



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.721351/2014-57
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº **9202-010.196 – CSRF / 2ª Turma**
Sessão de 26 de novembro de 2021
Recorrentes RODOLFO RIECHERT
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Ano-calendário: 2010, 2011

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS. CONHECIMENTO.

Atendidos os pressupostos regimentais, mormente no que tange à demonstração da divergência jurisprudencial, o Recurso Especial deve ser conhecido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais. Por outro lado, não se conhece de Recurso Especial de Divergência, quando não resta demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial, em face da ausência de similitude fática entre os julgados em confronto.

DECADÊNCIA. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE AÇÕES A PRAZO. FATO GERADOR.

Nas vendas a prazo o fato gerador do Imposto de Renda se realiza com o efetivo pagamento da parcela acordada pelas partes, devendo este ser o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. DUPLICIDADE DE CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS.

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, seguida de incorporação reversa e nova capitalização, em inobservância à correta interpretação a ser dada ao art. 135, do Decreto nº 3.000, de 1999, devem ser expurgados os acréscimos indevidos, com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Ana Cecilia Lustosa da Cruz e João Victor Ribeiro Aldinucci, que lhe deram provimento parcial para acolher a decadência. Acordam ainda, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em Exercício e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Pedro Paulo Pereira Barbosa, João Victor Ribeiro Aldinucci, Mauricio Nogueira Righetti, Marcelo Milton da Silva Risso, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de lançamento de Imposto de Renda Pessoa Física, acrescido de multa de ofício qualificada e juros de mora, incidente sobre ganhos de capital obtidos quando do recebimento de parcelas, cuja operação de alienação foi efetuada a prazo. As parcelas foram recebidas em 2006, 2009, março e setembro de 2010 e março e julho de 2011. **O presente processo diz respeito às quatro últimas parcelas, recebidas em 2010 e 2011.**

O objeto da autuação foi a alienação das ações do Banco Pactual S/A, de propriedade do sócio autuado, precedida de reorganização societária ocorrida entre sociedades *holdings*, que detinham as ações do citado banco. A operação consistiu na extinção das *holdings* que detinham participação societária no banco, por meio de sucessivas incorporações às avessas, culminando com a alienação das ações do Banco Pactual diretamente pelos acionistas pessoas físicas da instituição. A reorganização societária teve como consequência a majoração do custo das ações alienadas, o que gerou a redução do ganho de capital tributável, obtido pelo acionista pessoa física.

As operações foram assim descritas pela Fiscalização (Termo de Verificação Fiscal de fls. 273 a 324):

- as reorganizações societárias não teriam como produzir efeitos econômicos que justificassem o acréscimo patrimonial da pessoa física, tendo como objeto tão somente a majoração irregular do custo de aquisição das ações alienadas do Banco Pactual S/A e, consequentemente, a supressão de tributos devidos pela pessoa física relativos à alienação do Banco;

- por meio de contrato firmado em 09/05/2006, entre a UBS AG, a Pactual S.A (controladora direta do Banco Pactual S.A.) e as pessoas físicas com participação indireta no patrimônio do Banco Pactual S.A., definiu-se, entre outras coisas, que as *holdings* detentoras de todas as ações do Banco Pactual S.A seriam extintas mediante a reorganização, para que os sócios pessoas físicas assumissem a condição de proprietários diretos das ações negociadas;

- o pagamento das ações do Banco Pactual S.A. foi parcelado, sendo a primeira parcela paga na data de “Fechamento” da compra e venda das ações, o que ocorreu em dezembro de 2006, e as demais parcelas em datas posteriores, denominadas “Pagamento Diferido”;

- o valor do “Pagamento Diferido”, referente às últimas parcelas do valor de alienação das ações do Banco Pactual S/A, foi recebido pelo ex-sócio pessoa física no ano-calendário 2009 (objeto do Auto de Infração MPF 0710800/2010/0269/9), e nos anos-calendário 2010 e 2011, objeto do presente Auto de Infração;

- os sócios pessoas físicas providenciaram uma reestruturação societária no ano-calendário de 2006, mediante incorporações às avessas das *holdings* controladoras do Banco, o que permitiu que a transferência das ações do Banco Pactual S.A. ao UBS AG fosse feita diretamente pelos sócios pessoas físicas;

- em 28/12/2004 e 31/12/2005, foram realizados aumentos do capital social de Pactual Participações Ltda, nos valores de R\$ 210.000.000,00 e R\$ 130.000.000,00, respectivamente, passando de R\$ 125.000.321,05 para R\$ 335.000.321,71 em 28/12/2004 e R\$ 465.000.320,61 em 31/12/2005, mediante capitalização de parte dos lucros retidos na conta lucros acumulados da sociedade;

- em 31/12/2005, a Pactual Participações Ltda foi incorporada por Pactual Participações S/A, cujo capital social passou de R\$ 26.969.514,00 para R\$ 70.118.786,40 (aumento de R\$ 43.149.272,40), e posteriormente a Pactual Participações S/A transformou-se em Nova Pactual Participações Ltda;

- em 13/10/2006, foi realizado o aumento do capital social da Nova Pactual Participações Ltda, no valor de R\$ 686.000.000,00, passando de R\$ 70.118.786,40 para R\$ 756.118.786,40, mediante capitalização dos créditos detidos pelos sócios quotistas contra a sociedade;

- em 13/10/2006, a Pactual Holdings S/A aumentou seu capital social em R\$ 202.500.000,00, mediante a capitalização de créditos detidos contra a sociedade e a capitalização da reserva legal da Companhia;

- em 13/10/2006, a Pactual Holdings S/A foi incorporada por Pactual S/A, passando o capital social da incorporadora de R\$ 34.498.190,25 para R\$ 64.248.147,47, e também nesta data a Nova Pactual Participações Ltda foi incorporada por Pactual S/A, cujo capital social passou de R\$ 64.248.147,47 para R\$ 97.841.295,93;

- em 01/11/2006, o capital social da Pactual S/A foi aumentado em R\$ 3.862.542,92, passando para R\$ 101.703.838,85, com a consequente emissão de duas ações preferenciais subscritas pelos acionistas André Santos Esteves e Gilberto Sayão da Silva, e integralizadas mediante a capitalização de créditos por eles detidos contra a sociedade;

- em 03/11/2006, a Pactual S/A aumentou seu capital social em R\$ 996.087.876,00, passando este para R\$ 1.097.786.714,85, mediante a capitalização de créditos detidos pelos acionistas contra a Companhia;

- em 01/12/2006, a Pactual S/A foi incorporada pelo Banco Pactual S/A, vertendo-se para o incorporador o patrimônio líquido da incorporada, de R\$ 1.149.597.660,18;

- a partir deste último evento, os acionistas pessoas físicas passaram a ter participação direta no Banco Pactual S/A, detendo as ações que, posteriormente, foram alienadas;

- assim, constata-se um padrão nos eventos societários: após o incremento dos respectivos Patrimônios Líquidos das companhias, em decorrência dos ajustes de equivalência patrimonial originados pelo lucro do Banco Pactual S/A, todas as companhias Investidoras (Nova Pactual Participações Ltda, Pactual Holdings S/A e Pactual S/A) tiveram seus lucros e reservas capitalizados, sendo que depois foram incorporadas pelas suas Investidas, operações estas inversas ao processo normal, que é o da Investidora incorporar a Investida;

- nos processos de incorporação reversa houve majoração irregular no custo das ações alienadas, tendo em vista que o processo de extinção das *holdings* Pactual Participações Ltda, Nova Pactual Participações Ltda e Pactual Holdings S/A, com a anterior capitalização de dividendos nos valores de R\$ 210.000.000,00, R\$ 130.000.000,00, R\$ 43.149.272,40, R\$ 202.500.000,00, R\$ 686.000.000,00, não poderiam gerar aumento no custo das ações alienadas do Banco Pactual S/A, uma vez que, posteriormente, houve acréscimo cumulativo do custo das aludidas ações alienadas com a incorporação do acervo líquido da Pactual Holdings S/A e da Nova Pactual Participações Ltda e, mais tarde, a capitalização dos dividendos da companhia Pactual S/A, anteriormente à sua incorporação pelo Banco Pactual S/A, no valor de R\$ 1.063.293.524,60, que representa a soma das parcelas R\$ 29.749.957,22, R\$ 33.593.148,46, R\$ 3.862.542,92 e R\$ 996.087.876,00;

- com a incorporação, todo o acervo líquido da Pactual S/A (PL), no valor de R\$ 1.149.610.206,41, foi incorporado pelo Banco Pactual S/A;

- as ações ou quotas recebidas pelo sócio ou acionista, em decorrência do aumento de capital subscrito pela sociedade fundida, incorporada ou cindida, continuam sendo basicamente as mesmas de antes, ainda que qualitativamente tenham sofrido alteração, da mesma forma que se aceitaria indiscutivelmente como inalterada a participação societária dos sócios ou acionistas que participavam de sociedade que tenha incorporado patrimônio de outra;

- assim, conclui-se que o custo da ação alienada por cada acionista tem como base a participação de cada um deles no capital social da Pactual S/A, em 01/12/2006, todavia o contrato firmado na compra e venda do Banco Pactual S/A determinava que, entre a data da celebração do negócio e a data de sua efetivação os lucros auferidos seriam objeto de distribuição aos antigos proprietários, de tal forma que, em 22/02/2007, os acionistas alienantes, àquela época ex-acionistas, receberam o valor de R\$ 290.754.000,06 a título de dividendos;

- dito valor, portanto, refere-se a lucros auferidos até 01/12/2006 e, para que pudessem ser distribuídos, deveriam estar incluídos no patrimônio líquido da Pactual S/A, por isso esta parcela deve ser deduzida do custo de aquisição apurado;

- desta forma, apura-se o custo das ações alienadas pelo Contribuinte, que é de R\$ 23.512.874,34, correspondente a 2,75% do total da sociedade;

- o que evidencia a irregularidade é que o sujeito passivo recebeu novas ações em troca das extintas, por ocasião da extinção da Nova Pactual Participações Ltda, mantendo assim em sua propriedade a mesma parcela que detinha indiretamente do Banco Pactual S/A, entidade

que concentrava a efetiva riqueza econômica e financeira do grupo empresarial, como também aumentou o custo de aquisição de tais ações por meio de dividendos não distribuídos;

- os dividendos capitalizados são os mesmos, na medida em que as Reservas e Lucros capitalizados por Nova Pactual Participações Ltda e Pactual S/A nada mais são que o Resultado da Equivalência Patrimonial do Banco Pactual S/A;

- as operações engendradas pelas citadas sociedades empresariais (uma autêntica cadeia de repercussões de equivalência patrimonial), no que concerne à questão da incorporação de lucros e dividendos, somente encontra lastro jurídico-contábil-financeiro no que se refere àqueles gerados pelo Banco Pactual S/A, com repercussão na controladora Pactual S/A;

- eventuais ajustes promovidos pelo Banco Pactual S/A, em função de acréscimos patrimoniais ocorridos nas sociedades Pactual Participações Ltda e Nova Pactual Participações Ltda, nada mais eram que a própria riqueza gerada pelo Banco Pactual S/A, as quais já haviam sido consignadas no patrimônio de Pactual S/A;

- com tais procedimentos, os ex-acionistas informaram no Demonstrativo de Ganho de Capital de suas Declarações de Ajuste Anual o custo majorado de suas ações, inserindo, dessa forma, elementos inexatos com o fim de pagar menos Imposto de Renda, conduta que se insere no contexto de fraude à fiscalização tributária, sendo o tipo doloso;

- todo o arcabouço montado foi no sentido de prejudicar o direito do Fisco, configurando, em tese, crime contra a Ordem Tributária, definido no inciso I, dos artigos 1º e 2º da Lei 8.137, de 1990;

- o ato praticado contraria as palavras e espírito da lei (art. 135 do RIR/99), apesar de o autuado afirmar que nela se baseou; e ainda que assim fosse, o ato preservaria a letra da lei, mas ofenderia o espírito dela, envolvendo o abuso do direito, intimamente ligado à ideia segundo a qual não há direito ilimitado;

- o abuso do direito pode ser definido como o exercício egoístico, normal do direito, sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou voluntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao critério econômico e social do direito em geral;

- em razão da conduta do Contribuinte em informar elementos inexatos no Demonstrativo de Ganho de Capital anexos às Declarações de Ajuste Anual, enquadrando-se nos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964, majorando o custo de aquisição das ações, com o intuito de reduzir o valor do ganho de capital apurado, foi aplicada a multa de ofício qualificada de 150%, consoante estabelecido no artigo 44, inciso I, §1º, da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.

A Impugnação foi considerada improcedente, razão pela qual foi interposto Recurso Voluntário, julgado em sessão plenária de 08/05/2018, prolatando-se o Acórdão nº 2301-005.261 (fls. 1.673 a 1.745), assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA -IRPF

Ano-calendário: 2010, 2011

IRPF. DECADÊNCIA. GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE DIREITOS COM PAGAMENTO DIFERIDO. TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL.

1. O art. 62-A do Ricarf obriga a utilização da regra do REsp n.º 973.733 SC, decidido na sistemática do art. 543C do Código de Processo Civil, o que faz com a ordem do art. 150, §4º, do CTN, só deva ser adotada nos casos em que o sujeito passivo antecipar o pagamento e não for comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, prevalecendo os ditames do art. 173, nas demais situações.

2. Em regra, no ganho de capital, não há falar em ocorrência de pagamento antecipado, pois sua tributação se dá em separado, não integrando o ajuste anual, sendo que os pagamentos que podem ser computados no ajuste anual não se aproveitam para fazer incidir a regra decadencial prevista no art. 150, §4º, do CTN.

3. No caso concreto, houve pagamento parcial do imposto referente ao ganho de capital apurado sob litígio. Assim, aplicável a regra do art. 150, §4º, do CTN, iniciando-se a contagem do prazo decadencial na data do fato gerador.

4. Em se tratando de pessoas físicas, caso em que se aplica o regime de caixa, antes do efetivo recebimento dos valores decorrentes de alienação com pagamento diferido (a prazo), não há falar em acréscimo patrimonial a justificar a apuração do ganho de capital. O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, sendo esse recebimento o marco para a contagem do prazo decadencial.

5. Dessa forma, não correu a decadência do poder-dever de constituir o crédito tributário no presente caso, em que a operação objeto do ganho de capital realizou-se em 03/2010 e o lançamento foi cientificado ao sujeito passivo em 26/05/2014.

6. A decadência do poder-dever de lançar o ganho de capital auferido em 2006 não atinge o ganho de capital percebido em 2009.

OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. LUCROS SOCIETÁRIOS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM HOLDINGS. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO EM DESCOMPASSO COM O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 10 DA LEI 9.249, de 1995 (ART. 135 DO RIR 99).

A capitalização de lucros societários, não tributados, sem substrato econômico e meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial em holdings puras, seguidas de correspondentes incorporações reversas, não se subsume ao parágrafo único do art. 10 da Lei 9.249, de 1995 (art. 135 do RIR 99), para fins de majoração do custo da aquisição de ações a serem alienadas e consequente apuração de ganho de capital.

BENEFÍCIOS FISCAIS INSTITUÍDOS PELO ART. 10 DA LEI 9.249, de 1995. DISTRIBUIÇÃO OU CAPITALIZAÇÃO DOS LUCROS.

O lucro que foi distribuído ao sócio/acionista, passando a integrar o patrimônio econômico deste como rendimento isento, não pode ser utilizado, concomitantemente, para a capitalização de lucros na sociedade que o distribuiu.

DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS EM SOCIEDADES QUE APURAM O LUCRO REAL. LIMITES AOS BENEFÍCIOS FISCAIS QUE VERSAM SOBRE O LUCRO.

No caso de sociedades que apurem o lucro real, o montante do lucro que pode ser distribuído encontra limite no lucro real, somente o qual, por ser elemento da hipótese de incidência do imposto sobre a renda, pode ser objeto de benefícios fiscais, como isenção do imposto em caso de sua distribuição aos sócios/acionistas ou majoração do custo de aquisição de ações.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. SUJEITO PASSIVO SEM CONTROLE DOS ATOS QUE DERAM ORIGEM À ATUAÇÃO.

Não tendo o sujeito passivo poder para determinar ou impedir os atos que deram origem ao auto de infração, descabe a aplicação da multa qualificada.

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

A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre a qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

A decisão foi assim resumida:

Acordam os membros do colegiado, (i) por maioria de votos não reconhecer a decadência do crédito tributário, vencidos os conselheiros Wesley Rocha e Juliana Marteli Fais Feriato, que a reconheceram; (ii) pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso, à exceção da matéria referente à multa qualificada, vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto (relator), Wesley Rocha, Marcelo Freitas de Souza Costa e Juliana Marteli Fais Feriato, que deram provimento ao recurso (iii) por unanimidade de votos, reduzir a multa qualificada ao percentual de 75%. Designado para fazer o voto vencedor o conselheiro João Bellini Júnior.

O processo foi encaminhado à PGFN em 20/09/2018 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1.957) e, em 22/10/2018, a Fazenda Nacional interpôs o Recurso Especial de fls. 1.958 a 1.967 (Despacho de Encaminhamento de fls.1.968), com fundamento no art. 67, Anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, visando rediscutir a **desqualificação da multa de ofício**.

Ao Recurso Especial foi dado seguimento, conforme despacho de 04/06/2010 (fls. 1.970 a 1.976).

Em seu apelo, a Fazenda Nacional apresenta os seguintes argumentos:

- os fatos narrados no Termo de Verificação Fiscal demonstram inequivocamente a consciência do Contribuinte quanto à forma em que o custo de suas ações foram majoradas;

- em que pesem seus argumentos descreverem que a conduta teria como base uma suposta autorização legal para a majoração, é evidente o seu conhecimento de que o custo de aquisição das ações, de R\$ 70.508.828,23, que apurou para fins de cálculo do ganho de capital, é consideravelmente inferior ao efetivo dispêndio de recursos que teve em relação a tais ações, de R\$ 23.512.874,34;

- tentou o Contribuinte extrair da reestruturação societária efeitos tributários que a esta não são inerentes, majorando, com as sucessivas capitalizações indevidas de lucros, o custo das suas ações e, conseqüentemente, reduzindo o valor do imposto de renda incidente sobre o ganho da capital;

- não se trata a majoração indevida do custo das ações de uma mera interpretação inadequada do art. 135 do RIR, o que se extrai dos fatos ocorridos é a clara intenção de majorar o custo das ações com capitalizações indevidas de lucros;

- apesar de as capitalizações de lucros terem sido efetuadas pelas pessoas jurídicas das *holdings*, ressalte-se que, além de terem sido as capitalizações consignadas nas atas de assembleia das *holdings*, o Contribuinte, na data da apuração do ganho de capital, era indubitavelmente conhecedor do montante de lucros contidos no Banco Pactual e de que as capitalizações ocorridas nas *holdings* foram realizadas com a utilização destes mesmos lucros;

- ainda que o Contribuinte, em razão de seu pequeno percentual de participação no capital social das *holdings*, não tivesse poder de decisão quanto à forma em que foi efetuada a reestruturação societária, coube exclusivamente a ele a apuração do ganho de capital na alienação de suas ações.

- as capitalizações de lucros oriundos do MEP nas *holdings* sem repercussão na contabilização dos lucros no Banco Pactual, tiveram como fim específico a majoração indevida do custo das ações dos sócios, contudo, tal incorreção não obrigou o sócio a, individualmente, no momento da apuração do custo das ações, acompanhar a decisão dos demais sócios e cometer a ilicitude de considerar apta a majorar o custo das ações as capitalizações de lucros que, de fato, não ocorreram;

- deveria o Contribuinte, conhecedor que é da impossibilidade de tirar proveito econômico do mesmo lucro mais de uma vez, proceder à correta apuração do custo de suas ações;

- a majoração indevida do custo das ações alienadas, realizada através do “estratagema contábil” de capitalizações irregulares de lucros, que se restou finalizado quando do pagamento do IRPF a menor e corroborado com as informações prestadas no Demonstrativo de Ganho de Capital da Declaração de Ajuste Anual, teve o propósito específico de prejudicar o direito do Fisco e, conseqüentemente, reduzir o valor do IRPF a pagar;

- como bem registrado no Termo de Verificação Fiscal, tal conduta, dolosa, se insere no contexto de fraude à fiscalização tributária previsto no art. 72, da Lei 4.502/64, e configura, em tese, o crime contra a ordem tributária definido no inciso I, dos arts. 1º e 2º da Lei. nº 8.137/1990;

- não se pode entender como sendo uma mera interpretação equivocada da legislação a clara intenção do Contribuinte de majorar o custo das ações alienadas com valores fictícios de lucros;

- as capitalizações indevidas de lucros não resultaram de uma consequência da aplicação da norma prevista no art. 135 do RIR/99, o que se verifica é uma tentativa do Contribuinte de, com o fim de pagar menos IRPF, fazer parecer estarem de acordo com a legislação tais capitalizações de lucro;

- aliás, a própria alegação de que as capitalizações de lucros que culminaram na majoração do custo das ações estariam em consonância com o art. 135 do RIR revela, por si só, o pleno conhecimento do Contribuinte quanto à aplicabilidade e alcance da norma;

- sendo o Contribuinte conhecedor da origem dos lucros utilizados para fins de capitalização nas *holdings*, era ele também conhecedor do fato de que as capitalizações não geraram qualquer repercussão no montante de lucros contabilizado no Banco Pactual;

- assim, tirar proveito mais de uma vez do mesmo lucro, sob o pretexto de se estar aplicando uma norma legal, demonstra o objetivo do Contribuinte de, ilicitamente, reduzir o montante do imposto incidente sobre o ganho de capital;

- constitui informação falsa a prestada pelo Contribuinte na Declaração de Ajuste Anual relativa ao custo de aquisição das 31.187.133 ações alienadas e enquadra-se no conceito de fraude do art. 72, da Lei nº 4.502/64, a conduta do Contribuinte de, dolosamente, majorar indevidamente o custo das ações o que, em consequência, reduziu o montante do imposto devido;

- restando-se evidente o intuito de fraude do Contribuinte justifica-se a aplicação da multa qualificada de 150%, nos termos do art. 957, II, do RIR/99.

Ao final, a Fazenda Nacional pede o conhecimento e provimento do recurso, para que seja restabelecida a penalidade de 150%.

Antes mesmo de ser cientificado formalmente do Acórdão de Recurso Voluntário, do Recurso Especial da Fazenda Nacional e do despacho que lhe deu seguimento, o que ocorreu somente em 19/03/2019 (Aviso de Recebimento de fl. 1.979), o Contribuinte interpôs, em 28/08/2018 (Termo de Solicitação de Juntada de fl. 1.750), o Recurso Especial de fls. 1.752 a 1.797, e, em 25/03/2019 (Termo de Solicitação de Juntada de fl. 1.980), ofereceu as Contrarrazões de fls. 1.982 a 1.996.

Em sede de Contrarrazões, o Contribuinte tece as seguintes considerações, em síntese:

Do não conhecimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional

- os fatos objeto do acórdão recorrido e os fatos analisados no acórdão paradigma não guardam qualquer relação, não sendo idênticos, semelhantes ou sequer minimamente próximos ou correlacionáveis;

- em nenhum momento o acórdão recorrido contesta a legitimidade da transferência das ações e a lógica da reestruturação, descrita no recurso voluntário;

- diferentemente do acórdão recorrido, o acórdão paradigma constatou que os atos praticados foram artificiais e visaram exclusivamente escapar à tributação, motivo que, por si só, já basta para que o Recurso Especial da Fazenda Nacional não seja admitido;

- o acórdão paradigma analisa glosa de despesas com amortização de ágio, deduzidas pela empresa Estre Ambiental S.A. na apuração do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas ("IRPJ");

- como se verifica do relatório, o acórdão paradigma trata de reestruturação societária levada a efeito por meio da criação de uma empresa veículo (Estre Holding) para incorporar as ações de Estre Ambiental, e, posteriormente, ser por ela (Estre Ambiental) incorporada, viabilizando, com isso, o aproveitamento do ágio gerado entre partes relacionadas;

- não só o acórdão paradigma trata de fatos completamente distintos do recorrido (ganho de capital de pessoa física vs. Amortização de ágio por pessoa jurídica) como, e isso é

ainda mais fundamental, o acórdão recorrido afasta a existência de qualquer artificialismo na reestruturação, ao contrário do acórdão paradigma, que considerou desprovidos de substância econômica e propósito comercial os diversos atos societários praticados para fins de aproveitamento fiscal do ágio, não havendo, portanto, interpretação divergente de legislação tributária federal, mas sim duas análises distintas, de matérias completamente distintas porque baseadas em fatos completamente distintos;

Da desqualificação da multa de ofício

- ficou acertado entre os acionistas e a UBS que a venda do Banco seria precedida da realização de operações necessárias a que os acionistas se colocassem na posição de vendedores do Banco; daí a reestruturação, que consistiu basicamente na incorporação de Participações e Holdings por Pactual, seguida da incorporação desta pelo Banco;

- com a extinção das *holdings* (por incorporação), os acionistas se tornaram proprietários do Banco e venderam suas ações;

- na Seção 4. da Impugnação, o Contribuinte confrontou todas as variantes aptas a fazer com que as ações do Banco chegassem aos acionistas, conforme acertado com a UBS, quais sejam: (i) a liquidação das *holdings*, com a consequente transferência das ações do Banco aos acionistas; (ii) a redução do capital das *holdings* com restituição em bens, de forma a que, ao final de uma cadeia de operações, as ações do Banco chegassem aos acionistas; (iii) a junção das *holdings* em uma única empresa, que em seguida incorporaria o Banco, assumindo seu nome e todas suas demais características; e (iv) finalmente, as incorporações reversas das *holdings* pelo Banco;

- a opção adotada pelos acionistas foi a incorporação reversa das *holdings* pelo Banco, constante do item (iv), acima, por ser inquestionavelmente a mais lógica, conveniente e eficaz;

- a redução da participação dos referidos acionistas no capital de Participações importou em que eles recebessem menos ações do Banco, quando ocorrida a incorporação das *holdings*, e, conseqüentemente, vendessem menos ações do Banco a UBS;

- com base nos elementos que podem ser extraídos do TVF dá para estimar a perda conjunta dos referidos acionistas em mais de R\$ 500.000.000,00, já desconsiderados os efeitos fiscais do aumento do custo de suas ações do Banco, decorrentes da capitalização dos lucros da Participações e esse fato evidencia por si só, com toda certeza, que a capitalização de lucros teve objetivos outros, que não fiscais;

- como amplamente demonstrado pelo Contribuinte na sua impugnação e no seu recurso voluntário, a reestruturação foi motivada por objetivos comerciais legítimos e a majoração do custo dos investimentos do Contribuinte no Banco é mera decorrência da aplicação direta da legislação em vigor;

- em nenhum momento o Contribuinte se desviou das regras previstas em lei, ao considerar que as capitalizações de lucros das *holdings* provocariam um aumento no custo de seus investimentos;

- além do Contribuinte, mais de 60 acionistas do Banco foram autuados, tendo sido lançada contra todos eles a multa qualificada, ou seja, multa de caráter penal;

- entende-se que a fiscalização discorde da apuração do custo de aquisição dos investimentos dos acionistas no Banco, mas atribuir a todos eles sem um indício sequer evidente intuito de fraude não faz o menor sentido;

- uma divergência na interpretação de um dispositivo legal jamais pode ser qualificada (ainda mais cumulativamente) como fraude, sonegação, e simulação, além disso, proceder-se à cobrança de multa qualificada simplesmente em razão de o contribuinte ter adotado interpretação diversa da acolhida pela fiscalização é conduta totalmente arbitrária e descabida;

- não há a menor convergência da Fiscalização quanto à natureza da infração cometida pelos acionistas: (i) no processo n.º 12898.002335/2009-31, alegou-se a presença de simulação subjetiva para a imposição de penalidade, com base no art. 167, § 1º, inciso I, do CC/02; na decisão proferida em primeira instância, contudo, os julgadores, ao justificar a existência de simulação, usam argumentos totalmente aplicáveis à simulação decorrente da utilização de negócio jurídico diverso daquele efetivamente desejado, hipótese prevista no inciso II, do referido art. 167; (ii) no processo n.º 12448.734760/2011-13, os autuantes alegam que o procedimento do autuado teria caracterizado um abuso de direito; (iii) e no processo n.º 12448.735954/2011-28, alegam ter ocorrido fraude à lei, ou seja, nem mesmo a Receita Federal do Brasil conseguiu chegar a uma conclusão quanto à natureza do ilícito cometido pelos acionistas na determinação do ganho de capital verificado na venda das ações do Banco;

- o entendimento pela desqualificação da multa foi ratificado em diversas oportunidades por esta CSRF, em casos de outros acionistas do Banco.

Ao final, o Contribuinte pede o não conhecimento do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional e, caso assim não se entenda, que lhe seja negado provimento.

Ao Recurso Especial do Contribuinte foi dado seguimento parcial, conforme despacho de 22/10/2019 (fls. 2.005 a 2.013), para rediscussão das seguintes matérias:

- momento da ocorrência do fato gerador no lançamento de ganho de capital relativo à alienação a prazo, do que irradiaria efeitos sobre a decadência; e

- custo de aquisição para fins de apuração do ganho de capital, no caso de alienação de participação societária em grupo empresarial, precedida de incorporação reversa e distribuição/capitalização de lucros.

Em seu apelo, quanto à parte que teve seguimento, o Contribuinte alega:

Decadência

- o recorrente alegou na impugnação e no recurso que a alienação das ações do Banco ao UBS ocorreu em 01.12.2006 e, como decorridos mais de 7 anos entre esta data e a da ciência do auto, em 19.05.2014, o crédito tributário nele lançado está extinto por decadência;

- o fato gerador do IR incidente sobre o ganho de capital ocorre na data da alienação do bem ou direito; daí o termo inicial da decadência corresponder à data da sua realização;

- trata-se de fato gerador instantâneo, no qual o tributo é apurado no momento em que o sujeito passivo pratica a conduta típica (alienação do bem ou direito) o que a lei autoriza é tão somente o diferimento do pagamento do imposto para o momento do recebimento do preço pelo alienante;

- o art. 2º da Lei n.º 7.713, de 1988, mencionado pelo acórdão recorrido, não pode ser invocado por uma simples razão: quando editada a Lei n.º 7.713, de 1988, o IR incidente sobre os ganhos de capital era apurado juntamente com o imposto devido sobre todos os rendimentos auferidos pelo contribuinte no ano;

- impunha-se, na época, a inclusão dos ganhos de capital na declaração de ajuste anual e a sua apuração conjunta com o IR incidente sobre os rendimentos de outras fontes;

- sob a Lei n.º 8.981, de 1995 (art. 21), os ganhos de capital passaram a ser tributados em separado e em definitivo, deixando de integrar a base de cálculo do imposto de renda apurado mensalmente, e ajustado anualmente, em outras palavras, o art. 21 da Lei n.º 8.981, de 1995, revogou tacitamente o art. 2º da Lei n.º 7.713, de 1988, no que se refere aos ganhos de capital;

- tampouco é possível afirmar que o art. 43 do CTN autorizaria a conclusão de que o efetivo ganho de capital ocorre no momento do recebimento da parcela;

- em primeiro lugar, porque no momento da alienação das ações pelo Contribuinte e não no momento do recebimento das parcelas do preço de venda que se tem a disponibilidade jurídica da renda, ou seja, no momento em que as ações são transferidas do patrimônio do Contribuinte para o UBS já se pode dimensionar a renda acrescida ao seu patrimônio, resultante da mais valia das ações;

- em segundo lugar, porque a lei, no caso o art. 21 da Lei n.º 7.713, de 1988 (reproduzido no art. 140 do RIR), ao contrário do que afirma o acórdão recorrido, elegeu o momento da venda como aquele em que ocorre o fato gerador e, ao fazê-lo, não extrapolou os limites do CTN;

- tanto é assim que a própria Coordenação-Geral de Tributação (COSIT) adotou esse raciocínio na Solução de Consulta n.º 663, de 27.12.2017, que analisou dúvida relativa à alíquota do IR incidente sobre o ganho de capital verificado na venda a prazo de participação societária e, por entender que o fato gerador do IR sobre o ganho de capital na venda a prazo ocorre na data da alienação da participação societária, e não na data do recebimento das parcelas, concluiu que a alíquota aplicável seria a vigente naquela data.

Capitalização de lucros decorrentes de investimentos avaliados pelo MEP

- o acórdão recorrido parte da premissa equivocada de que o lucro da pessoa jurídica que pode ser distribuído ou capitalizado "com o aproveitamento da isenção" de que trata

o art. 10 da Lei nº 9.249/95 é apenas o lucro fiscal oferecido à tributação, o qual foi expressamente definido no voto como sendo o lucro real;

- o referido dispositivo legal não especifica se os lucros ou dividendos devem ser apurados com base no resultado determinado de acordo com a legislação fiscal ou com a legislação societária e nem deveria fazê-lo, já que, na data em que editada a Lei nº 9.249/95, assim como na época da reestruturação e, assim como é atualmente havia apenas uma única forma de apuração de lucro pela pessoa jurídica: a prevista na Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das S.A.).

- como se sabe, o art. 111, inciso II, do CTN prevê que a legislação tributária que dispõe sobre isenção deve ser interpretada literalmente; logo, se o legislador não fez qualquer ressalva quanto à apuração dos resultados que deveriam servir de base para o cálculo dos lucros ou dividendos, não cabe à administração fiscal fazê-lo.

- ademais, a aplicação do MEP não é uma opção ou preferência, não é algo feito ao alvitre da sociedade investidora, muito pelo contrário, é uma obrigatoriedade imposta pela lei, que objetiva fazer com que a sociedade investidora já reconheça como seu um ganho, uma receita ainda potencial, correspondente aos lucros retidos na sociedade investida;

- nenhuma interpretação do art. 135 do RIR/99 autoriza que, na capitalização de lucros, o custo de aquisição das ações não seja acrescido no mesmo valor da capitalização;

- os lucros da investida não são os lucros da investidora, os lucros da investida continuam a ser uma receita da investidora;

- no caso concreto, o custo de aquisição das ações do Banco detidas pelo Contribuinte aumentou em função da capitalização dos lucros de Participações, sociedade *holding* nas quais detinha participação diretamente, e, depois, dos lucros de Pactual, de cujo capital passou a participar com a extinção de Participações ;

- evidentemente, os lucros das duas referidas sociedades *holdings* não são uma mesma e única coisa, ainda que a ausência de outras atividades relevantes nas *holdings* tenha feito com que os seus resultados fossem afetados de forma extremamente preponderante pelos lucros gerados pelo Banco;

- as capitalizações deram-se com os lucros das próprias *holdings* e não com o lucro do Banco, sendo lucros distintos e inconfundíveis;

- no caso concreto, aplica-se o art. 135 do RIR/99, tal como está escrito, sem exceções, sem ressalvas, sem distinções entre a origem do lucro (ou da reserva de lucro) que uma vez capitalizado autoriza o acréscimo do custo de aquisição da pessoa física;

- se assim não for, estar-se-á desprezando os comandos legais sobre o MEP, desconsiderando as personalidades jurídicas das sociedades *holdings* e reescrevendo-se o referido dispositivo a pretexto de uma suposta justiça econômica.

Aumento do custo de aquisição dos investimentos do recorrente

- considerando que, nas incorporações inversas, os acionistas da incorporada recebem ações da incorporadora por custo idêntico ao das ações da incorporada e que, no caso concreto, antes das incorporações os lucros das incorporadas foram capitalizados, o custo de aquisição dos investimentos do Contribuinte nas empresas do Grupo Pactual foi aumentado em duas oportunidades: (i) quando ocorreu a capitalização de lucros de Participações, empresa na qual o Contribuinte possuía participação direta; e (ii) quando ocorreu a capitalização de lucros de Pactual, empresa de cujo capital o Contribuinte passou a participar, em razão da incorporação de Participações;

- o aumento do custo dos investimentos do Contribuinte, que era sócio da *holding* à época da capitalização de lucros, decorre da aplicação do art. 135 do RIR/99 e não há como rejeitá-lo;

- o Contribuinte não contestou a lógica dos quadros demonstrativos apresentados no TVF, mas sempre assinalou que as distorções então apontadas decorrem do texto da lei;

- o Contribuinte esclareceu na impugnação e no recurso que (i) ainda que a majoração do custo dos investimentos do recorrente no Banco, em montante superior aos lucros auferidos pelo próprio Banco (fonte primária e única do acréscimo patrimonial), fosse encarada como uma distorção, ela resultaria da aplicação das normas societárias e fiscais em vigor; (ii) não seria de se esperar que o Contribuinte deixasse de aplicar a lei por ela lhe favorecer em razão de peculiaridades de sua situação; e (iii) a fiscalização também não poderia deixar de aplicar a lei, por considerar que ela beneficia economicamente o contribuinte;

- o Contribuinte sustentou, ainda, que as distorções apontadas pela fiscalização, decorrentes da aplicação do MEP, se verificam não só nas hipóteses de incorporações reversas (independentemente de a capitalização de lucros ocorrer antes ou no processo da incorporação), mas também em outras situações;

- algumas conclusões parecem inquestionáveis: (i) o art. 135 do RIR/99 diz expressamente que o montante dos lucros capitalizados - inclusive os lucros derivados do MEP, pois a lei não restringe seu alcance - integra-se ao custo dos investimentos; (ii) o acionista que tem o custo de seus investimentos aumentado é aquele que, na data da capitalização dos lucros, se apresenta como tal; e (iii) o referido art. 135 não distingue as hipóteses em que ocorre a capitalização de lucros pela empresa que os produziu e pela empresa que os reconheceu pelo MEP.

Do custo de aquisição dos investimentos do Contribuinte

- o custo de aquisição foi calculado pela fiscalização tomando-se por base o percentual de participação em uma empresa (Banco) aplicado sobre o patrimônio líquido contábil ajustado de outra empresa (o da controladora direta Pactual), e os ajustes contábeis referem-se a fatos ocorridos em 2007, novamente no plano do Banco;

- não há lei que embase esse proceder por parte do fiscal, e a fiscalização, agindo como se fosse o legislador, simplesmente arbitrou o custo dos investimentos do recorrente, com base nos critérios econômicos que lhe pareceram razoáveis;

- o arbitramento do custo de aquisição das ações do Contribuinte proposto pelo auto não encontra amparo no art. 135 do RIR/99 e nem nos atos normativos que o regulamentam;

- com efeito, a tributação dos ganhos de capital auferidos pelas pessoas físicas está disciplinada de forma exaustiva pela Instrução Normativa SRF nº 84/2001 e esse ato sequer implicitamente prevê o ajuste de custo de investimentos realizado, ao contrário, dispõe expressamente, em seu art. 16, § 2º, que a ação ou quota recebida em virtude de incorporação de lucros integra o custo de aquisição da participação do sócio ou acionista;

- assim, o Contribuinte, ao quantificar seu ganho de capital, observou rigorosamente não só a lei, mas também o ato normativo expedido pelas autoridades administrativas sobre a matéria;

- não há a menor convergência da Receita Federal do Brasil quanto ao critério para apuração correta do custo de aquisição dos investimentos, ou seja, a RFB alega que o procedimento adotado pelo Contribuinte está incorreto, mas nem ela sabe qual é o certo;

- assim, (i) no auto, a RFB entende que o custo deveria ser equivalente ao valor da participação indireta dos acionistas no capital de Pactual em 01.12.2006, após deduzido o montante dos dividendos distribuídos pelo Banco com base em instrumento de usufruto; (ii) em outros autos de infração, a RFB afirma que caberia ao Contribuinte reduzir o custo de seus investimentos quando ocorresse a incorporação de Participações por Pactual e, com base nesse entendimento, desconsiderou o aumento de custo dos investimentos do Contribuinte resultante da capitalização de lucros de Participações; (iii) em outros processos, a RFB afirma que o custo corresponderia ao custo médio ponderado das ações (art. 16, § 5º da IN SRF nº 84, de 11.10.2001), multiplicado pelo número de ações alienadas ao UBS, sem levar em consideração os efeitos das capitalizações de lucros ocorridas em 2006; e, finalmente, (iv) no processo 15504.724125/2011-96, a RFB considera legítimo apenas o acréscimo de custo decorrente da capitalização de lucros de Participações;

- em resumo, não há divergência na RFB quanto ao fato de que o custo dos investimentos dos acionistas não poderia ter sido ajustado da forma como foi, entretanto, a forma da quantificação do ganho de capital que estaria correta, segundo a própria RFB, varia de uma autuação para outra, mostrando a precariedade dos argumentos utilizados pela Receita Federal ao proceder à lavratura dos autos;

- essa diversidade de critérios na quantificação do ganho de capital dos acionistas evidencia que o lançamento se baseou exclusivamente no efeito econômico gerado pela reestruturação e não na lei, o que é inaceitável.

Ao final, o Contribuinte pede o conhecimento e provimento do Recurso Especial, cancelando-se integralmente o auto de infração.

Cientificada do Recurso Especial do Contribuinte e do despacho que lhe deu seguimento em 07/02/2020 (Despacho de Encaminhamento de fls. 2.018), a Fazenda Nacional ofereceu, em 14/02/2020 (Despacho de Encaminhamento de fls. 2.027), as Contrarrazões de fls. 2.020 a 2.026, com os seguintes argumentos:

- quanto à decadência a Fazenda Nacional adota como razões a elucidativa fundamentação apresentada pelo acórdão n.º 2301-005.261:

“DA DECADÊNCIA

O recorrente afirma ter ocorrido a decadência do poder-dever de lançar, uma vez que foram lícitas as operações realizadas na reestruturação do grupo empresarial, não restando caracterizado dolo, fraude ou simulação; desse modo, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para efetuar o lançamento é de 5 anos contados do fato gerador. O fato gerador do ganho de capital é a alienação do bem ou direito. A alienação ocorreu em 1º/12/2006; logo, em 01/01/2012, o crédito lançado estaria extinto por decadência, segundo o artigo 173, I, do Código Tributário Nacional.

O caso em questão trata de alienação com data de pagamento diferida (a prazo), com pagamento parcial.

Quanto à regra decadencial a ser aplicada ao caso concreto, o art. 62-A do Ricarf obriga a utilização da regra do REsp n.º 973.733 – SC, decidido na sistemática do art. 543C do Código de Processo Civil de 1973, o que faz com que as regras estabelecidas no art. 150, §4º, do CTN, somente devam ser adotadas: (a) nos casos em que o sujeito passivo antecipar o pagamento e, cumulativamente, (b) não for comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação; nas demais situações prevalece os ditames do art. 173.

Os rendimentos que compõem o ganho de capital estão sujeitos à tributação exclusiva/definitiva (art. 117 do Decreto 3.000, de 1999 – RIR 99) e não integram os rendimentos sujeitos ao ajuste anual. Decorrentemente, os pagamentos vinculados a rendimentos a serem computados no ajuste anual (como carnê-leão, IRRF etc) não são antecipação do pagamento do ganho de capital e, portanto, não atraem a aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, §4º, do CTN. Somente se subsumem ao art. 150, § 4º, pagamentos respeitantes ao pagamento do próprio ganho de capital, considerado individualmente, pois a sua tributação, como já ressaltado, é exclusiva e definitiva.

Assim, em regra, na tributação do ganho de capital não há falar em ocorrência de pagamento antecipado. Nesse sentido:

IRPF. DECADÊNCIA. TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO. MATÉRIA DECIDIDA NO STJ NA SISTEMÁTICA DO ART. 543C DO CPC. GANHO DE CAPITAL. REGRA DO ART. 150, §4º, DO CTN, APENAS QUANDO EXISTIR PAGAMENTO PARCIAL.

O art. 62-A do RICARF obriga a utilização da regra do REsp n.º 973.733 SC, decidido na sistemática do art. 543C do Código de Processo Civil, o que faz com a ordem do art. 150, §4º, do CTN, só deva ser adotada nos casos em que o sujeito passivo antecipar o pagamento e não for comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, prevalecendo os ditames do art. 173, nas demais situações.

Em regra, no ganho de capital, não há que se falar em ocorrência de pagamento antecipado, pois sua tributação se dá em separado, não integrando o ajuste anual, sendo que os pagamentos que podem ser computados no ajuste anual não se aproveitam para trazer a regra de decadência para o art. 150, §4º, do CTN.

(...)

Recurso especial provido. (Ac. 9202-003.003, Relator Luiz Eduardo de Oliveira Santos.) (Grifou-se.)

Porém, no caso concreto houve pagamento parcial do imposto referente ao ganho de capital apurado pela fiscalização em 2010 e 2011. Assim, aplicável a regra do art. 150, §4º, do CTN.

Quanto ao termo inicial para a contagem do prazo decadencial, como visto, **trata-se de alienação com data de pagamento diferida (a prazo); em tais casos, a jurisprudência deste CARF se assentou no sentido de o fato gerador do imposto sobre a renda de pessoa física (IRPF) se realiza com o efetivo pagamento da parcela acordada pelas partes, devendo este ser o momento para contagem do prazo decadencial. Isso porque ao imposto sobre a renda (inclusive o ganho de capital) devido pela pessoa física é aplicável o regime de caixa; o imposto é devido à medida em que os rendimentos e ganhos foram percebidos, pelo que, antes do efetivo recebimento dos valores não há falar em acréscimo patrimonial a justificar a incidência do imposto de renda ou do ganho de capital; por estrita decorrência lógica, não há fato gerador do ganho de capital enquanto não auferido o efetivo valor da parcela prometida, uma vez que a promessa de receber valores, que é evento futuro e incerto, não é fato gerador do IRPF.**

São claras as disposições dos arts. 2º e 21 da Lei 7.713, de 1988 nesse sentido:

Art. 2º. O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos. (Grifou-se.)

Art. 21. Nas alienações a prazo, o ganho de capital será tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês, considerando-se a respectiva atualização monetária, se houver. (Grifou-se.)

Como o fato gerador do ganho de capital ocorre com o efetivo recebimento do rendimento (regime de caixa), o fisco não possui o poder de constituir o crédito tributário antes disso, motivo pelo qual a fluência do prazo decadencial somente se inicia com o recebimento dos valores pela pessoa física. Nesse sentido, os seguintes acórdãos da CSRF:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA

IRPF

Exercício: 2005, 2006, 2007, 2008

IRPF GANHO DE CAPITAL ALIENAÇÃO DE AÇÕES A PRAZO. FATO GERADOR APURAÇÃO DA DECADÊNCIA Nas vendas a prazo o fato gerador do Imposto de Renda se realiza com o efetivo pagamento da parcela acordada pelas partes, devendo este ser o momento para contagem do prazo decadencial. (Ac. 9202-003.820, 08 de março de 2016) (Grifou-se.)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA

IRPF

Exercício: 2007, 2008, 2009, 2010

IRPF GANHO DE CAPITAL VENDA DE IMÓVEL A PRAZO. COMPROVANTE DE PAGAMENTO DE PARTE DO IMPOSTO. APLICAÇÃO DO ART. 150, §4º DO CTN. Nas vendas a prazo o fato gerador do Imposto de Renda se realiza com o efetivo pagamento da parcela acordada pelas partes, devendo este ser o momento para contagem do prazo decadencial. Havendo comprovação nos autos da ocorrência do pagamento do imposto, ainda que parcial, deve-se aplicar o art. 150, §4º do CTN, tomando-se como termo inicial para o prazo decadencial a data da ocorrência dos fatos geradores. (Ac. 9202-003.771, de 16/02/2016, relatora Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri) (Grifou-se)

A consequência de se considerar ocorrido o fato gerador do ganho de capital no momento da efetivação do negócio e não no recebimento dos valores, **atenta contra o texto expresso dos arts. 2º e 21 da Lei 7.713, de 1988 e implicaria na perversa situação**

de a pessoa física ser obrigada a pagar imposto sobre o ganho de capital antecipadamente ao recebimento dos pagamentos, e mesmo que não os recebesse jamais.

No caso concreto, parcelas dos valores prometidos em razão da venda das ações do recorrente foram recebidas nos anos calendários de 2010 e 2011.

Dessa forma, não há falar em decadência em relação ao ganho de capital concernente ao pagamentos recebidos pelo contribuinte nos anos de 2010 e 2011”. (Destacou-se)

- nesse mesmo sentido, ratificando o exposto, a jurisprudência da CSRF consubstanciada no Acórdão n.º 9202-007.178;

- em relação ao custo de aquisição para fins de apuração de ganho de capital, a Fazenda Nacional requer a aplicação do entendimento dos Acórdãos n.ºs 2202-002.166, 2202-002.258, 9202-003.699 e 9202-005.235

Ao final, a Fazenda Nacional pede que seja negado provimento ao Recurso Especial do Contribuinte.

Voto

Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, Relatora

Em julgamento Recursos Especiais interpostos pela Fazenda Nacional e pelo Contribuinte.

Trata-se de lançamento de Imposto de Renda Pessoa Física, acrescido de multa de ofício qualificada e juros de mora, incidente sobre ganhos de capital obtidos quando do recebimento de parcelas, cuja operação de alienação foi efetuada a prazo. As parcelas foram recebidas em 2006, 2009, março e setembro de 2010 e março e julho de 2011. **O presente processo diz respeito às quatro últimas parcelas, recebidas em 2010 e 2011.**

O Recurso Especial do Contribuinte visa discutir as seguintes matérias:

- **momento da ocorrência do fato gerador no lançamento de ganho de capital relativo à alienação a prazo, do que irradiaria efeitos sobre a decadência;** e

- **custo de aquisição para fins de apuração do ganho de capital, no caso de alienação de participação societária em grupo empresarial, precedida de incorporação reversa e distribuição/capitalização de lucros.**

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, por sua vez, visa restabelecer a qualificação da multa de ofício.

Recurso Especial do Contribuinte

O Recurso Especial interposto pelo Contribuinte é tempestivo e atende aos demais pressupostos, portanto deve ser conhecido. Foram oferecidas Contrarrazões tempestivas.

Quanto à primeira matéria suscitada – **momento da ocorrência do fato gerador no lançamento de ganho de capital relativo à alienação a prazo, do que irradiaria efeitos sobre a decadência** – inicialmente, registra-se que o art. 114, do CTN, dispõe que o fato gerador da obrigação tributária é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Assim, analisando-se o art. 21, da Lei nº 7.713, de 1988, verifica-se que dito dispositivo é cristalino ao dispor que nas alienações a prazo o ganho de capital é tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês. Confira-se:

Art. 21. Nas alienações a prazo, o ganho de capital será tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês, considerando-se a respectiva atualização monetária, se houver.

No mesmo sentido é o art. 140, do RIR/1999 (Decreto nº 3.000, de 1999):

Art. 140. Nas alienações a prazo, o ganho de capital deverá ser apurado como venda à vista e tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês, considerando-se a respectiva atualização monetária, se houver (Lei nº 7.713, de 1988, art. 21).

§ 1º Para efeito do disposto no caput, deverá ser calculada a relação percentual do ganho de capital sobre o valor de alienação que será aplicada sobre cada parcela recebida.

Como se pode constatar, ditas normas fixaram o momento de apuração do valor a ser tributado a título de ganho de capital, que não necessariamente corresponde à data em que o respectivo Imposto de Renda passa a ser devido pelo Contribuinte. Assim, na alienação a prazo, apura-se o valor a ser tributado a título de ganho de capital na data da alienação, efetuando-se o pagamento do correspondente imposto somente após a data em que o valor da venda for efetivamente recebido pelo alienante do bem. Nesse sentido, o art. 31, da Instrução Normativa SRF nº 84, de 2001, assim estabelece:

Art. 31 . Nas alienações a prazo, o ganho de capital é apurado como se a venda fosse efetuada à vista e o imposto é pago periodicamente, na proporção da parcela do preço recebida, até o último dia útil do mês subsequente ao do recebimento.

Parágrafo único. O imposto devido, relativo a cada parcela recebida, é apurado aplicando-se:

I – o percentual resultante da relação entre o ganho de capital total e valor total da alienação sobre o valor da parcela recebida;

II – a alíquota de quinze por cento sobre o valor apurado na forma do inciso I.

Destarte, na venda a prazo, no momento em que ocorre a alienação, ainda não há imposto devido, tendo em vista que o recebimento de cada parcela, que é o que caracteriza a obrigação tributária, ainda não ocorreu. Esse entendimento harmoniza-se perfeitamente com o art. 43, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Assim, no presente caso, o valor a ser tributado a título de ganho de capital foi apurado na data em que ocorreu a alienação das ações do Banco Pactual pelo Contribuinte, em dezembro de 2006, oportunidade em que foi recebida e tributada a primeira parcela. Entretanto, quando foram recebidas as demais parcelas, em 2009, 2010 e 2011, é que de fato ocorreram os fatos geradores do imposto referentes ao ganho de capital de cada uma dessas parcelas.

Importante ressaltar que a Lei nº 7.713, de 1988, em seu art. 2º, dispõe que *o Imposto de Renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos*. Note-se que o ganho descrito pela norma representa, essencialmente, o acréscimo patrimonial, ou seja, o recebimento das parcelas avençadas. E nem poderia ser diferente, uma vez que a pessoa física está sujeita ao regime de caixa.

O Contribuinte argumenta que o art. 2º, da Lei nº 7.713, de 1988, ora invocado, teria sido tacitamente revogado pelo art. 21, da Lei nº 8.981, de 1995, no que tange ao ganho de capital, apartado que foi da tributação sujeita ao ajuste anual. Nessa toada, entende que a nova legislação estaria trazendo um outro regramento para os ganhos de capital obtidos pelas pessoas físicas, que a seu ver não mais estariam sujeitos à tributação na medida em que fossem percebidos.

Entretanto, interpretando-se a legislação de forma sistemática, mormente o art. 7º, da Lei nº 8.981, de 1995, suscitada pelo Contribuinte, constata-se que o art. 21 não pretendeu regular todos os aspectos do ganho de capital das pessoas físicas mas sim fixar a alíquota única de 15%, já que não mais ser-lhe-ia aplicável a tabela progressiva. Confira-se:

Art. 7º. A partir de 1º de janeiro de 1995, a renda e os proventos de qualquer natureza, **inclusive os rendimentos e ganhos de capital, percebidos por pessoas físicas residentes ou domiciliadas no Brasil, serão tributados pelo Imposto de Renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas por esta lei.**

(...)

Art. 21. O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza sujeita-se à incidência do Imposto de Renda, à **alíquota de quinze por cento.**

§ 1º O imposto de que trata este artigo deverá ser pago até o último dia útil do mês subsequente ao da **percepção dos ganhos.**" (grifei)

Não é por acaso que a lei determinou que o pagamento do imposto ocorra até o último dia útil do mês subsequente ao da percepção dos ganhos. Tal fato, por si só, demonstra a determinação legal do deslocamento do fato gerador do ganho de capital, para o momento do recebimento de cada parcela.

Ora, não teria qualquer lógica a interpretação no sentido de que os rendimentos da pessoa física sujeitos ao ajuste anual, cujos fatos geradores ocorrem durante o ano-calendário e aperfeiçoam-se em 31 de dezembro, fossem tributados na medida do seu recebimento, e quanto ao ganho de capital, cujo fato gerador passou a ser instantâneo, a conclusão fosse em sentido contrário. Com efeito, se os rendimentos sujeitos ao ajuste devem ser tributados na medida do seu recebimento, com muito mais razão assim deve ocorrer com os ganhos de capital, sobre os quais foi expressamente ressalvada a manutenção da legislação anterior, no que coubesse. Com

efeito, a legislação posterior em momento algum dispôs em sentido contrário à aplicação dessa regra aos ganhos de capital percebidos pelas pessoas físicas.

Há ainda quem compare o ganho de capital recebido em parcelas, com a tributação dos rendimentos sujeitos ao ajuste anual, em que, embora os fatos geradores ocorram ao longo do ano-calendário, o imposto somente é apurado e exigido após a entrega da Declaração de Ajuste Anual.

Com todas as vênias, a comparação é absolutamente imprópria, já que os rendimentos sujeitos ao ajuste já foram tributados na fonte, ou por meio do recolhimento do carnê-leão, no momento do seu recebimento, o que reforça a conclusão acerca da aplicação do regime de caixa. Com efeito, no que tange a essa espécie de rendimentos, o que ocorre em abril do ano seguinte aos fatos geradores é apenas um ajuste, visto que o tributo já foi retido pela fonte pagadora ou recolhido pelo próprio Contribuinte, durante o ano-calendário.

E assim mesmo esse ajuste é, em regra, favorável ao Contribuinte, que pode até passar de devedor a credor, ou seja, com direito a restituição do imposto. Assim, o exemplo deixa patente que a exigência do imposto é no momento do recebimento do rendimento.

Trazendo o exemplo acima para o tema ora tratado, considerando o fato gerador ocorrido no momento da alienação, a conclusão seria no sentido da obrigatoriedade de pagamento integral do imposto no momento da alienação, com a efetivação de ajustes a cada parcela recebida, a ver se o valor corresponderia efetivamente ao devido, ou se haveria direito a restituição, no caso de falta de recebimento ou recebimento a menor das parcelas. Com efeito, tal procedimento não seria considerado razoável pelas pessoas físicas.

Assim, no caso do ganho de capital, claro está que a apuração efetuada quando da alienação visa tão-somente possibilitar o pagamento relativo à primeira parcela, já que o custo precisa ser proporcional ao valor recebido naquele momento. A partir daí, os elementos referentes a cada uma das parcelas vincendas podem sofrer alteração, como inclusive ocorreu no presente caso, em que a partir da segunda parcela houve redução do custo em função da distribuição de lucros em 2007. Ademais, pode ocorrer de eventualmente uma das parcelas sequer ser paga, ou ser paga a menor, ou estar sujeita a alguma condição ou termo, enfim, por qualquer ângulo que se analise, não há como entender que haveria um único fato gerador ocorrido na alienação a prazo.

Nesse sentido cabe trazer à colação trecho da Declaração de Voto proferida pelo Ilustre Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo no Acórdão nº 2201-003.425, indicado como paradigma pelo Contribuinte, abordando a quantidade de ressalvas e condições a que estavam sujeitas as parcelas da operação que ora se analisa:

"Os valores pactuados pela venda das ações, no momento da negociação efetiva, não estavam disponíveis ao vendedor, já que o contrato de compra e venda é rico em cláusulas que podem alterar, ou até mesmo zerar, o pagamento das parcelas diferidas, senão vejamos alguns exemplos:

CLAUSULA 1.3. Pagamento Diferido. Sujeito aos termos e condições aqui previstos, na data especificada na Cláusula .4(d), a Controladora ou, se a Reorganização estiver concluída antes do Fechamento, os Sócios deverão ter direito a receber, como contraprestação adicional pela Compra de Ações, um valor igual a:

(i) (x) US\$1,49 bilhão (sujeito ao ajuste conforme previsto na Cláusula 1.4 (e), se o Lucro Líquido Cumulativo antes do Imposto for maior ou igual a zero e o Aumento das Receitas Cumulativas for maior do que zero;

(y) US\$740 milhões (sujeito ao reajuste conforme previsto na Cláusula 1.4(e), se o Lucro Líquido Cumulativo antes do Imposto for menor do que zero; ou

(z) US\$1,184 bilhão (sujeito ao reajuste conforme previsto na Cláusula 1.4(e) se o Lucro Líquido cumulativo antes do Imposto for maior ou igual a zero, mas o Aumento das Receitas Cumulativas for (ou for considerado de acordo com sua definição) zero (o valor a ser pago em decorrência desta cláusula (i), o "Valor Base do Pagamento Diferido"); menos

(ü) o Valor a Compensar.

Se o valor determinado na subtração do Valor a Compensar do Valor Base do Pagamento Diferido for um número positivo, será aqui denominado "Valor do Pagamento Diferido". Quaisquer controvérsias relativas ao cálculo do Valor a Compensar deverá ser resolvida conforme previsto na Cláusula 1.7. Para que não parem dúvidas, o Valor Base do Pagamento Diferido mínimo, antes de quaisquer reduções conforme previsto na Cláusula 1.4(e), é US\$740 milhões.

(b) Não obstante qualquer disposição em contrário prevista neste Contrato, nenhum valor deverá ser pago pela Adquirente nos termos desta Cláusula .1.3 se o Valor a Compensar, conforme finalmente determinado de acordo com os termos deste Contrato, exceder o Valor Base do Pagamento Diferido.

CLÁUSULA 1.4. Determinação do Valor Base do Pagamento Diferido, (a) No prazo de 90 dias a partir da Data de Medição Anual, a Adquirente deverá elaborar de boa-fé e entregar aos Representantes do Sócio um extrato (cada uma deles um "Extrato do Pagamento Diferido da Adquirente") contendo o cálculo da Adquirente do Lucro Líquido Anual antes do Imposto e das Receitas Anuais para o Período Anual encerrado em tal Data de Medição Anual (e, no caso da Data de Medição Final, os cálculos da Adquirente do Lucro Líquido Cumulativo antes do Impostos, Aumento da Receita Cumulativa e os cálculos resultantes do Valor Base do Pagamento Diferido), junto documentos comprobatórios razoavelmente detalhados. (...)

SEGUE-SE RITO RELATIVO A QUESTIONAMENTO DOS VALORES, PREVENDO ATÉ MEDIAÇÃO DE EMPRESA INDEPENDENTE. (DESTAQUE INSERIDO)

(...) "Data de Medição Anual" significa 30 de junho de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011.

(e) "Lucro Líquido Anual antes do Imposto" significa o Lucro Líquido Pro Forma antes do Imposto para os quatro trimestres fiscais anteriores encerrando em cada Data de Medição Anual.

*Período Anual" significa o período de 12 meses encerrando em cada Data de Medição Anual.

"Receita Anual" significa as Receitas Pro Forma para os quatro trimestres fiscais anteriores encerrando em cada Data de Medição Anual.

(h) "Associada" tem o significado previsto na Regra 12b2 da Lei de Mercado de Capitais de 1934.

(i) "Valor Base da Receita Pro Forma" . significa US\$370 milhões. (...)

(r) "Aumento Cumulativo da Receita" significa o valor pelo qual (i) (x) o total das Receitas Pro consolidadas para os 20 trimestres fiscais do Pactual encerrando em 30 de

junho de 2011, dividido por (y)' cinco exceda (ii) o Valor Base da Receita Pro Forma; ressalvado, no entanto, que se o Valor Base da Receita Pro Forma for maior do que o valor determinado de acordo com a alínea (i) desta definição, então o Aumento Cumulativo da Receita deverá ser considerado como sendo zero.

(w) "Data de Medição Final" significa 30 de junho de 2011.

Assim, ainda que deixássemos de lado o texto literal da lei que prevê que o imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, não observo no presente caso que, na data da celebração do negócio, já havia disponibilidade econômica ou jurídica de rendas e proventos de qualquer natureza que ensejasse a configuração plena da hipótese de incidência tributária.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário na parte em que busca demonstrar que o fato gerador do presente processo se confunde com o do lançamento pretérito."

Assim, resta patente que o fato gerador do ganho de capital, nos casos de venda parcelada, ocorrerá na data do recebimento de cada parcela.

O tema já foi por demais debatido nesta 2ª Turma da CSRF, citando-se os seguintes precedentes:

Acórdão 9202-003.770, de 16/02/2016

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009

DECADÊNCIA – OMISSÃO DE RENDIMENTOS – GANHO DE CAPITAL.

Ganho de capital auferido na alienação do imóvel rural o fato gerador se dá no momento do efetivo ganho de capital. Em sendo o pagamento parcelado o fato gerador também será tomado a cada parcela separadamente.

Acórdão 9202-003.819, de 08/03/2016

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 2005, 2006, 2007, 2008

IRPF – GANHO DE CAPITAL – ALIENAÇÃO DE AÇÕES A PRAZO. FATO GERADOR – APURAÇÃO DA DECADÊNCIA.

Nas vendas a prazo o fato gerador do Imposto de Renda se realiza com o efetivo pagamento da parcela acordada pelas partes, devendo este ser o momento para contagem do prazo decadencial.

Acórdão 9202-003.820, de 09/03/2016

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física IRPF

Exercício: 2005, 2006, 2007, 2008

IRPF – GANHO DE CAPITAL – ALIENAÇÃO DE AÇÕES A PRAZO. FATO GERADOR – APURAÇÃO DA DECADÊNCIA

Nas vendas a prazo o fato gerador do Imposto de Renda se realiza com o efetivo pagamento da parcela acordada pelas partes, devendo este ser o momento para contagem do prazo decadencial.

Acórdão 9202-007.178, de 30/08/2018

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

DECADÊNCIA. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE AÇÕES A PRAZO. FATO GERADOR.

Nas vendas a prazo o fato gerador do Imposto de Renda se realiza com o efetivo pagamento da parcela acordada pelas partes, devendo este ser o momento para contagem do prazo decadencial.

Acórdão 9202-007.321, de 25/10/2018

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Ano-calendário: 2010, 2011

(...)

DECADÊNCIA. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE AÇÕES A PRAZO. FATO GERADOR.

Nas vendas a prazo o fato gerador do Imposto de Renda se realiza com o efetivo pagamento da parcela acordada pelas partes, devendo este ser o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

Além dos julgados acima colacionados, cita-se a jurisprudência que corrobora o entendimento esposado no presente voto, também no âmbito dos Colegiados Ordinários do CARF:

Acórdão 2202-002.860, de 05/11/2014

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 2002, 2003, 2004

(...)

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO A PRAZO. FATO GERADOR.

Na apuração do ganho de capital decorrente de alienação a prazo, deve ser considerado o fato gerador como ocorrido na data do recebimento de cada uma das parcelas pactuadas, à medida do seu recebimento.

(...)

Recurso parcialmente provido.

Acórdão 2101-002.674, de 21/01/2015

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

IRPF. GANHO DE CAPITAL. RECEBIMENTO PARCELADO DE QUOTAS DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA ALIENADAS. PARCELAS INDEXADAS. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

O termo inicial para contagem do prazo decadencial em se tratando de imposto de renda devido sobre o ganho de capital decorrente de contrato de alienação de cotas societárias a prazo e com parcelas indexadas, é o momento do recebimento de cada parcela, pois nesse momento é que se afere de forma definitiva o preço de venda que resta condicionado índice de correção monetária. Precedente.

Recurso Voluntário Negado.

Crédito Tributário Mantido.

Acórdão 2402-005.975, de 12/09/2017

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2008

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL A PRAZO. FATO GERADOR. APURAÇÃO DA DECADÊNCIA.

Nas vendas a prazo o fato gerador do Imposto de Renda se realiza com o efetivo pagamento da parcela acordada pelas partes, devendo este ser o momento para contagem do prazo decadencial.

(...)

Acórdão 2401-005.291, de 06/03/2018

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2007

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO A PRAZO. PAGAMENTO PARCELADO. MOMENTO DO FATO GERADOR.

Nas alienações a prazo, o fato gerador do ganho de capital aperfeiçoa-se quando do efetivo recebimento de cada parcela do preço ajustado entre as partes, quando então nasce a obrigação tributária de pagamento do imposto sobre a renda, na proporção delas.

Acórdão 2401-006.611, de 05/06/2019

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Data do fato gerador: 09/08/2012, 21/02/2013, 09/11/2015, 07/10/2016

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO A PRAZO. PAGAMENTO PARCELADO. MOMENTO DO FATO GERADOR.

Nas alienações a prazo, o fato gerador do ganho de capital aperfeiçoa-se no efetivo recebimento de cada parcela do preço ajustado entre as partes, quando então nasce a obrigação tributária de pagamento do imposto sobre a renda, na proporção delas.

Quanto à Solução de Consulta COSIT nº 663, de 27/12/2017, esclareça-se que não se trata de decisão que vincule o CARF (art. 62, do Anexo II, do RICARF). Ainda que assim não fosse – o que se admite apenas para argumentar – dito parecer em momento algum aborda a tese

defendida pelo Contribuinte. Com efeito, o foco dessa consulta não é a definição da data da ocorrência do fato gerador mas sim a harmonização da alíquota da alienação a prazo das pessoas jurídicas, considerado o regime de competência, quando se trata de pessoa jurídica domiciliada no exterior, ou seja, a questão maior do parecer é concluir se caberia ou não, para esse tipo de empresa, a postergação do pagamento de imposto.

Em suma, a interpretação no sentido de que a contagem do prazo decadencial é a partir da data da alienação configuraria contradição normativa, qual seja, para fins de determinação do termo inicial contar-se-ia a partir da assinatura do contrato (regime de competência), e para fins de pagamento do imposto, contar-se-ia a partir do recebimento das parcelas, ou seja, regime de caixa. Não parece razoável a utilização de dois critérios totalmente antagônicos para determinação da contagem do prazo decadencial, razão pela qual o fato gerador do ganho de capital, nos caso de venda parcelada, ocorrerá na data de pagamento de cada parcela recebida, respeitando-se o regime de caixa. E assim, a partir de cada uma delas, deve-se contar o prazo decadencial.

No presente caso, o negócio jurídico foi celebrado em dezembro de 2006, as parcelas consideradas no lançamento referem-se a 31/03/2010, 30/09/2010, 31/03/2011 e 31/07/2011, e a ciência do Auto de Infração se deu em 26/05/2014 (fls. 325/326), portanto não ocorreu a decadência, seja pela aplicação do art. 150, § 4º, seja pela aplicação do art. 173, I, ambos do CTN. Destarte, nega-se provimento ao Recurso Especial, nesta parte.

Quanto à segunda matéria – custo de aquisição para fins de apuração do ganho de capital, no caso de alienação de participação societária em grupo empresarial, precedida de incorporação reversa e distribuição/capitalização de lucros – esta já foi exaustivamente debatida nesta 2ª Turma da CSRF, quando do julgamento dos processos dos demais alienantes, citando-se os seguintes precedentes: Acórdãos n.ºs 9202-003.700, de 27/01/2016; 9202-003.959, de 10/05/2016; 9202-005.240, 9202-005.238 e 9202-005.235, de 22/02/2017; 9202-005.619, 9202-005.620 e 9202-005.622, de 25/07/2017, 9202-007.321, de 25/10/2018, 9202-008.227, de 26/09/2019:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES.
DUPLICIDADE DE CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS.

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, seguida de incorporação reversa e nova capitalização, em inobservância da correta interpretação a ser dada ao art. 135 do Decreto nº 3.000, de 1999, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado.

Assim, quando do julgamento referente aos demais acionistas, foi firmado o entendimento retratado no voto do Ilustre Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, no Acórdão nº 9202-005.620, de 25/07/2017, cujos fundamentos adoto como minhas razões de decidir e a seguir reproduzo:

"Vejam aqui o dispositivo central da discussão: o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro 1995, base legal do art. 135 do Decreto nº 3.000, de 1999, expressamente referido no auto de infração, *in verbis*:

Art. 10. ...

Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

Com base nesse dispositivo, o aumento de capital, realizado por uma pessoa jurídica, por incorporação de lucros, implica o aumento proporcional do custo de aquisição da participação societária de seus proprietários.

Para exemplificar essa determinação, considere uma participação societária correspondente a 100% do capital de uma pessoa jurídica (detida por dois sócios, pessoas físicas), adquirida por R\$ 1.000,00. Considere, também, que essa pessoa jurídica, em seguida, tenha auferido um lucro de R\$ 100,00 e o tenha capitalizado. Considere, por fim, que os sócios tenham alienado essa participação societária a terceiros por R\$ 1.500,00.

Nesse caso, em que pese os sócios terem adquirido a participação societária por R\$ 1.000,00 e, posteriormente, a alienado por R\$ 1.500,00, o ganho de capital apurado não seria de R\$ 500,00, mas apenas de R\$ 400,00. Isso porque os lucros de R\$ 100,00, capitalizados, têm o condão de aumentar o custo de aquisição da participação societária e, conseqüentemente, de diminuir o ganho de capital.

Dessa forma, de uma maneira simples e apressada, poder-se-ia concluir que qualquer capitalização de lucros implicaria um aumento do custo da correspondente participação societária.

Ocorre que essa interpretação, no entender deste conselheiro, é literal e, considerando exclusivamente o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, gera incoerências no sistema jurídico e disfuncionalidades na tributação de operações.

Para ilustrar a questão, vejamos uma situação, em tudo semelhante à anterior, porém em que os sócios tenham decidido criar uma holding controladora da pessoa jurídica operacional, que por sua vez, passaria a ser subsidiária integral da *holding*. Nesse caso:

- inicialmente, teríamos os sócios, como proprietários da *Holding*, e esta reconhecendo em seu ativo uma participação societária na pessoa jurídica operacional, avaliada em R\$ 1.000,00 por equivalência patrimonial;
- em seguida, com a pessoa jurídica operacional auferindo lucros de R\$ 100,00, a *Holding* (por equivalência patrimonial) iria refletir esse lucro no valor de sua participação societária, o que resultaria no reconhecimento de lucros, também no valor de R\$ 100,00;
- prosseguindo, a *holding* capitalizaria o lucro por ela reconhecido por equivalência patrimonial e, conseqüentemente, os proprietários atualizariam o valor da participação societária, para R\$ 1.100,00;
- em momento posterior, a pessoa jurídica operacional incorporaria a *holding*, mantendo porém os lucros, de R\$ 100,00, em seu patrimônio líquido e, somente então, capitalizaria esses lucros, permitindo que os proprietários atualizassem, mais uma vez, o valor da participação societária, agora para R\$ 1.200,00;
- por fim, com os proprietários alienando sua participação societária por R\$ 1.500,00, seria apurado um ganho de capital de apenas R\$ 300,00.

Repare que, em que pese os sócios terem adquirido a participação societária por R\$ 1.000,00 e, posteriormente, alienado essa participação societária por R\$ 1.500,00, o ganho de capital apurado não foi de R\$ 500,00, nem de R\$ 400,00, mas de apenas R\$

300,00. Isso ocorreu porque os lucros de R\$ 100,00, reconhecidos na *Holding* por equivalência patrimonial foram capitalizados, aumentando o custo de aquisição da participação societária e, posteriormente, os mesmos lucros de R\$ 100,00, auferidos pela pessoa jurídica operacional, em função de suas atividades, também foram capitalizados, aumentando mais uma vez o custo de aquisição da participação societária.

Consequentemente, vemos aqui o ganho de capital reduzido duas vezes.

Ora, essa situação é – em essência – igual à anterior: (a) uma participação societária adquirida por mil reais, (b) a correspondente empresa – operacional – que auferiu 100 reais de lucro e (c) a venda dessa participação societária por mil e 500 reais. Mas apenas pela interposição de uma *holding* na estrutura societária do grupo econômico, o ganho de capital ficaria reduzido. E o pior, se – ao invés de uma *holding* – existissem duas ou mais, o ganho de capital seria mais reduzido ainda.

Portanto, essa aplicação direta do parágrafo único a qualquer incorporação de lucros leva à incoerente conclusão de que, em se existindo várias *holdings* interpostas entre os proprietários e a pessoa jurídica, o ganho de capital pode ficar artificialmente reduzido, até a zero ou ainda a valores negativos.

E adicionalmente, com essa interpretação, a capitalização de lucros apenas nas *Holdings*, além de permitir que o ganho de capital fosse reduzido, permitiria que o lucro registrado na pessoa jurídica fosse, posteriormente, distribuído isento, aos proprietários ou então aos futuros adquirentes.

(...)

Com efeito, a capitalização de lucros nada mais é do que uma operação que substitui o seguinte procedimento: (i) a distribuição do lucro, pela pessoa jurídica a seus proprietários, (ii) o imediato aumento de capital da pessoa jurídica, no valor do lucro distribuído e (iii) a subscrição e integralização do aumento de capital, por esses mesmos proprietários, com os recursos antes recebidos a título de distribuição de lucro.

Por outro lado, o método da equivalência patrimonial tem por objetivo refletir no patrimônio de uma pessoa jurídica controladora (ou coligada) de outra, o patrimônio e consequentemente o resultado da investida. Com efeito, ele serve para refletir a situação da investida no patrimônio da investidora.

(...)

Portanto, conhecendo a razão histórica do surgimento da legislação, (que foi a alteração de tributação para não-tributação da distribuição de lucros), para compreensão da legislação, (a) afastamos a aplicação da interpretação literal e (b) entendemos como mandatória a aplicação da interpretação histórico/teleológica (acima discutida) e, sobretudo, da interpretação sistemática dos dispositivos relativos ao método da equivalência patrimonial, à distribuição e à capitalização de lucros. Ressalte-se aqui que todos esses métodos de interpretação convergem.

Especificamente quanto à interpretação sistemática é muito fácil perceber que não se deve considerar somente a leitura do parágrafo, mas também (e sobretudo) a leitura do *caput* do próprio artigo 10 da Lei nº 9.249, de 1995. Aliás, essa é uma regra hermenêutica básica, o parágrafo deve sempre se referir ao *caput*, sendo que sua consideração em separado gera problemas de contexto e, o que é pior, gera a famosa falácia de ênfase em que, se acentuando um aspecto da realidade, acaba-se por negar a própria realidade. Ora, no *caput*, é referido que os lucros ou dividendos pagos ou creditados é que não estarão sujeitos à incidência do imposto de renda. Portanto, interpretando o parágrafo nos limites do que dispõe o *caput*, concluímos facilmente que a capitalização de lucros que tem o condão de alterar o custo de aquisição de

participações societárias é aquela referente a lucros passíveis de efetiva distribuição aos sócios ou acionistas sem tributação.

Por seu turno, conforme já colocado no início desse voto, temos que o método da equivalência patrimonial teve por objetivo o reconhecimento de lucros de investidas, mesmo antes de sua distribuição.

Não se está aqui negando a existência de um lucro decorrente do ajuste de equivalência patrimonial, mas não podemos deixar de levar em conta o fato de o lucro não é efetivamente distribuído mais de uma vez. Com efeito, o lucro decorrente do ajuste por equivalência patrimonial, é somente o reflexo do lucro auferido pela pessoa jurídica operacional (investida), esse último sim, passível de efetiva distribuição.

(...)

Considerando que a efetiva distribuição de lucros deve se dar a partir da pessoa jurídica operacional, essa distribuição, seguida de subscrição de aumento de capital nas empresas componentes de um grupo econômico (a pessoa jurídica operacional e suas *holdings*) deve ter por efeito patrimonial o aumento de capital em toda a cadeia de entidades relacionadas societariamente. Por óbvio não é possível distribuir mais de uma vez o mesmo lucro (o lucro e seus reflexos por equivalência patrimonial), portanto também não deve ser aceitável, pelo menos para fins fiscais, capitalizá-lo mais de uma vez.

A conclusão acima é inevitável, porque:

- as disponibilidades passíveis de distribuição estão no patrimônio da pessoa jurídica operacional, que somente pode distribuir o lucro para sua proprietária direta, a *holding*;
- já, a *holding*, somente pode distribuir o lucro aos acionistas, pessoas físicas, após o recebimento dos recursos da pessoa jurídica operacional;
- os acionistas, por sua vez, somente podem aumentar capital na *holding*, em que possuem participação direta; e
- por fim, a *holding*, com os recursos recebidos, poderá aumentar capital da pessoa jurídica operacional.

Ora, conseqüentemente, somente haverá capitalização de lucros efetivamente distribuíveis caso todas as pessoas jurídicas da cadeia societária (*holdings* e empresa operacional) realizem a capitalização. Ao contrário, caso ocorra apenas a capitalização dos lucros de *holdings*, o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, não incide, devendo ser mantido o valor da participação societária pelos proprietários, até mesmo porque os efetivos lucros da pessoa jurídica operacional ainda poderão ser distribuídos sem tributação (para os próprios sócios) ou para futuros adquirentes.

E, ainda, quando houver *holdings* mistas, com operações próprias, a capitalização de seus lucros, sem que tenha ocorrido a correspondente capitalização dos lucros das investidas, somente poderá ter efeito parcial na atualização do custo da participação societária de seus sócios. Isso é facilmente calculado com base na memória de cálculo abaixo:

- () Lucro Existente no Patrimônio Líquido da *Holding*
- (-) Lucro/Reservas Existentes na Investida (*) % de participação
- (=) Lucro passível de distribuição pela *Holding*
- (/) Lucro Existente no Patrimônio Líquido da *Holding*

(=) Percentual aceitável para aumento do custo da participação

(*) Valor do aumento de custo considerando o total do lucro capitalizado pela *Holding*

(=) Valor aceitável para aumento do custo

Repara-se que a memória de cálculo acima é simples, utilizando somente as quatro operações matemáticas e os dados constantes dos balancetes da *holding* e da correspondente investida, na data da capitalização de lucros. Ela atende a aplicação do disposto no Art. 10 da Lei n.º 9.249, de 1995, tanto no caso de *holdings* mistas (com operações próprias), como no caso de distribuição diferenciada de lucros (em percentual diferente daquele da participação societária do acionista).

Verifico que, no caso dos autos, somente houve capitalização de lucros nas *holdings*, tendo sido mantido sem capitalização todo o lucro da pessoa jurídica operacional.

Com efeito, no caso dos autos:

- ocorreram duas capitalizações seguidas de lucros, ambos reconhecidos em decorrência da aplicação do método de equivalência patrimonial às participações societárias de duas *holdings* (a NOVA PACTUAL e a PACTUAL) e não houve a capitalização dos lucros auferidos pela pessoa jurídica operacional (o BANCO PACTUAL);

- a autoridade fiscal, insurgindo-se contra a sequência de capitalizações perpetradas pelo contribuinte, achou por bem arbitrar em R\$ 6.412.601,55 o valor do custo das ações do atuado, correspondente à participação no custo unitário médio da ação da última sociedade *holding* incorporada (Pactual S/A), conforme demonstrado na planilha de apuração à efl. 1065.

(...)

Ora, como, (a) em primeiro lugar, a capitalização de lucros que tem o condão de alterar o custo da participação societária é somente aquela relativa aos lucros efetivamente distribuíveis isentos de tributação e como, (b) em segundo lugar, a distribuição de lucros com isenção de tributação foi, no caso, efetivamente transferida (aos adquirentes do banco, ou terceiros por eles determinados), (c) podemos concluir que as capitalizações de lucros realizadas não podem ter qualquer efeito no custo da participação alienada."

Adaptando o penúltimo parágrafo, acima, ao presente processo, temos:

- a autoridade fiscal, insurgindo-se contra a sequência de capitalizações perpetradas pelo contribuinte, achou por bem arbitrar em R\$ 23.512.874,34 o valor do custo das ações do atuado, correspondente à participação no custo unitário médio da ação da última sociedade *holding* incorporada (Pactual S/A), conforme demonstrado na planilha de apuração à efl. 306.

Assim, assentado que as capitalizações de lucros levadas a cabo pelo Contribuinte efetivamente não poderiam operar qualquer efeito no custo da participação alienada, corretas as glosas efetuadas pela Fiscalização, bem como o cálculo para apuração do custo de aquisição a ser considerado, de sorte que ao Recurso Especial deve ser negado provimento, também nesta parte.

Recurso Especial da Fazenda Nacional

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo, restando perquirir se atende aos demais pressupostos para o seu conhecimento. Foram oferecidas Contrarrazões tempestivas.

A matéria **qualificação da multa de ofício** foi admitida à rediscussão com base apenas em um dos paradigmas indicados pela Fazenda Nacional – Acórdão n.º 1301-001.220 – conforme Despacho de Admissibilidade de fls. 1.970 a 1.976.

Em sede de Contrarrazões, o Contribuinte pede o não conhecimento do apelo, alegando a inexistência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma.

Destarte, é imprescindível que sejam analisadas as situações fáticas retratadas nos acórdãos recorrido e paradigma, a ver se haveria similitude entre elas, principalmente no que tange ao fundamento que orientou cada um dos julgados quanto à qualificação da multa.

No caso do acórdão recorrido, analisou-se lançamento em que a multa foi qualificada por ter a Fiscalização considerado que restou configurada simulação na cadeia de operações de compra e venda do Banco Pactual à UBS AG. Entretanto, o Colegiado afastou a qualificadora relativamente ao acionista em epígrafe, não com base em qualquer ponderação acerca da configuração do artificialismo em tais operações, mas sim por entender que eventual conduta dolosa não poderia ser atribuída ao Contribuinte, sócio minoritário sem poder de decisão acerca da condução do negócio. Confira-se:

Acórdão recorrido

Voto

Ora, independentemente da configuração, ou não, de simulação na cadeia de operações de compra e venda do Banco Pactual à UBS AG, o contribuinte, detendo ínfima parcela das ações do Banco Pactual, não poderia influenciar o modo como foi procedido o negócio. Se dolo houve, a justificar a imposição de multa qualificada, foi por parte de quem detinha o controle do Banco Pactual, e não por parte dos acionistas minoritários, que não podem decidir como se fará o negócio.

Por esses motivos, entendo que a multa deve ser desqualificada, reduzida ao percentual de 75%. (Destacou-se)

Nessas circunstâncias, o paradigma apto a demonstrar a alegada divergência teria de ser representado por julgado em que estivesse também sendo analisada situação envolvendo acionista minoritário e se entendesse que tal condição não teria qualquer efeito sobre a qualificação da multa.

Ocorre que o paradigma indicado pela Fazenda Nacional – Acórdão n.º 1301-001.220 – embora também trate de qualificação de multa em contexto de reorganização societária para a qual se entendeu haver artificialismo, não tratou da questão que fundamentou a decisão no acórdão recorrido, qual seja, a problemática de acionista minoritário arcar com qualificação de multa, eis que sequer tratou-se de pluralidade de acionistas pessoas físicas que eventualmente se submetem a decisões tomadas por quem detém o controle da empresa. Com efeito, no caso do paradigma tratou-se de operações de reorganização societária levadas a cabo pelo grupo Estre Ambiental S/A, sem a figura do conjunto de acionistas.

Assim, os acórdãos recorrido e paradigma apreciaram a qualificação da multa de ofício enfocando questões distintas, sendo que aquela tida pelo recorrido como base para a desqualificação da multa sequer está presente no paradigma, de sorte que não há base de comparação entre os posicionamentos dos respectivos Colegiados, que permita estabelecer o

dissídio jurisprudencial suscitado. Portanto, o paradigma não é apto à demonstração de divergência, de sorte que não há como conhecer da matéria **qualificação da multa de ofício**.

Diante do exposto, não conheço do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Diante do exposto, conheço do Recurso Especial interposto pelo Contribuinte e, no mérito, nego-lhe provimento. Quanto ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, dele não conheço.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo