



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720573/2017-67
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-005.555 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de dezembro de 2021
Recorrente CITIBANK DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES. FIA. EMPRÉSTIMO DE AÇÕES. DIVIDENDOS REEMBOLSADOS. REEMBOLSO DIRETO AOS QUOTISTAS. ISENÇÃO. INSTRUÇÃO NORMATIVA RBF nº 1.022/2010.

Os valores recebidos dos tomadores de empréstimo de ações, a título de reembolso de dividendos pagos pelas companhias emissoras de ações integrantes da carteira do fundo de investimento em ações, repassados diretamente aos cotistas, são isentos da retenção na fonte do imposto sobre a renda, na vigência da Instrução Normativa RBF nº 1.022/2010.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

DECADÊNCIA. ARTIGO 173, I, DO CTN. EXERCÍCIO. IRRF.

O exercício a que se refere o artigo 173, I, do CTN é definido pelo período em que o contribuinte está obrigado a apresentar as suas demonstrações ao Fisco. Em um determinado exercício, o contribuinte deverá demonstrar a sua apuração, relativa ao ano-calendário findo, de todos os tributos devidos, independentemente do período de apuração de cada um deles. O mesmo vale para o imposto de renda retido na fonte (IRRF).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Sérgio Magalhães Lima, que votou por negar provimento ao recurso. Declarou-se impedida de participar do julgamento a conselheira Viviani Aparecida Bacchmi.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, Wilson Kazumi Nakayama, Fredy José Gomes de Albuquerque, Sérgio Magalhães Lima, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça (suplente convocada) e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

CITIBANK DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A, pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida no Acórdão n.º 07-43.328 (fls. 5013), pela DRJ Florianópolis, interpôs recurso voluntário (fls. 5045) dirigido a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, objetivando a reforma daquela decisão.

O processo trata de lançamento tributário para exigir IRRF relativo a fatos geradores ocorridos nos anos 2012, 2013, 2014 e 2015, bem como multa de ofício (75%) e juros de mora, no valor total de R\$ 20.372.342,31 (fls. 2).

Conforme relatado no Termo de Verificação Fiscal (TVF), encontrado nas fls. 8, o CITIBANK atuava como administrador do Fundo de Investimento em Ações (FIA) GERAÇÃO FUTURO L. PAR (CNPJ 08.935.128/0001-59) no período fiscalizado. A fiscalização comparou o montante dos valores recebidos pelo FIA a título de dividendos, originados das empresas emissoras das ações de propriedade do FIA, com o montante dos valores repassados por este aos seus cotistas, sob o mesmo título, chegando a diferenças em vários momentos. Ao ser intimado para esclarecer a origem dessas diferenças, o CITIBANK informou que as diferenças correspondem a dividendos repassados aos cotistas relativos às ações emprestadas a terceiros. Nesse caso, as empresas emissoras dessas ações pagaram os dividendos àqueles que tomaram as ações em empréstimo, estes repassaram os dividendos para o FIA e o FIA repassou os dividendos para os seus cotistas. A fiscalização entendeu que o repasse feito pelos tomadores das referidas ações, em benefício do FIA, não possuem natureza de dividendos e, assim, os correspondentes repasses feitos para os cotistas deveriam ser tributados como rendimentos do FIA, o que levou ao presente lançamento tributário.

O CITIBANK impugnou o lançamento tributário (fls. 514), cujos argumentos de defesa foram assim sintetizados no relatório da decisão recorrida (fls. 5019):

Em 17/01/2018 (v. fls. 512) a pessoa jurídica autuada apresentou a impugnação de fls. 514-572, com base nos seguintes argumentos:

a) Preliminarmente, arguiu a insubsistência do lançamento, por: i) fundar-se em presunções e analogias; ii) promover indevida inversão do ônus da prova, obrigando o contribuinte a demonstrar que não se enquadra nas presunções alegadas (prova negativa); iii) promover cerceamento do direito de defesa da contribuinte, em face da insubsistência do auto de infração.

b) Ainda em sede de preliminar, arguiu a decadência parcial relativa aos fatos geradores ocorridos até dezembro de 2012, com fulcro no art. 150, § 4º do CTN, aplicável ao IRRF, por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação. Subsidiariamente, arguiu a decadência na forma do art. 173, I do CTN, em relação aos mesmos fatos geradores, por considerar que o termo "exercício" constante do art. 173,

I, do CTN, deve ser entendido como "período de apuração", que, evidentemente, é diferente para cada tributo e cada penalidade. No caso do IRRF autuado, o exercício está vinculado ao momento de ocorrência da obrigação, i.e., o resgate das cotas, nos termos do art. 754 do Decreto n.º 3.000, de 26/03/1999;

c) No mérito, arguiu a improcedência do lançamento, com base na Teoria dos Motivos Determinantes. No caso concreto, a autoridade autuante baseou o lançamento na falsa premissa de que o FIA L Par seria um Fundo Fechado, quando, na verdade, tratava-se de um FIA aberto, conforme Doc. 04 (anexado à impugnação). Assim sendo, a utilização de fundamento legal equivocada (art. 16, § 2º da IN RFB n.º 1.022/10) configura vício material, apto a justificar o cancelamento da presente autuação;

d) Defendeu a isenção do IRRF sobre os valores repassados aos cotistas do FIA L Par, a título de Reembolso de Dividendos. Nesse sentido, afirmou que, no caso de aluguel de ações, os eventos de custódia (dentre os quais se inclui o Reembolso de Dividendos) devem ser reembolsados pelo Investidor tomador ao Investidor doador dos ativos (ações), conforme item 7 do Regulamento BM&F Bovespa denominado "Procedimentos Operacionais da CBLC", fls. 777. Sustentou que a isenção prevista no art. 22 da IN RFB n.º 1022 abrange não apenas os dividendos correspondentes a ações "livres" (que não foram objeto de operações de empréstimo ou aluguel de ações), como também os valores correspondentes a ações objeto de empréstimo de ações ("reembolso de dividendos");

e) Defendeu a improcedência do lançamento, por ausência de natureza de rendimento dos valores autuados, nos termos do art. 59 da IN RFB n.º 1.022/10. Fez referência ao art. 108, § 1º do CTN, o qual estabelece que o uso da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei. Por fim, fez referência à Solução de Consulta n.º 152/2016, da COSIT, a qual estabelece os ganhos decorrentes de reembolsos recebidos pelo prestador de ações, relativos aos valores distribuídos pelas companhias que as emitiu durante o decurso do contrato de empréstimo, devem ser considerados no cálculo do valor a ser oferecido à tributação no momento em que essas ações forem alienadas;

f) Defendeu a improcedência do lançamento em face de Citibank DTVM, sob a alegação de que foi utilizado apenas norma infralegal (art. 17 da IN 1.022/10) para atribuir responsabilidade à impugnante;

g) Subsidiariamente, requereu a revisão do lançamento quanto à base de cálculo autuada, pelas seguintes razões: i) indevida adoção do custo médio de aquisição das cotas para fins de apuração das bases de cálculo. A legislação tributária (art. 11 da IN RFB n.º 1.022/10) autoriza a contribuinte a adotar o critério do custo médio ou do custo específico de cada certificado ou cota. A contribuinte, no curso da fiscalização, teria informado à autoridade fiscal que optou por utilizar o critério do custo específico; ii) indevida autuação do saldo total distribuído aos cotistas, sem reduzir deste valor o custo de cada cota (pelo critério do custo específico); iii) ausência de compensação de perdas incorridas em resgates anteriores, em desacordo com o disposto no art. 15 c/ art. 18, § 15 da IN RFB n.º 1.022/10;

h) Insurgiu-se contra a exigência da multa de ofício, com fundamento nos arts. 100 e 112 do CTN, alegando ter cumprido todas as regras regulatórias e tributárias atinentes às operações de empréstimos de ações e respectivos repasses de dividendos aos cotistas dos FIA.

i) Por derradeiro, insurgiu-se contra a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

A decisão de primeira instância, ora recorrida, julgou a impugnação improcedente, afastando as questões preliminares e corroborando o entendimento da fiscalização (fls. 5013).

O recurso voluntário apresentado em seguida (fls. 5045) repisa os argumentos já apresentados na impugnação, acrescentando o entendimento de que a autuação deve ser cancelada ou revista em caso de empate de votos no julgamento do presente recurso.

Esses argumentos serão detalhados e analisados no voto que se segue.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, Relator.

O CITIBANK foi cientificado da decisão de primeira instância em 28/01/2019 (fls. 5042) e o seu recurso voluntário foi apresentado em 26/02/2019 (fls. 5043). Assim, o recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, pelo que passo a conhecê-lo.

O recorrente contrapõe o lançamento tributário com os argumentos a seguir apresentados e apreciados.

1 Lançamento tributário – fundamento - presunções e analogias - nulidade

O recorrente defende que o lançamento tributário deve ser declarado nulo em razão de ter sido fundamentado em presunções e analogias, conforme o seguinte excerto (fls. 5063):

64. Inicialmente, a ora Recorrente demonstrou que o AI deve ser declarado nulo, porque lavrado com notória precariedade e fragilidade. Conforme se depreende da leitura do TVF que acompanha a autuação em tela, a D. Autoridade Fiscal baseia a autuação em meras presunções, isto é, sem comprovar suas alegações, lançando argumentos inteiramente subjetivos – e equivocados –, o que torna suas afirmações infundadas.

65. Explica-se: ao lavrar o AI em tela, D. Fiscalização (i) presumiu a ocorrência do fato gerador do IRRF (i.e., amortização de cotas); (ii) utilizou o evento presumido para delimitar o critério temporal da suposta obrigação tributária; e (iii) arbitrou a base de cálculo com fundamento em ganho de capital ficto.

Entendo que a fiscalização não laborou qualquer presunção para lavrar o auto de infração. Na verdade, a partir do entendimento de que os valores recebidos pelos tomadores das ações emprestadas não possuem natureza de dividendos, a fiscalização concluiu que os correspondentes repasses deveriam ser tributados. O que o recorrente afirma ser uma presunção é

apenas o entendimento alcançado pela fiscalização sobre a natureza jurídica dos ingressos em tela.

A presunção consiste de mecanismo em que, a partir de um fato conhecido, se admite a existência de um fato desconhecido. O lançamento baseado em presunção é aquele baseado em fato desconhecido, mas que tem a sua existência admitida em razão da existência de um fato conhecido. Na espécie, o fundamento fático do lançamento são fatos conhecidos e incontroversos, que são os repasses realizados pelo FIA aos seus cotistas. Tais fatos são, em regra, tributáveis, mas o recorrente entende que estes estão enquadrados em uma situação excepcional que afastaria a correspondente tributação. Portanto, há aqui apenas uma divergência na interpretação da norma isentiva, em relação ao seu alcance, não havendo que se falar em presunção.

2 Inversão do ônus da prova – devido processo legal - nulidade

O recorrente prossegue na sua linha de defesa em que o lançamento tributário teria ocorrido com fundamento em uma presunção e, assim, o CITIBANK estaria sendo compelido a demonstrar que não há tributação, configurando uma ilegítima inversão do ônus da prova. Tal fato levaria à nulidade do lançamento tributário em razão da violação do devido processo legal, pois caberia ao Fisco demonstrar a infração tributária, conforme o seguinte excerto (fls. 5068):

84. A corroborar a insubsistência do AI ora impugnado, impende destacar que a Autoridade Fiscal pretende inverter o ônus da prova, ao não comprovar suas alegações e impor ao Recorrente o ônus de demonstrar que não se enquadra nas presunções alegadas, ou seja, fazer prova negativa.

Entendo que não assiste razão ao recorrente. Na espécie, não há aplicação de presunção e não há inversão do ônus da prova. O cenário fático da lide está devidamente evidenciado e não há controvérsia sobre ele. Em outras palavras, não há o que se provar para que se chegue a uma solução para a lide. A única questão que demanda o esforço das partes é apontar o caminho interpretativo para se chegar a um entendimento sobre o alcance da norma que, excepcionalmente, isentaria os pagamentos realizados. Trata-se de matéria de direito a ser solucionada sobre os mesmos fatos que repito, são incontroversos.

3 Improcedência – cerceamento de defesa - nulidade

O recorrente afirma que as nulidades apontadas nos itens acima causaram o cerceamento de sua defesa, sendo também motivo para a declaração de nulidade do lançamento tributário, conforme o seguinte excerto (fls. 5069):

87. Não se pode negar que as nulidades apontadas acima ocasionam sério embargo ao exercício do contraditório e da ampla defesa, os quais pressupõem o pleno e irrestrito conhecimento das acusações formuladas contra o sujeito passivo.

88. De fato, como poderia a Recorrente defender-se de uma acusação cujos motivos lhe sejam desconhecidos, cujos efetivos contornos jurídicos e fático-probatórios sejam incógnitos? Mais que prejudicado, o direito de defesa resta praticamente eliminado, na medida em que não é possível identificar a motivação do AI, e, portanto, a textura das acusações contra as quais ela havia de se defender.

O argumento do recorrente pode ser sintetizado com a seguinte frase: “o lançamento tributário é nulo porque é nulo”. Trata-se de argumento tautológico, ou seja, que fala o que já foi dito, em nada acrescentando no sentido de se chegar à melhor solução para a lide. A sua verificação consiste em verificar os argumentos anteriores, o que já foi feito.

4 Natureza do fundo de investimento - erro - nulidade

O recorrente afirma que o lançamento tributário foi realizado sobre a premissa de que o FIA GF L PAR tem natureza de “fundo fechado”, mas isso não corresponderia à verdade, causando vício na fundamentação do lançamento tributário, conforme o seguinte excerto (fls.5070):

93. O AI é improcedente, uma vez que a D. Autoridade Fiscal baseia o lançamento na falsa premissa de que o GF FIA é FIA Fechado e, por consequência, em fundamento legal equivocado (i.e. art. 16, §2º, da IN RFB nº 1.022/10), o que configura evidente vício material a justificar o cancelamento da autuação.

[...]

99. Pois bem. Conforme se verifica de seu Regulamento, o GF FIA é FIA organizado sob a forma de condomínio aberto, com prazo indeterminado de duração, in verbis (vide Doc. 04 da Impugnação de fls.).

[...]

100. Ocorre que a D. Autoridade Fiscal, olvidando-se do fato de que o GF FIA é FI Aberto, pretende aplicar-lhe regra própria de FI Fechado, constante do art. 16, §2º, da IN RFB nº 1.022/10, in verbis:

Verifico que o lançamento tributário em tela foi realizado com fundamento nos artigos 743 a 746 do RIR/99 (Decreto nº 3.000/1999), conforme apontado no auto de infração (fls. 3). A matriz legal desses dispositivos regulamentares são os artigos 28 a 34 da Lei nº 9.532/1997. Nesses dispositivos legais e regulamentares não há qualquer distinção entre os fundos de aplicação em ações abertos e os fundos de aplicação em ações fechados. Pelo contrário, o §13 do referido artigo 28 da Lei nº 9.532/1997 determina que deva ser dado o mesmo tratamento aos fundos que permitem e que não permitem o resgate de quotas, *verbis*:

Art. 28. A partir de 1º de janeiro de 1998, a incidência do imposto de renda sobre os rendimentos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica imune ou isenta, nas aplicações em fundos de investimento, constituídos sob qualquer forma, ocorrerá: (Vide ADI 1.758-4, DE 1998)

I - diariamente, sobre os rendimentos produzidos pelos títulos, aplicações financeiras e valores mobiliários de renda fixa integrantes das carteiras dos fundos; (Vide Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001)

II - por ocasião do resgate das quotas, em relação à parcela dos valores mobiliários de renda variável integrante das carteiras dos fundos. (Vide Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001)

[...]

§ 6º Os fundos de investimento cujas carteiras sejam constituídas, no mínimo, por 80% de ações negociadas no mercado à vista de bolsa de valores ou entidade assemelhada,

poderão calcular o imposto no resgate de quotas, abrangendo os rendimentos e ganhos totais do patrimônio do fundo. (Vide artigos 1º e 2º da Medida Provisória n.º 2.189-49, de 2001)

§ 7º A base de cálculo do imposto de que trata o parágrafo anterior será constituída pela diferença positiva entre o valor de resgate e o valor de aquisição da quota.

§ 8º A Secretaria da Receita Federal definirá os requisitos e condições para que os fundos de que trata o § 6º atendam ao limite ali estabelecido.

[...]

§ 13. O disposto neste artigo aplica-se, também, à parcela dos ativos de renda fixa dos fundos de investimento imobiliário tributados nos termos da Lei n.º 8.668, de 1993, e dos demais fundos de investimentos que não tenham resgate de quotas.

Portanto, não se vislumbra o alegado erro apontado pelo recorrente.

Ademais, nos termos desses dispositivos legais, os fundos de investimento abertos e os fundos de investimento fechados devem ter o mesmo tratamento tributário, qual seja, a tributação dos ganhos auferidos pelos quotistas quando da liquidação de suas quotas, ainda que a liquidação se dê por outros meios que não o resgate voluntário por parte dos quotistas.

A forma de um quotista obter um ganho a partir de seu investimento sem que efetue um resgate de quotas (redução do número de quotas) é a amortização das quotas (redução do valor das quotas), conforme previsto na Instrução CVM n.º 555/2010, citada no TVF (fls. 13), *verbis*:

Dispõe a INSTRUÇÃO CVM N.º 555/10

III – amortização (de cotas): pagamento uniforme realizado pelo fundo, a todos os seus cotistas, de parcela do valor de suas cotas sem redução do número de cotas emitidas, efetuado em conformidade com o disposto no regulamento ou com deliberação da assembleia geral de cotistas;

O fato de a Instrução Normativa RFB n.º 1.022/2010 trazer um dispositivo específico para orientar a tributação da amortização de quotas de fundos de investimento fechados não significa que a amortização de quotas de fundos de investimento abertos não deva ser tributada. Desde já, deve-se lembrar de que uma instrução normativa, norma de natureza infralegal, não tem o poder de impedir a aplicação de uma lei. Contudo, na espécie, o recorrente está pretendendo o pior: que a sua interpretação a contrário sensu de um dispositivo da referida instrução normativa impeça a aplicação da lei, qual seja, a tributação de efetivo ganho dos quotistas.

O pleito do recorrente torna-se ainda mais inaceitável em razão de essa mesma instrução normativa possuir outro dispositivo que autoriza essa tributação, conforme apontado da decisão recorrida, *verbis* (fls. 5025):

Na verdade, o §15 do art. 18 da citada IN RFB n.º 1.022/10 prevê a aplicação das normas constantes nos arts. 11 a 17 da referida Instrução Normativa aos Fundos de Investimento em Ações, sem fazer qualquer distinção entre fundos abertos e fechados.

Para maior clareza, transcrevo parcialmente o aludido art. 18 da IN RFB n.º 1.022/10, *verbis*:

Art. 18. Os cotistas dos fundos de investimento em ações serão tributados pelo imposto sobre a renda exclusivamente no resgate de cotas, à alíquota de 15% (quinze por cento).

§ 1º A base de cálculo do imposto será constituída pela diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição da cota, considerados pelo seu valor patrimonial.

[...]

§ 15. Aplicam-se aos fundos de investimento em ações, no que couber, as disposições previstas nos arts. 11 a 17 desta Instrução Normativa.

O argumento do recorrente deve ser afastado.

5 Teoria dos motivos determinantes – fundamento fático - insubsistência

O recorrente defende que os mesmos fatos alegados nos itens anteriores levam à improcedência do lançamento tributário, além das nulidades antes alegadas, conforme o seguinte excerto (fls. 5075):

117. Ora, é certo que a improcedência da premissa adotada pela D. Autoridade Fiscal ao lançamento em tela (i.e., GF FIA seria FI Fechado), e o consequente fundamento legal aplicado (i.e., art. 16, §2º da IN RFB 1.022/10) invalida o ato administrativo.

Conforme já demonstrado nos itens anteriores desse voto, não há qualquer inadequação no lançamento tributário em relação aos fatos. Os fatos são incontroversos, apenas a projeção jurídica desses fatos é que está sendo questionada pelo recorrente, o que este chama de premissas.

Assim, o presente argumento deve ser afastado por hora, mas a procedência do lançamento tributário será apreciada mais adiante.

6 Decadência parcial

O recorrente defende que as obrigações tributárias com fato gerador ocorrido até outubro de 2012 já haviam sido atingidas pela decadência e requer a sua exoneração da exigência tributária, conforme o seguinte excerto (fls. 5076):

121. Cumpre observar, ainda, a decadência operada sobre os alegados fatos geradores ocorridos até 10/2012, inclusive, com fulcro no art. 150, § 4º, do CTN, aplicável ao IRRF, dado tratar-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, in verbis:

[...]

123. Aplicando-se tal dispositivo in casu, considerando-se a ciência da autuação em 18/12/2017, é fato que decaiu o direito da D. Fazenda Paulistana de lançar o ISS relativo aos períodos anteriores a 11/2012, inclusive, com a sua extinção definitiva, nos termos do art. 156, V, do CTN.

Embora o recorrente esteja fazendo expressa referência a uma exigência de ISS de iniciativa da “Fazenda Paulistana”, entendo que há aí um erro de redação e apreciarei o argumento como contrário ao presente lançamento tributário de IRRF.

Subsidiariamente, o recorrente defende que a decadência ocorreu ainda que seja adotada a regra contida no artigo 173, I do CTN, conforme o seguinte excerto:

127. Isso, pois o termo “exercício” constante do artigo 173, I, do CTN, deve ser entendido como “período de apuração”, que, evidentemente, é diferente para cada tributo e cada penalidade. No caso do IRRF autuado, o exercício está vinculado ao momento de ocorrência da obrigação, i.e., o resgate das cotas, nos termos do art. 754 do Decreto nº 3.000, de 26/03/1999 (“RIR/99”) c/c art. 18, caput da IN nº 1.022/2010, in verbis:

Quanto à decadência, a decisão recorrida assim se manifestou (fls. 5024):

Isso, porque o Tribunal Superior utilizou como critério para aplicar o artigo 173, I do CTN, a ausência de qualquer pagamento do tributo. Por outro lado, quando houver pagamento do tributo, ainda que parcial, aplica-se a regra decadencial do artigo 150, § 4º do CTN.

No caso sob análise, a contribuinte não apurou nenhum valor a título de IRRF, por considerar que os pagamentos efetuados aos cotistas do FIA L Par estavam abrangidos pela isenção de que trata o art. 22 da IN RBF nº 1.022/2010.

Consequentemente, estamos diante de um caso de aplicação da regra geral de decadência, prevista no art. 173, I do CTN.

Deve ser afastada a interpretação pretendida pela contribuinte, no sentido de considerar que o termo “exercício” constante do art. 173, I, do CTN, deve ser entendido como “período de apuração”. Ora, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em considerar que o termo “exercício”, referido no citado artigo, deve ser entendido de maneira analógica com o termo “ano-calendário”. Em outras palavras, nos termos do art. 173, I, o termo inicial do prazo decadencial será, sempre o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso sob análise, os fatos geradores mais antigos ocorreram no ano-calendário de 2012. Consequentemente, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o imposto poderia ter sido lançado é 01/01/2013 e o término do prazo decadencial de 5 anos ocorre em 31/12/2017. Considerando que o lançamento foi cientificado à contribuinte em 18/12/2017 (v. fls. 32), conclui-se que nenhum fato gerador foi alcançado pela decadência.

Entendo que assiste razão à decisão recorrida e adoto o seu fundamento como razão de decidir. O conteúdo da palavra “exercício” não se confunde com o conteúdo da expressão “período de apuração”. O exercício é o período em que o contribuinte apura o tributo, ou seja, em que entrega a sua DIPJ.

Com isso, entendo que a tese do recorrente, ainda que criativa, não deve ser acolhida e a decadência requerida deve ser afastada.

7 Reembolso de dividendos – natureza jurídica - isenção

A fiscalização entendeu que, no que diz respeito às ações detidas pelo Fundo, os dividendos distribuídos pelas empresas emissoras dessas ações e pagos ao Fundo conservam a mesma natureza de dividendos quando este os reembolsa aos quotistas, de forma que os referidos

reembolsos não devem ser tributados. Todavia, a fiscalização entendeu que o mesmo não ocorre com as ações que o Fundo detém, mas emprestou a terceiros, de forma que o reembolso dos dividendos recebidos por estes terceiros, relativos às ações emprestadas, não conservariam a natureza de dividendos quando reembolsados ao Fundo e, conseqüentemente, o correspondente repasse desses valores aos quotistas do Fundo deveriam ser tributados. Por seu turno, o recorrente defende que esses dividendos não perdem a sua natureza jurídica em razão de serem relativos a ações emprestadas. Transcrevem-se alguns trechos do Recurso Voluntário (fls. 5083):

151. Assim, observando-se que (i) em linha com as permissões constantes da Instrução CVM n.º 409/2004 e da Instrução CVM n.º 555/2014, a previsão em Regulamento é o único requisito exigido pelas regras regulatórias à distribuição dos Dividendos e (ii) o Regulamento do GF FIA autoriza expressamente o repasse, aos seus Cotistas, dos dividendos, pode-se concluir que o repasse dos Dividendos (nas suas modalidades Dividendos Direitos e Reembolso de Dividendos) diretamente aos Cotistas não deve implicar alteração da natureza destes valores (i.e. mantendo-se a natureza jurídica de Dividendos), não havendo qualquer alteração do destinatário final (beneficiário) destes Dividendos.

152. Imperioso concluir, então, que os valores reembolsados ao GF FIA a título de Dividendos, objeto de operações de Empréstimo de Ações, e repassados aos Cotistas, mantêm a natureza de Dividendos e, pois, são igualmente isentos do IRRF, nos termos da Regra Isentiva.

[...]

155. Ocorre que, diante da Regra Isentiva, a D. Autoridade Fiscal atuante equivocadamente afirma que a isenção do IRRF apenas se aplica aos Dividendos distribuídos pelas Cias. Emissoras decorrentes de ações “livres” (i.e. que não foram objeto de operações de Empréstimo de Ações), não se aplicando aos valores distribuídos pelas Cias. Emissoras decorrentes de ações objeto de Empréstimo de Ações (i.e., Reembolso de Dividendos). Veja-se:

[...]

156. Ora, referido entendimento não merece prosperar, a uma diante da já demonstrada natureza jurídica de Dividendos dos valores distribuídos pelas Cias. Emissoras decorrentes de ações objeto de Empréstimo de Ações, aqui denominados Reembolso de Dividendos, em linha à sistemática regulatória da operação de Empréstimo de Ações (i.e., Regulamento BTC) e ao art. 59 da IN RFB n.º 1.022/2010); a duas, dado que é vedado à lei tributária, e, conseqüentemente, também ao seu aplicador, alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, nos termos do art. 110 do CTN, e, a três, dado que o art. 22 da IN RFB n.º 1.022/2010, não distingue, para fins da isenção do IRRF, os Dividendos distribuídos pelas Cias. Emissoras decorrentes de ações “livres” daqueles distribuídos pelas Cias. Emissoras decorrentes de ações objeto de Empréstimo de Ações, como pretende a D. Autoridade atuante.

Portanto, a questão que resta a este colegiado dirimir é a natureza jurídica dos reembolsos feitos pelos tomadores de ações a título de dividendos recebidos, se conservam a natureza de dividendos ou se ganham a natureza de rendimentos do Fundo.

A fiscalização e a decisão recorrida adotaram um entendimento informado pela literalidade, no sentido de que o fato de esses pagamentos terem nomes diferentes implica dizer que possuem naturezas diferentes.

Todavia, é certo que a legislação infralegal, seguida pela fiscalização, dá ao reembolso de dividendos o mesmo tratamento dado aos dividendos, quando um FIA reembolsa dividendos aos seus cotistas, nos termos do artigo 22 da referida Instrução Normativa RBF n.º 1.022/2010, *verbis*:

Art. 22. Os valores recebidos das companhias emissoras de ações integrantes da carteira do fundo, repassados diretamente aos cotistas, são isentos do imposto sobre a renda, no caso de dividendos; e tributados na fonte à alíquota de 15% (quinze por cento), no caso de juros sobre o capital próprio.

O recorrente defende que o mesmo tratamento também deve ser dado ao reembolso do reembolso de dividendos, relativamente a ações emprestadas.

A decisão recorrida afasta essa pretensão afirmando algo como: a instrução normativa em tela dirige a isenção para o “reembolso de dividendos” e deve-se interpretar literalmente uma norma isentiva, pelo que esta não seria aplicada a “reembolso de reembolso de dividendos”.

A isenção dos dividendos está determinada no artigo 10 da Lei n.º 9.249/1994, *verbis*:

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

Verifico que esse dispositivo não isenta, expressamente, o “reembolso de dividendos”. Todavia, a referida Instrução Normativa o faz. Assim, ou a Instrução Normativa não está seguindo a literalidade da lei ao trazer a sua orientação ou está seguindo a literalidade ao considerar que reembolso de dividendo é dividendo. De toda sorte, o mesmo racional pode ser utilizado para se chegar ao entendimento de que a isenção também alcança o reembolso do reembolso de dividendos, como ocorre na espécie.

Entendo que, no âmbito do Direito Tributário, em que a verdade material é o caminho indicado para se chegar à capacidade contributiva do sujeito passivo, o *nomem juris* deve ter o seu valor significativo mitigado pela essência da realidade econômica e empresária a que se aplica. Não fosse assim, todos os lançamentos tributários de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido poderiam ser exonerados, uma vez que nenhum deles realiza tributação sobre o “Lucro Líquido”, mas sim sobre uma base ajustada a partir do resultado do exercício, como muito bem lembrou o Conselheiro Flávio Franco Corrêa, no Acórdão n.º 9101-003.899, de 08/11/2018.

Certamente, essa linha de pensamento tem raízes no artigo 4º do Código Tributário Nacional, *verbis*:

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Nessa linha de raciocínio, entendo que a Administração Tributária apontou a isenção do “reembolso de dividendos” por entender que este não deixa de ser dividendo, sendo-lhe aplicável a supracitada regra legal isentiva. Como consequência, entendo que o “reembolso do reembolso de dividendos” não deixa de ser dividendo, também devendo ser alcançado pela mesma regra isentiva, quando atendidas as suas condições.

Situação similar foi analisada por este CARF, pela 4ª Câmara 1º Conselho de Contribuintes, quando se chegou ao mesmo entendimento, por unanimidade, nos termos do Acórdão n.º 104-23.588, de 05/11/2008, relatado pela Conselheira Rayana Alves de Oliveira França, quando se adotou a seguinte ementa:

DIVIDENDOS E JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. REEMBOLSO.

Não constituem rendimentos os valores distribuídos pela companhia emissora das ações e repassados ao empregador, durante o decurso do contrato de empréstimo.

Diante desse entendimento, não resta alternativa que não a exoneração do presente lançamento tributário.

8 Outros argumentos

O recorrente ainda traz vários outros argumentos subsidiários que também desafiam a decisão recorrida, quais sejam: (i) mesmo que não sejam considerados dividendos, os reembolsos em tela não seriam rendimentos tributáveis; (ii) o auto de infração não traz fundamento legal suficiente para imputar responsabilidade tributária ao CITIBANK; (iii) há erros na formação da base de cálculo da exigência tributária; (iv) a multa de ofício e os juros de mora exigidos não são cabíveis; (v) a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício é descabida e (vi) o eventual empate no julgamento do recurso deve ser resolvido a favor do CITIBANK.

Entendo que todos esses argumentos perderam o seu objeto, a partir do fato de que a exigência tributária foi integralmente exonerada no seu mérito.

9 Conclusão

Diante de todo o exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque

