



Receita Federal

SRRF08/Disit

Fls. 276

Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil
da 8ª RF

Solução de Consulta nº 389 - SRRF08/Disit

Data 05 de novembro de 2010

Processo *****

Interessado *****

CNPJ/CPF *****

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

MERCADO DE BOLSA E DE BALCÃO ORGANIZADO. Alienação de cotas de Fundo de Investimento Imobiliário. Ganho de capital auferido por investidor estrangeiro, não residente em país com tributação favorecida.

Não se aplica o disposto no § 1º do art. 81 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, ao ganho de capital auferido por não-residente, na alienação de cotas de fundos de investimento em mercados de balcão organizado. Mercados de bolsa e mercados de balcão organizado não se assemelham na medida em que distintos quanto a suas características de funcionamento, em especial no que diz respeito aos diferentes mecanismos de formação de preços. O ganho de capital auferido deve ser tributado na forma dos arts. 17 e 18 da Lei nº 9.249, de 1995.

Dispositivos Legais: Arts. 17 e 18 da Lei nº 9.249, de 26.12.1995; art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995; art. 685, I, “b” e § 3º, e art. 865, I, ambos do Decreto nº 3.000, de 26.03.1999 (replicado em 17.06.1999); e arts. 39 e 40 da Instrução Normativa SRF nº 25, de 06.03.2001.

DOCUMENTO FORNECIDO EM CUMPRIMENTO À LEI DE ACESSO A INFORMAÇÃO. REGISTRE-SE QUE A PUBLICAÇÃO, NA IMPRENSA OFICIAL, DE ATO NORMATIVO SUPERVENIENTE MODIFICA AS CONCLUSÕES EM CONTRÁRIO CONSTANTES EM SOLUÇÕES DE CONSULTA OU EM SOLUÇÕES DE DIVERGÊNCIA, INDEPENDENTEMENTE DE COMUNICAÇÃO AO CONSULENTE (arts. 99 e 100 do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011).

Relatório

Em consulta protocolizada em 22/02/2010, o interessado (por intermédio de seu representante legal), na qualidade de responsável tributário, solicita orientação sobre a interpretação da legislação tributária relativa ao Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), mais especificamente no que se refere à não incidência prevista no § 1º do art. 81 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995. Portanto, na qualidade de responsável pelo pagamento do imposto de renda, na forma do inciso I do § 3º do art. 16 da Medida Provisória nº 2.189-49, de

23 de agosto de 2001, é sujeito passivo da obrigação tributária, cabendo-lhe o direito de formular a presente consulta.

2. O consulente é instituição financeira que desempenha, no âmbito de seu objeto social, atividades nos mercados financeiros e de capitais, dentro das quais se insere a representação, no Brasil, de investidores domiciliados no exterior, expondo o que se segue.

3. Para ter acesso aos ativos do mercado financeiro e de capitais no Brasil, os investidores estrangeiros devem observar determinadas regras administrativas e regulamentares, notadamente aquelas constantes da Resolução CMN n.º 2.689, de 26 de janeiro de 2000. A tributação das operações realizadas nos mercados financeiro e de capitais está regulada nos artigos 65 e seguintes da Lei n.º 8.981, de 1995.

4. Esclarece que: (i) a pessoa jurídica ***** ("*****"), sociedade de responsabilidade limitada, domiciliada em ***** (*****), com o intuito de efetuar seus investimentos no Brasil firmou com a Consulente um contrato de representação de investidor não-residente ("Contrato de Representação e Aditivo"), que regula, em termos gerais, a relação entre a Consulente e a ***** para fins de cumprimento das exigências da Resolução CMN 2.689/00. (*****); (ii) cumprindo os requisitos exigidos pela Resolução n.º 2.689/00, a ***** obteve registro junto ao Banco Central do Brasil ("BACEN") e à CVM (*****), aplicando os recursos utilizados na aquisição de 1.057.807 cotas do Fundo de Investimento Imobiliário ("FII") "*****" ("*****") através da modalidade "Investimento em Portfólio no Brasil - Aplicação ao amparo da Resolução 2.689" (*****). O referido fundo está organizado sob a forma de condomínio fechado, devidamente autorizado pela CVM, e inscrito no CNPJ/MF sob o n.º ***** (*****); (iii) em 30 de junho de 2009, a ***** firmou o Contrato de Intermediação para Negociação de Cotas de Fundo de Investimento Imobiliário ("Contrato de Intermediação") com o ***** (*****), para intermediação de oferta pública de 201.839 cotas no mercado de balcão organizado, cujas principais considerações iniciais e a cláusula primeira descrevem as características gerais da operação; (iiii) em 7 de julho de 2009, requereu-se o registro de cotas do ***** na CETIP, para a Oferta Pública Restrita (*****) composta por até 201.839 cotas de série única do ***** que é parte do total de cotas emitidas pelo fundo no valor de R\$ 100,00 cada, em 5 de janeiro de 2005, data de constituição do fundo; (iiiii) em decorrência da referida Oferta, a ***** firmou Contrato de Compra e Venda de Cotas de Fundo de Investimento Imobiliário e Outras Avenças ("Contrato de Compra e Venda"), resultando na alienação das 201.839 cotas do ***** ao ***** ("Adquirente"). (*****).

5. Informa que a alienação ocorreu dentro dos moldes previstos no Contrato de Intermediação e na Oferta registrada, nos termos da Cláusula 2.2 do Contrato de Compra e Venda, pela qual era condição essencial do negócio que a alienação e transferência das cotas fossem realizadas, obrigatoriamente, no SF - Módulo de Fundos - Secundário, administrado e operacionalizado pela CETIP, conforme se depreende dos documentos relativos à operação (*****), que demonstra que a transação foi devidamente registrada e liquidada na CETIP S.A. - Balcão Organizado de Ativos e Derivativos.

6. Não obstante tenha entendimento no sentido de que não há a incidência de Imposto de Renda Retido na Fonte sobre o ganho de capital auferido na venda das respectivas cotas, uma vez que a operação, liquidada na Cetip - entidade que a Consulente entende como assemelhada às Bolsas de Valores - se enquadra na previsão combinada do artigo 16, caput, da MP n.º 2.189-49/01 c/c o § 1º do artigo 81 da Lei n.º 8.981/95, por cautela a Consulente efetuou a retenção do tributo e recolhimento do imposto (*****). Demonstra, ainda, (*****) sua condição de não

beneficiária das vantagens fiscais concedidas às sociedades holding na jurisdição fiscal de sua sede (*****), restando assim sua não caracterização como “localizada em país que não tribute a renda ou tribute a renda à alíquota máxima de 20%” (países também conhecidos como “paraísos fiscais”).

7. Após transcrever os arts. 81, parágrafos 1º e 2º, itens b e b.1 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 16 da Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001, e os arts. 39 e 40 da Instrução Normativa SRF nº 25, de 6 de março de 2001, argumenta que, ainda que os rendimentos auferidos por estrangeiros que investiam sob as regras da Res. CMN 2.689/00 fossem tributados de acordo com as alíquotas previstas no art. 39 da IN SRF nº 25, de 2001, os ganhos de capital não estariam sujeitos à tributação, contanto que as operações fossem realizadas "em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas", na forma do art. 40, §1º, I, da IN citada.

8. Dito isto, afirma : (i) que não se sujeitam à tributação pelo IRRF os ganhos de capital auferidos por investidores estrangeiros, que não estejam sediados em paraísos fiscais, e que tenham observado as normas editadas pelo CMN, nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas e (ii) que o tratamento mencionado será aplicável desde que estejam presentes determinadas condições: a primeira, diz respeito à localização e à forma de atuação dos investidores estrangeiros, isto é, não podem estar localizados em paraísos fiscais e devem cumprir o disposto em regulamentação do CMN, veiculada pela Resolução CMN 2.689/00; a segunda diz respeito à modalidade de operação praticada por este investidor estrangeiro, no caso a realização em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.

9. Informa que é dentro deste contexto que a alienação das quotas do ***** se desenvolveu, sendo que as duas condições acima apontadas foram cumpridas. A aplicação em ativos no Brasil, pela *****, atendeu a todas as exigências previstas na Resolução CMN 2.689/00 para investimento nos mercados financeiro e de capitais nacionais, caracterizando-a como investidora estrangeira qualificada, devidamente registrada na CVM e no BACEN, conforme documentos anexados à presente consulta. Além disso, a ***** não se encontra em jurisdição que não tribute a renda ou a tribute a alíquota máxima de 20%. Note-se, repetindo, que a *****, apesar de ter sido constituída em Luxemburgo, não é sociedade holding regida na legislação luxemburguesa pela Lei de 31 de julho de 1929 (DOC. 14, de Fls. 224 a 226). Esta condição - de investidor estrangeiro qualificado de acordo com as regras do CMN - não é objeto de qualquer dúvida, sendo devidamente comprovada por documentação hábil.

10. Quanto à modalidade da operação, a despeito de não existir norma que indique expressamente as entidades que seriam especificamente consideradas como assemelhadas às bolsas, alega que a CETIP, na qualidade de mercado de balcão organizado, guarda todas as características necessárias a tal equiparação. Argumenta a consulente, assim, que também se cumpriu a segunda condição.

11. Neste sentido, é entendimento da Consulente que a operação realizada, pela *****, investidora estrangeira sujeita ao regime especial de tributação, na CETIP - entidade supostamente assemelhada à bolsa de valores, de mercadorias e de futuros - enquadra-se na disposição do artigo 81 §§ 1º e 2º, itens "b" e "b.I" da Lei 8.981/95, e no caput do art. 16 da MP nº 2189-49/01, pelo que é aplicável a não tributação, pelo IRRF, do ganho de capital auferido.

12. Evidencia o consulente, ainda, que a RFB no art. 23, § 1º, da Instrução Normativa nº 25/01, estabeleceu que "são consideradas assemelhadas às bolsas de que trata este artigo, as entidades cujo objeto social seja análogo ao das referidas bolsas e que funcionem sob a supervisão e fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários", o que significa dizer que, para a RFB, devem estar presentes dois requisitos para a configuração de entidade assemelhada às bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, a saber: (i) que o objeto social seja análogo ao das referidas bolsas e (ii) o funcionamento sob a supervisão e fiscalização da CVM.

13. Alega que, atualmente, a Instrução CVM nº 461, de 23 de outubro de 2007, disciplina os mercados regulamentados de valores mobiliários e dispõe sobre a constituição, organização, funcionamento e extinção das bolsas de valores, bolsas de mercadorias e futuros e mercados de balcão organizado. Conforme preceitua o art. 2º da referida norma, os mercados regulamentados de valores mobiliários compreendem os mercados organizados de bolsa e balcão e os mercados de balcão não-organizados. Pela dicção do artigo 3º, considera-se mercado organizado de valores mobiliários o espaço físico ou o sistema eletrônico, destinado à negociação ou ao registro de operações com valores mobiliários por um conjunto determinado de pessoas autorizadas a operar, que atuam por conta própria ou de terceiros, sendo representado por bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, e os mercados de balcão organizado. De início, assim, se verificaria que tanto o mercado de bolsa quanto o de balcão organizado fazem parte do mercado organizado de valores mobiliários, destinado à negociação ou ao registro de operações com valores mobiliários, o que, de acordo com o consulente, já nos permitiria apontar a primeira semelhança essencial: A identidade de escopos destas entidades.

14. Prossegue citando e descrevendo artigos da mesma Instrução CVM nº 461/07, procurando demonstrar a semelhança entre as atividades desenvolvidas pela bolsa e pela CETIP e concluindo que a alienação das quotas do ***** pela *****- investidora qualificada - no âmbito da CETIP, entidade integrante do mercado de balcão organizado, cujo objeto social seria assemelhado à bolsa e cujo funcionamento se encontra sob fiscalização e supervisão da CVM, cumpriu todos os requisitos legais e regulamentares para a fruição da não tributação, pelo IRRF, do ganho de capital, prevista no art. 81, §§ 1º e 2º, itens "b" e "b.1", da Lei nº 8.981/95 e no art. 40, §1º, I, da IN SRF nº 25/01, cabendo, inclusive, a restituição do valor recolhido, desde que expressamente autorizado pela ***** , consoante dicção do art. 165, inciso I do CTN.

Fundamentos

15. Preliminarmente, é importante ressaltar que o processo de consulta, regido pelos arts. 48 a 50 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e arts. 46 a 53 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, destina-se exclusivamente a dirimir dúvidas sobre a interpretação de dispositivos da legislação tributária federal, não constituindo, portanto, documento hábil para restituição de valor cobrado e recolhido indevidamente, cabendo, se for o caso, observar a legislação específica.

16. Quanto à dúvida suscitada, a tributação das operações realizadas nos mercados financeiro e de capitais está realmente regulada nos artigos 65 e seguintes da Lei nº 8.981, de 1995. Mais especificamente, o art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995, e o art. 16 da MP nº 2.189-49, de 2001, que tratam da tributação do ganho de capital auferido na alienação de ativos por investidor estrangeiro em bolsa ou assemelhada, dispõem:

Lei 8.981/95

.....

Art. 81. Ficam sujeitos ao Imposto de Renda na fonte, à alíquota de dez por cento, os rendimentos auferidos: (15% a partir da Lei n.º 9.249/95, art. 11).

I - pelas entidades mencionadas nos arts. 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 2.285, de 23 de julho de 1986;

II - pelas sociedades de investimento a que se refere o art. 49 da Lei n.º 4.728, de 1965, de que participem, exclusivamente, investidores estrangeiros;

III - pelas carteiras de valores mobiliários, inclusive vinculadas à emissão, no exterior, de certificados representativos de ações, mantidas, exclusivamente, por investidores estrangeiros.

§ 1º Os ganhos de capital ficam excluídos da incidência do Imposto de Renda quando auferidos e distribuídos, sob qualquer forma e a qualquer título, inclusive em decorrência de liquidação parcial ou total do investimento pelos fundos, sociedades ou carteiras referidos no caput deste artigo (grifei).

§ 2º Para os efeitos deste artigo, consideram-se:

a) rendimentos: quaisquer valores que constituam remuneração de capital aplicado, inclusive aquela produzida por títulos de renda variável, tais como juros, prêmios, comissões, ágio, deságio e participações nos lucros, bem como os resultados positivos auferidos em aplicações nos fundos e clubes de investimento de que trata o art. 73; (fundo de ações).

b) ganhos de capital, os resultados positivos auferidos:

b.1) nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, com exceção das operações conjugadas de que trata a alínea a do § 4º do art. 65;(grifei)

b.2) nas operações com ouro, ativo financeiro, fora de bolsa;

.....

MP 2.189-49/2001

.....

Art. 16. O regime de tributação previsto no art. 81 da Lei no 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com a alteração introduzida pelo art. 11 da Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplica-se a investidor residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras nos mercados de renda fixa ou de renda variável no País, de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (grifei).

§ 1o É responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte, incidente sobre os rendimentos de operações financeiras auferidos por qualquer investidor estrangeiro, a pessoa jurídica que efetuar o pagamento dos referidos rendimentos.

§ 2o O regime de tributação referido no caput não se aplica a investimento oriundo de país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota inferior a vinte por cento, o qual se sujeitará às mesmas regras estabelecidas para os residentes e domiciliados no País.

§ 3o Relativamente ao disposto no parágrafo anterior será observado que:

I - sem prejuízo do disposto no § 1o, o investidor estrangeiro deverá, no caso de operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, nomear instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil como responsável, no País, pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das referidas operações;

17. A Instrução Normativa SRF n.º 25, de 2001, ao regulamentar a tributação dos rendimentos de residentes ou domiciliados no exterior, assim determina:

Art. 39. Os rendimentos auferidos por investidor residente ou domiciliado no exterior, individual ou coletivo, que realizar operações financeiras no País de acordo com as normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, sujeitam-se à incidência do imposto de renda às seguintes alíquotas:

I - dez por cento, no caso de aplicações nos fundos de investimento em ações, em operações de swap, registradas ou não em bolsa, e nas operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa;

II - quinze por cento, nos demais casos, inclusive em operações financeiras de renda fixa, realizadas no mercado de balcão ou em bolsa.

§ 1º A base de cálculo do imposto de renda, bem assim o momento de sua incidência sobre os rendimentos auferidos pelos investidores de que trata este artigo, obedecerão às mesmas regras aplicáveis aos rendimentos de mesma natureza auferidos por residentes ou domiciliados no País, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte.

§ 2º No caso de aplicação em fundos de investimento, a incidência do imposto de renda ocorrerá exclusivamente por ocasião do resgate de quotas.

§ 3º Na apuração do imposto de que trata este artigo serão indedutíveis os prejuízos apurados em operações de renda fixa e de renda variável.

Art. 40. Não estão sujeitos à incidência do imposto de renda os ganhos de capital auferidos pelos investidores estrangeiros de que trata o artigo anterior.

§ 1º Para efeito deste artigo consideram-se ganhos de capital, os resultados positivos auferidos:

I - nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, com exceção das operações conjugadas de que trata o inciso I do caput do art. 18;

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

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

18. Apesar da extensa explanação feita pelo consultante, resolve-se a consulta a partir da definição do enquadramento ou não da alienação sob análise ao disposto no art. 81, § 1º e 2º, itens "b" e "b.I", da Lei nº 8.981/95 e no art. 40, §1º, I, da IN SRF nº 25/01, ou seja, a partir da definição de ser ou não a CETIP entidade assemelhada às bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, para fins da não incidência do imposto de renda.

Natureza jurídica da CETIP S.A.

19. A CETIP atua como entidade de balcão organizado e como câmara de custódia e liquidação de títulos e valores mobiliários, por autorização da CVM - Comissão de Valores Mobiliários e do Banco Central. Dessa forma, faz a guarda eletrônica (custódia) de títulos emitidos por instituições financeiras e por empresas de diversos setores da economia, no caso dos valores mobiliários. Também efetua a liquidação financeira das operações, transferindo a titularidade dos títulos negociados do vendedor para o comprador e creditando e debitando o valor correspondente em suas respectivas contas.

20. Além disso, a CETIP é uma entidade administradora de mercado de balcão organizado, que compreende ambiente onde são registrados os negócios de compra e venda de títulos e valores mobiliários realizados entre as instituições financeiras e são efetuadas operações online, diretamente na Plataforma de Negociação Eletrônica - o CetipNET.

21. Nesse ambiente, podem ser negociados os principais valores mobiliários de renda fixa de emissão privada existentes no país, como debêntures, cotas de fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC), certificados de recebíveis imobiliários (CRI), notas comerciais, e títulos do agronegócio, bem como valores mobiliários de renda fixa de emissão dos Estados e Municípios (LFTs tipos E e M), bem como derivativos de balcão, dentre outros. A CETIP foi criada como associação civil, sem fins lucrativos, pertencente às instituições financeiras, que eram suas associadas. Em maio de 2008, a CETIP passou por seu processo de desmutualização e foi transformada em uma sociedade anônima, passando a operar sob a denominação de CETIP S.A. - Balcão Organizado de Ativos e Derivativos.

22. Estabelece o art. 23, § 1º, da Instrução Normativa nº 25/01, que "são consideradas assemelhadas às bolsas de que trata este artigo, as entidades cujo objeto social seja análogo ao das referidas bolsas e que funcionem sob a supervisão e fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários".

23. Assim, dois requisitos deveriam estar presentes para fins de configuração de entidade como assemelhada às bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, a saber: (i) funcionar sob a supervisão e fiscalização da CVM e (ii) o objeto social seja análogo ao das referidas bolsas.

(i) **Funcionar sob a supervisão e fiscalização da CVM**

24. A competência da CVM no que diz respeito à regulamentação e à fiscalização do mercado de valores mobiliários encontra-se legalmente instituída no âmbito da Lei nº 6.385/76, mais especificamente em seu art. 8º., incisos I e III, *in verbis*:

Art. 8º Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

I - regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações;

.....
III - fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o Art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados;

25. É com base em tal prerrogativa legal que, atualmente, a Instrução CVM nº 461, de 2007, disciplina os mercados regulamentados de valores mobiliários, bem assim dispõe sobre a constituição, organização, funcionamento e extinção das bolsas de valores, bolsas de mercadorias e futuros e mercados de balcão organizado.

26. Conforme preceitua o art. 2º da referida norma, os mercados regulamentados de valores mobiliários compreendem os mercados organizados de bolsa e balcão e os mercados de balcão não-organizados. Ainda, na forma do art. 3º da mesma IN 461/07, considera-se mercado organizado de valores mobiliários o espaço físico ou o sistema eletrônico, destinado à negociação ou ao registro de operações com valores mobiliários por um conjunto determinado de pessoas autorizadas a operar, que atuam por conta própria ou de terceiros, sendo o mercado organizado de valores mobiliários representado por bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, e os mercados de balcão organizado.

27. Adicionalmente, também em linha com tal competência, rezam os artigos 7º. e 9º. da Instrução CVM nº 461, de 2007:

Art. 7º O funcionamento e a extinção dos mercados organizados de valores mobiliários depende de prévia autorização da CVM.

§1º Os mercados organizados de valores mobiliários poderão ser divididos em segmentos de negociação, levando em conta as características das operações cursadas, os valores mobiliários negociados, seus emissores, requisitos de listagem, o sistema de negociação utilizado e as quantidades negociadas.

§2º O funcionamento e a extinção de segmento de negociação dependem de prévia autorização da CVM.

.....

Art. 9º Os mercados organizados de valores mobiliários serão obrigatoriamente estruturados, mantidos e fiscalizados por entidades administradoras autorizadas pela CVM, constituídas como associação ou como sociedade anônima, e que preencham os requisitos desta Instrução.

28. Do conjunto de dispositivos acima reproduzidos, não resta dúvida de que o mercado de balcão organizado da CETIP encontra-se, sim, sob supervisão e fiscalização da CVM, o que faz com que passemos, agora, à análise do segundo requisito necessário a que a isenção sob análise fosse aplicável, qual seja, suficiente analogia entre o funcionamento dos mercados de bolsa e de balcão organizado, mais especificamente no caso em questão entre o mercado de bolsa administrado pela BM&F/Bovespa e o mercado de balcão organizado administrado pela CETIP, analogia esta que justificasse ou não caracterizar e o mercado de balcão organizado citado como assemelhado à bolsa, para fins do disposto do parágrafo 1º. do artigo 81 da Lei nº 8.981, de 1995, o que equivale dizer, cumpre definir agora se ambos mercados possuem ou não objetos análogos.

(ii) O objeto social seja análogo ao das referidas bolsas.

29. Nos termos dos art. 65 e 73 da Instrução CVM nº 461, de 2007, tem-se que:

Art. 65. Consideram-se mercados de bolsa aqueles que:

I - funcionam regularmente como sistemas centralizados e multilaterais de negociação e que possibilitam o encontro e a interação de ofertas de compra e de venda de valores mobiliários; ou

II - permitem a execução de negócios, sujeitos ou não à interferência de outras pessoas autorizadas a operar no mercado, tendo como contraparte formador de mercado que assuma a obrigação de colocar ofertas firmes de compra e de venda, desde que:

a) a atuação do formador de mercado seja regulada pela bolsa, nos termos da regulamentação específica da CVM para formadores de mercado, e fiscalizada pelo Departamento de Auto-Regulação;

b) a regulação da bolsa preveja limites máximos para a diferença entre os preços de compra e de venda ofertados pelo formador de mercado; e

c) seja admitida a interferência de outras pessoas autorizadas a operar no intervalo entre as ofertas de compra e de venda, desde que para a quantidade total daquele negócio.

Parágrafo único. Considera-se sistema centralizado e multilateral aquele em que todas as ofertas relativas a um mesmo valor mobiliário são direcionadas a um mesmo canal de negociação, ficando expostas a aceitação e concorrência por todas as partes autorizadas a negociar no sistema.

.....

Art. 73. O ambiente ou sistema de negociação da bolsa deve possuir características, procedimentos e regras de negociação, previamente estabelecidos e divulgados, que permitam, permanentemente:

I – a regular, adequada e eficiente formação de preços;

II - a pronta realização, visibilidade e registro das operações realizadas; e

III – a disseminação pública das ofertas e negócios envolvendo ativos ali negociados, com rapidez, amplitude e detalhes suficientes à boa informação do mercado e formação de preços.

Parágrafo único. Quando se tratar de sistema de negociação centralizado e multilateral, a formação de preços deve se dar por meio da interação de ofertas, em que seja dada precedência

sempre à oferta que represente o melhor preço, respeitada a ordem cronológica de entrada das ofertas no sistema ou ambiente de negociação, ressalvados os casos de procedimentos especiais de negociação previstos em regulamento

30. Por sua vez, nos termos do art. 92 daquela Instrução, permite-se ao mercado de balcão organizado operar por uma ou mais das seguintes formas:

I – como sistema centralizado e multilateral de negociação, definido no termos do parágrafo único do art. 65, e que possibilite o encontro e a interação de ofertas de compra e de venda de valores mobiliários;

II – por meio da execução de negócios, sujeitos ou não à interferência de outras pessoas autorizadas a operar no mercado, tendo como contraparte formador de mercado que assuma a obrigação de colocar ofertas firmes de compra e de venda;

III – por meio do registro de operações previamente realizadas (grifei).

31. É da leitura dos art. 65 e dos incisos I e II do art. 92 que entende o consulente que, além da finalidade comum entre ambos os mercados, as características de seu funcionamento são idênticas e, por esta razão, dentre os objetos sociais da CETIP destacam-se: (i) administrar mercados organizados de valores mobiliários, de títulos, de derivativos e de outros instrumentos financeiros admitidos a negociação e/ou a registro de negociação previamente realizada e (ii) operacionalizar e manter sistemas de registro de ativos, de negociação, de registro de operações previamente negociadas, e de compensação, liquidação e de depósito ou custódia de ativos, nos mercados organizados administrados pela companhia ou nos mercados organizados administrados por outras entidades. Vale dizer, revelam-se as atividades da CETIP como atividades análogas àquelas desenvolvida nas bolsas de valores, de mercadorias e de futuros. Todavia, tal argumentação não resiste a uma análise mais detalhada do funcionamento de ambos os mercados, iniciada a seguir a partir do inciso III do mesmo artigo 92 supramencionado.

Mercados de Bolsa e Balcão: diferenciação por meio de mecanismo de formação de preços

32. A partir do disposto nos arts. 65 e 73 acima reproduzidos, vê-se que, nos mercados de bolsa, a formação de preços é obtida a partir; (i) de regras compulsórias para o seu fechamento, que deve ser sempre “contra” os melhores preços praticados no momento; (ii) da obrigatoriedade de fechamento “contra o mercado” (aqui inclusos os formadores de mercado ou “market-makers”) e não a partir de qualquer pré-combinação de preço entre os agentes; e (iii) da disponibilidade de informações relevantes para todos os participantes. Não há, assim, em mercados de bolsa, qualquer possibilidade de mero registro de operações previamente realizadas entre dois participantes.

33. Por sua vez, em um mercado de balcão organizado, como a CETIP, não só se pode meramente registrar operações previamente realizadas (conforme inciso III do art. 92 da mesma IN CVM 461/07), mas, inclusive, dispensa-se a participação de intermediário na operação, conforme expressamente disposto no art. 93 da mesma Instrução CVM nº 461/07:

Art. 93. Em mercado de balcão organizado, a negociação ou o registro de operações previamente realizadas pode ocorrer sem a participação direta de intermediário integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários, desde que neste caso, nos termos previstos no regulamento, a liquidação da operação seja assegurada contratualmente pela entidade administradora do mercado de balcão organizado, ou, alternativamente, seja realizada diretamente entre as partes da operação.

34. Assim, sem a intenção de definir o que seriam os mercados de bolsa e de balcão regulamentados pela CVM, os distintos mecanismos da formação de preços, com a possível ausência de intermediário no caso de mercados de balcão organizado, se constituem em critério vital de diferenciação. Mais ainda, em linha com tal distinção, estabelecem de forma inequívoca os arts. 5º e 6º. da mesma Instrução CVM nº 461/07:

Art. 5º Um mercado organizado de valores mobiliários será considerado pela CVM como de bolsa ou de balcão organizado dependendo, principalmente, do seguinte:

I – existência de sistema ou ambiente para o registro de operações realizadas previamente;

II – regras adotadas em seus ambientes ou sistemas de negociação para a formação de preços, conforme descrito nos arts. 65 e 73, no caso de bolsa, e arts. 95 e 96, no caso de balcão organizado;

III – possibilidade de atuação direta no mercado, sem a intervenção de intermediário;

IV – possibilidade de diferimento da divulgação de informações sobre as operações realizadas;

V – volume operado em seus ambientes e sistemas; e

VI – público investidor visado pelo mercado.

Parágrafo único. As características de que tratam os incisos I, III e IV só são admitidas para os mercados de balcão organizado, na forma prevista, respectivamente, nos arts. 92, inciso III, 93 e 105 desta Instrução.

Art. 6º A CVM pode determinar a transformação do mercado de balcão organizado em bolsa, a alteração de procedimentos ou normas de funcionamento de mercado de balcão organizado, ou a alteração das dispensas ou autorizações especiais que tenham sido conferidas nos termos desta Instrução, em razão das características concretas do mercado.

35. A rigor, o simples teor dos dispositivos já é suficiente para rejeitar a argumentação de que os dois mercados guardam perfeita identidade quanto às características de funcionamento, de tal forma que possa esta RFB considerá-los como assemelhados. Fossem “as características de funcionamento idênticas”, conforme alegado pelo consulente, desnecessária seria a criação de dispositivo como o art. 5º. supra, o qual objetiva justamente estabelecer a diferenciação entre os dois mercados a partir de suas distintas características de funcionamento.

36. Dito isto, a conclusão a que se chega é de que a alienação de valores mobiliários no âmbito da CETIP, entidade integrante do mercado de balcão organizado, uma vez que não caracterizada como cursada em mercado assemelhado à bolsa de valores, não cumpriu todos os requisitos legais e regulamentares para a fruição da não incidência do imposto de renda.

O ganho de capital na alienação de bens e direitos

37. Como a operação não se enquadra no art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995, veja-se o que dispõe a legislação sobre o ganho de capital. A Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, ao tratar da tributação do ganho de capital auferido pelo investidor estrangeiro, assim dispõe:

Art. 17. Para os fins de apuração do ganho de capital, as pessoas físicas e as pessoas jurídicas não tributadas com base no lucro real observarão os seguintes procedimentos:

I - tratando-se de bens e direitos cuja aquisição tenha ocorrido até o final de 1995, o custo de aquisição poderá ser corrigido monetariamente até 31 de dezembro desse ano, tomando-se por base o valor da UFIR vigente em 1º de janeiro de 1996, não se lhe aplicando qualquer correção monetária a partir dessa data;

II - tratando-se de bens e direitos adquiridos após 31 de dezembro de 1995, ao custo de aquisição dos bens e direitos não será atribuída qualquer correção monetária.

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.”

38. O Decreto nº 3.000, de 1999, no Capítulo V, ao regulamentar a tributação dos “Rendimentos de Residentes ou Domiciliados No Exterior”, assim determina:

Art. 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 100, Lei nº 3.470, de 1958, art. 77, Lei nº 9.249, de 1995, art. 23, e Lei nº 9.779, de 1999, arts. 7º e 8º):

I - à alíquota de quinze por cento, quando não tiverem tributação específica neste Capítulo, inclusive:

.....

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

.....

§ 3º 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 nº 9.249, de 1995, art. 18).

39. Analisando o disposto nos arts. 17 e 18 da Lei nº 9.249, de 1995 e no art. 685 do Decreto nº 3.000, de 1999, é de se concluir que 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 bem, este podendo ser atualizado monetariamente até 31 de dezembro de 1995, devendo o imposto de renda na fonte deve ser, consoante art. 865, inciso I, do mesmo Decreto nº 3.000, de 1999, recolhido na data da ocorrência do fato gerador sob o código 0473, entendida tal data como o momento do pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa do referido ganho de capital.

40. Por fim, inexistente, assim, qualquer possibilidade do consulente requerer a restituição do imposto recolhido.

Conclusão

41. Diante do exposto, responde-se ao consulente que: (i) não se aplica o disposto no § 1º do art. 81 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, ao ganho de capital auferido por não-residente, na alienação de cotas de fundos de investimento em mercados de balcão organizado;(ii) mercado de bolsa e mercados de balcão organizado não se assemelham na medida em que distintos quanto a suas características de funcionamento, em especial no que diz respeito aos diferentes mecanismos de formação de preços. (iii) o ganho de capital auferido deve ser tributado na forma dos arts. 17 e 18 da Lei nº 9.249, de 1995.

À consideração superior.

São Paulo, ____/____/ 2010.

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR
AFRFB - Matr. 64834

Ordem de Intimação

Aprovo a solução de consulta.

Encaminhe-se à *****, para conhecimento, ciência à interessada e demais providências.

São Paulo, ____/____/ 2010.

CARLOS ALBERTO DE TOLEDO
Chefe Substituto da Divisão de Tributação
Portaria SRRF 0800/P N° 2.217/2009 (DOU de 18/09/2009)
Competência Delegada pela Portaria SRRF 08/G 86/2009 (DOU de 1º/12/2009)

/mash