levaram a dar provimento ao recurso voluntário, em mesmo sentido ao posicionamento do Relator. Tais questões não se opõem às razões expostas pelo Relator. Ao contrário, a elas se somam.

A questão discutida nos presentes autos é, quanto aos fatos, simples. Como consignado pelo próprio TVF, a diferença entre os cálculos do ganho de capital da fiscalizada e da fiscalização se deve unicamente em relação à taxa de câmbio utilizada para compor o preço do custo de aquisição dos ativos (participações societárias):

A diferença de valores resultou da utilização de taxas de câmbio distintas para o cálculo do ganho de capital. A fiscalizada utilizou a taxa de câmbio da data da venda do grupo (3,42373, de 28/05/2015) para todas as operações de conversão de valores de euros em reais, enquanto o correto seria utilizar as respectivas taxas de câmbio de cada uma das datas de aquisição para a conversão dos valores dos custos de aquisição. Em outras palavras, a fiscalizada procedeu à atualização de tais custos (ignorou as taxas de câmbio das datas das aquisições (19/12/2011 e 31/08/2008).

Tanto que, acertadamente, o Relator apontou que outros fundamentos adotados pela DRJ (não comprovação da formação dos custos por documentação hábil e idônea) não podiam ser considerados, sob pena de inovação de critério jurídico.

A questão cinge-se, portanto, unicamente à forma de cálculo do custo de aquisição (se com o câmbio da data da operação de venda, como defende a Recorrente, ou outro). Pois bem.

Em primeiro lugar, note-se que a tributação pelo ganho de capital do não residente tem previsão legal no art. 18 da Lei 9.249/1995. A retenção, pelo adquirente, encontra respaldo no art. 26 da Lei 10.833/2003:

Lei n. 9.249/95

Art. 18. O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País.

Lei n. 10.833/03

Art. 26. O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.

A primeira premissa a ser fixada é, pois, de que o ganho de capital auferido pelo não residente é apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis às pessoas físicas residentes no país. Guilherme Galdino assim aponta:

A despeito de serem pessoas físicas ou jurídicas, aplica-se o regime de retenção na fonte, o qual, para os ganhos de capital, equipara-se expressamente ao das pessoas físicas residentes no Brasil. Nessa hipótese, os não residentes sujeitam-se ao Imposto de

Renda das Pessoas Físicas (IRPF), cobrado de forma analítica ou isolada, a qual consiste na tributação segregada de cada renda¹.

A possibilidade de tributação de não residentes em operações envolvendo bens situados no Brasil evidencia aplicação do princípio da territorialidade, como elemento de conexão entre o fato econômico e a soberania estatal, justificando e legitimando a tributação.

Nessa linha, João Francisco Bianco² aponta que a fonte de produção (ou seja, o ativo localizado no Brasil) representa elemento de conexão suficiente para justificar a tributação, no que é acompanhado por Ramon Tomazela Santos³, para quem a localização em território nacional não é mero capricho, mas verdadeira garantia da vinculação do fato econômico à jurisdição.

Dentre os bens situados no Brasil, para fins de Imposto de Renda, a legislação brasileira vigente à época dos fatos discutidos no presente processo distinguia aqueles bens ou direitos adquiridos com moeda estrangeira, daqueles adquiridos em reais. Tal distinção é feita de forma expressa pelo art. 24 da Medida Provisória 2.158-35/2001:

Art.24. O ganho de capital decorrente da alienação de bens ou direitos e da liquidação ou resgate de aplicações financeiras, de propriedade de pessoa física, adquiridos, a qualquer título, em moeda estrangeira, será apurado de conformidade com o disposto neste artigo, mantidas as demais normas da legislação em vigor.

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

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

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

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

§5o Na hipótese de aquisição ou aplicação, por residente no País, **com rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira**, a base de cálculo do imposto será a **diferença positiva, em dólares dos Estados Unidos**, entre o valor de alienação, liquidação ou resgate e o custo de aquisição do bem ou do direito, **convertida para Reais mediante a utilização do valor do dólar para compra**, divulgado pelo Banco Central do Brasil para a data da alienação, liquidação ou resgate, ou, no caso de operação a prazo ou a prestação, na data do recebimento de cada parcela.(Revogado pela Medida Provisória nº 1.171, de 2023)

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

¹ GALDINO, Guilherme. Imposto de renda e ganhos de capital auferidos por não residentes: progressividade, universalidade e generalidade. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 22, n. 127, p. 79-99, jan./fev. 2024.

² BIANCO, João Francisco. O Imposto de Renda e a Nova Redação do art. 43 do CTN. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Grandes questões atuais do Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. v. 5. p. 197-211

³ SANTOS, Ramon Tomazela. O ganho de capital auferido por não residente – a alienação indireta de participação societária e a alienação de American depositary receipts – análise do artigo 26 da Lei n. 10.833/2003. Revista Dialética de Direito Tributário n. 235. São Paulo: Dialética, 2015. p. 131.

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

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

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

A 2ª Seção deste Conselho, inclusive, reconhece a validade de tal metodologia, a exemplo do Acórdão nº 2201-002.765 em que se reconheceu que a legislação estabelece duas diferentes formas de cálculo, a saber:

a) a primeira determinado pela Portaria MF n. 550, de 1994, quando combinada com o § 5o., art. 24 da Medida Provisória no 2.158, de 2001, onde se determina que, para bens ou direitos adquiridos com rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira, o custo do bem ou direito será computado em moeda estrangeira, com o ganho de capital também sendo computado em moeda estrangeira e somente então se realizando a conversão para reais, utilizando-se os valores do em moeda estrangeira constantes do Registro BACEN como prova;

b) o segundo estabelecido pelo art. 17 da Lei no. 9.249, de 1995, onde o custo de aquisição é apurado em moeda nacional, admitida a correção em UFIR até 31/12/95.

Tratam-se de procedimentos notoriamente excludentes: ou se apura o custo de aquisição em moeda nacional, ou, alternativamente, se apura o mesmo em moeda estrangeira, restringindo-se este último procedimento aos bens ou direitos adquiridos com rendimentos originariamente auferidos em moeda estrangeira.

Ao tratar dos bens adquiridos com rendimentos oriundos de moeda estrangeira a norma em questão expressamente afirma que a base de cálculo do imposto será a diferença positiva, em dólares, entre o valor de alienação e o custo de aquisição, convertida em Reais, mediante utilização do dólar vigente na data da alienação.

Note-se que, do ponto de vista sintático da redação legislativa, parece evidente que a expressão “convertida para Reais” relaciona-se com a “diferença positiva”. Nos termos da precisa dicção da Lei, não há “duas conversões” como pretendeu a fiscalização (do custo de aquisição e do valor de alienação), mas apenas uma, a da “diferença”. **É apenas a diferença positiva obtida que se converte em Reais, não os fatores em separado.**

Isso significa dizer que, a rigor, sequer se está diante de variação cambial, pois não há duas conversões cambiais separadas por um lapso temporal, mas apenas uma, incidente na venda, relativa à diferença positiva obtida, calculada em moeda estrangeira.

Há de se observar que tal solução já era dada pela Portaria MF 550/1994, cuja redação do art. 2º era bastante semelhante ao art. 24 acima transcrito. Em seguida, seu art. 3º não deixava margem à dúvida: **“A base de cálculo será determinada mediante a conversão do ganho de capital para reais, com base na taxa de câmbio fixada para venda no dia da operação”.**

A intenção do legislador para os bens adquiridos com moeda estrangeira parece bastante clara: retirar de tal metodologia os efeitos decorrentes da variação cambial, que, a depender das oscilações de mercado, pode ter efeitos indesejados inclusive para o próprio Fisco nacional, até mesmo com subtributação do ganho, em caso de apreciação cambial no horizonte temporal.

As distorções potenciais da utilização do câmbio de aquisição são notadas pela doutrina, a exemplo de Luís Eduardo Schoueri e Roberto Quiroga:

“Adicionalmente, há controvérsias quanto à moeda utilizada para fins de apuração do ganho de capital: em moeda estrangeira ou em Reais. Especificamente, a discussão gira em torno se deve ser utilizado o câmbio da data da alienação (cálculo do ganho em moeda estrangeira) ou da aquisição (cálculo considerando o valor do câmbio de aquisição).

A utilização do câmbio da aquisição gera distorções, tendo em vista a flutuação das moedas, de modo que, nos casos em que o valor da alienação é, em moeda estrangeira, o custo de aquisição, a tributação do não residente incidirá exclusivamente sobre a variação cambial.”⁴

Nesse sentido, Luís Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino aprofundam a sistemática, detalhando que, nos bens adquiridos com moeda estrangeira, o que se converte é a base de cálculo, havendo uma única taxa de câmbio aplicável à operação. **Por tal razão não há que se falar propriamente em tributação (ou não) da variação cambial, mas de verdadeira inexistência de variação cambial, pois há uma única operação de conversão:**

Já para os bens adquiridos com (ii) rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira, o § 5º do art. 24 da MP n. 2.158-35/2001 estabelece um método de cálculo diverso: não se converte o valor de alienação expresso em moeda estrangeira, **mas se tributa a própria diferença positiva entre tal montante e o custo de aquisição, i.e., a base de cálculo.** A razão para essa forma de apuração é simples: inexistência de variação cambial (BRL com outra moeda estrangeira) a que se pudesse cogitar qualquer incidência de Imposto de Renda.

Tratando-se de alienação de um bem adquirido com recursos obtidos originariamente em moeda estrangeira, falta o câmbio de aquisição que seria contraposto ao câmbio de alienação para a apuração de possível ganho cambial. **Afinal, o bem tem origem em moeda estrangeira, e nunca teve BRL empregados em sua aquisição.** Aliás, sequer existe aquisição de moeda estrangeira com BRL. **Consistentemente, a legislação determina a apuração da base de cálculo do imposto em USD, depois convertida em BRL na taxa de câmbio divulgada para a data da alienação – única cotação existente e utilizada no cálculo do tributo.** Se há apenas uma taxa de câmbio, é impossível cogitar variação cambial. Nessa hipótese, Caio não converte BRL em USD para adquirir um imóvel, pois o rendimento empregado já fora auferido em USD.

Desse modo, não parece correto dizer que esse regime “não dá ensejo a tributação sobre variação cambial, mas somente pelo ganho na operação propriamente dita”⁵⁴ como se fosse alguma norma isentiva ou de não incidência. Essa situação não está compreendida no campo de competência tributária, pois inexistência de qualquer ganho cambial envolvendo BRL a ser considerado. E a razão pela qual isso ocorre é uma só: sequer é possível cogitar variação cambial por ausência da taxa de câmbio da aquisição do bem. Portanto, somente o ganho de capital relativo ao bem se encontra passível de tributação.

Como os recursos foram originariamente auferidos em moeda estrangeira, não houve emprego de BRL na aquisição do bem. Sem a taxa de câmbio de aquisição, resta apenas a taxa de câmbio da alienação, a qual se aplica diretamente à diferença positiva (base de cálculo). Nessa hipótese, não há isenção ou não incidência por falta de previsão legal. Inexistência, isso sim, de uma própria variação cambial envolvendo BRL.

Portanto, em que pese não ser propriamente verdade o argumento da Recorrente quanto à impossibilidade de se tributar a variação cambial, o fato é que seu procedimento está em consonância com a legislação, sendo incorreto o entendimento da fiscalização, como bem apontado pelo Relator.

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo; MOSQUERA, Roberto Quiroga. Manual da tributação direta da renda. 2ª ed. São Paulo: IBDT, 2021.

As reflexões acima empreendidas levam ainda ao segundo motivo pelo qual é insubsistente a autuação.

Isso porque o recálculo do ganho de capital promovido pela fiscalização realiza conversão direta dos valores de EUR para BRL, na recomposição do custo de aquisição e, por outro lado, o art. 24 da Medida Provisória 2.158-35/2001 expressamente determina que o valor será convertida em dólar dos Estados Unidos e, em seguida, para Reais, utilizando a taxa de câmbio do dólar para compra vigente na data.

Significa dizer que também sob tal ótica se está diante de um vício na metodologia de cálculo adotada pela fiscalização, que implica em erro material insanável na determinação da matéria tributável e, portanto, incorrigível.

Por todo o exposto, votei por dar provimento ao recurso voluntário, reconhecendo-se a improcedência da cobrança.

(documento assinado digitalmente)

Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho