



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 12448.721981/2014-66
Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9202-007.321 – 2ª Turma
Sessão de 25 de outubro de 2018
Matéria Ganho de capital na alienação de participação societária
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
GILBERTO SAYÃO DA SILVA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2010, 2011

COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. FATOS GERADORES DISTINTOS.

No caso de alienação a prazo, cada parcela recebida constitui fato gerador distinto e autônomo, sem qualquer vinculação a eventual decisão administrativa porventura proferida quando do julgamento relativo a parcela de tributo anteriormente exigida.

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 conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado.

MULTA QUALIFICADA. DESCRIÇÃO DE CONDUTA DOLOSA ESPECÍFICA. AUSÊNCIA.

Diferentemente da multa de ofício de 75%, que é objetiva, decorre do tipo (lei) e é imposta com culpa ou dolo, a multa qualificada de 150% necessita da aferição do aspecto subjetivo do infrator, consistente na vontade livre e

consciente, deliberada e premeditada de praticar a conduta ou de assumir o risco da sonegação.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício (Súmula CARF nº 108).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte. Acordam também, por voto de qualidade, em rejeitar a preliminar de aplicação dos efeitos da coisa julgada administrativa, vencidas as conselheiras Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que acolheram a preliminar. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de decadência. Votaram pelas conclusões as conselheiras Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes e Ana Cecília Lustosa da Cruz. Acordam, no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencidas as Conselheiras Patrícia da Silva e Ana Paula Fernandes, que deram provimento parcial para excluir a exigência de Imposto de Renda sobre o ganho de capital porém, vencidas, mantiveram a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, em negar-lhe provimento. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Paula Fernandes, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri. Entretanto, findo o prazo regimental, a Conselheira Ana Paula Fernandes não apresentou a Declarações de Voto, que deve ser tida como não formulada, nos termos do § 7º, do art. 63, do Anexo II, da Portaria MF nº 343, de 2015 (RICARF). Julgamento iniciado na reunião de 09/2018.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em Exercício e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Patrícia da Silva, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Paula Fernandes, Mário Pereira de Pinho Filho (suplente convocado), Ana Cecília Lustosa da Cruz, 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, em síntese, pela Fiscalização (Termo de Verificação Fiscal de fls. 113 a 142):

- 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 0710800/2010/01305-4), e nos anos-calendário 2010 e 2011, objetos 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\$ 101.698.838,85, com a conseqüente 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\$ 183.194.183,97, correspondente a 21,20% 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;

- por ter a Fiscalização entendido restar caracterizado o evidente intuito de fraude definido no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, 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 pelo artigo 14 da Lei nº 11.488, de 2007.

Em sessão plenária de 15/03/2017, foi julgado o Recurso Voluntário, prolatando-se o Acórdão nº 2202-003.737 (fls. 1619 a 1.650), assim ementado:

*“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA
IRPF*

Ano-calendário: 2010, 2011

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

O fato gerador do IRPF incidente sobre o ganho de capital, no caso de alienação a prazo, somente se completa quando do efetivo recebimento do valor referente à venda do bem ou direito, momento a partir do qual se inicia a contagem do prazo decadencial para o lançamento do crédito tributário, exceto no caso de dolo, fraude ou simulação, em que a contagem do prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício subsequente àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

*COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. FATOS GERADORES
DISTINTOS.*

Constituem fatos geradores distintos do IRPF incidente sobre o ganho de capital os recebimentos de valores referentes à venda do bem ou direito ocorridos em datas diferidas, não havendo necessariamente a vinculação da decisão administrativa relativa ao IRPF incidente sobre o recebimento ocorrido em um mês à futura apuração do IRPF relativo ao recebimento ocorrido em outro mês.

*CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS. MÉTODO DE
EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE DE
MÚLTIPLO PROVEITO DO MESMO LUCRO. OMISSÃO DE
GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES.*

É indevida a capitalização de lucros apurados na empresa investidora através do Método de Equivalência Patrimonial, quando este mesmo lucro permanece inalterado na empresa investida, disponível nesta como lucros e/ou reservas de lucros tanto para que se efetuem capitalizações como para retiradas pelos sócios.

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização indevida de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por

equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

A divergência na qualificação jurídica do fato não pode ser equiparado ao evidente intuito de fraude para efeito de aplicação da multa qualificada prevista no artigo 44, II da Lei nº 9.430/96.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.”

A decisão foi assim resumida:

“Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, rejeitar as preliminares, vencidos os Conselheiros Martin da Silva Gesto, Dilson Jatahy Fonseca Neto e Theodoro Vicente Agostinho (Suplente Convocado), que acolheram as preliminares de decadência e de existência de coisa julgada administrativa. No mérito: a) por maioria de votos, negar provimento ao recurso quanto à infração de Omissão/Apuração Incorreta de Ganhos de Capital, vencidos os Conselheiros Martin da Silva Gesto, Dilson Jatahy Fonseca Neto e Theodoro Vicente Agostinho (Suplente Convocado), que deram provimento ao recurso; b) por unanimidade de votos, desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%; c) por maioria de votos, manter a incidência dos juros sobre a multa de ofício, vencidos os Conselheiros Junia Roberta Gouveia Sampaio (Relatora), Martin da Silva Gesto e Theodoro Vicente Agostinho (Suplente Convocado), que a excluíram. Foi designado o Conselheiro Marco Aurélio de Oliveira Barbosa para redigir o voto vencedor, na parte em que foi vencida a Relatora. O Conselheiro Dilson Jatahy Fonseca Neto informou que apresentará declaração de voto.”

O processo foi encaminhado à PGFN em 15/05/2017 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1.651) e, em 27/06/2017, a Fazenda Nacional interpôs o Recurso Especial de fls. 1.652 a 1.670 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1.671), com fundamento no art. 67, Anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, visando rediscutir a **desqualificação da multa de ofício**.

Ao Recurso Especial foi dado seguimento, conforme despacho de 28/08/2017 (fls. 1.960 a 1.965).

Em seu apelo, a Fazenda Nacional alega, em síntese:

- o lucro operacional obtido pelo Banco Pactual S/A estava refletido na contabilidade de todas as empresas controladoras, pelo método da equivalência patrimonial,

assim, a Pactual Holding e a Nova Pactual Participações tinham contabilizado lucro da Pactual S/A e do Banco Pactual e a Pactual S/A, por sua vez, tinha contabilizado lucro decorrente do Banco Pactual;

- em 13/10/2006, foi realizada a primeira capitalização, ocorrida na Nova Pactual Participações Ltda: os sócios aprovaram o aumento do seu capital social em R\$ 686 milhões, que passa de R\$ 70.118.786,40 para R\$ 756.118.786,40, e cuja integralização foi efetuada mediante a capitalização de créditos que os referidos sócios possuíam frente à empresa (conforme balanço relativo a 31/08/2006), provenientes de distribuição de dividendos;

- a título de informação, cumpre mencionar que, na mesma data, a outra *holding* presente no grupo, a Pactual Holding, realizou uma operação semelhante: houve o aumento de seu capital social em R\$ 202,5 milhões, que passa de R\$ 31.299.033,50 para R\$ 233.799.033,50, cuja integralização também se deu por meio da capitalização de créditos de seus sócios junto à empresa, no valor de R\$ 200,5 milhões, provenientes de distribuição de dividendos e R\$ 2 milhões de sua Reserva Legal (balanço de 31/08/2006);

- destaca-se que os lucros utilizados pelos acionistas pessoas físicas nas capitalizações da Nova Pactual Participações Ltda e da Pactual Holding são registros contábeis, fundamentados no método da equivalência patrimonial, dos resultados auferidos pelo Banco Pactual;

- esses lucros utilizados nas capitalizações são “reflexos” do lucro verdadeiro, real, que fora auferido pelo Banco Pactual;

- ato contínuo, as duas holdings (Pactual Holding e Nova Pactual Participações Ltda) são incorporadas pela Pactual S/A, e, nesse momento, o contribuinte Gilberto Sayão da Silva passa a ser acionista da Pactual S/A;

- entretanto, a Pactual S/A também havia registrado, com base no método da equivalência patrimonial, os resultados auferidos pelo Banco Pactual, lembrando que, com base no método da equivalência patrimonial, esses mesmos lucros registrados pela Pactual S/A já haviam sido contabilizados também na Nova Pactual Participações Ltda. e Pactual Holding, que eram acionistas controladoras de Pactual S/A, e utilizados nas primeiras capitalizações realizadas pelos acionistas;

- não obstante o fato de o lucro já ter sido utilizado em aumento de capital nas *holdings*, o contribuinte utilizou-os novamente, em outra operação de aumento de capital, dessa vez na Pactual S/A;

- adotando esse artifício em operações sucessivas, o contribuinte conseguiu aumentar o custo de aquisição das ações do Banco Pactual em 236,84%, quando o patrimônio líquido do Banco aumentou em 89%;

- não é possível desvincular o lucro produzido pelo Banco Pactual S.A. do lucro que serviu para aumentar o capital de Nova Pactual Participações Ltda., a Pactual Holdings S.A. e a Pactual S.A.;

- com efeito, a utilização do método da equivalência patrimonial não altera o fato de que o lucro é um só, ou seja, aquele obtido pela empresa operacional e refletido para as demais controladoras/investidoras;

- o Contribuinte tentou fazer prevalecer a tese de que o lucro gerado pelo Banco Pactual, a única operacional do grupo, pode ser utilizado em mais de uma capitalização dentro de um mesmo grupo de empresas;

- a equivocada interpretação adotada pelo contribuinte teve como resultado prático a utilização sucessivas vezes de um único lucro, mesmo não havendo suporte econômico para tanto;

- em outras palavras, o Contribuinte capitalizou uma empresa com um lucro ou reserva de capital que já foi utilizado, e isso somente ocorreu, repita-se, porque o contribuinte tratou de forma autônoma o patrimônio das controladoras e das controladas mesmo havendo, é bom frisar, a apuração de lucros por equivalência patrimonial;

- pensar dessa forma é totalmente ilógico e incoerente com o próprio método da equivalência patrimonial;

- no presente feito, diante dos fatos até então apresentados, percebe-se que os atos praticados pelo Contribuinte tiveram como propósito aumentar irregularmente o custo de aquisição das ações do Banco Pactual S.A., e com isso ele pretendia reduzir a tributação do ganho de capital quando fosse finalizada a venda do Banco para a UBS AG;

- dessa maneira, efetivamente houve a prática de sonegação por parte do Contribuinte que, por meio de operações realizadas em sequência, omitiu receitas passíveis de tributação;

- lembre-se que o contribuinte em análise exercia poder de comando por ser acionista controlador do Grupo Pactual, não podendo se esquivar de sua responsabilidade diante de toda a estrutura fraudulenta, sem qualquer intuito negocial, com o propósito de aumentar irregularmente o custo de aquisição das ações do Banco Pactual S/A;

- para ficar patente a irregularidade do efeito fiscal pretendido pela parte, cumpre repetir que o custo de aquisição do Banco Pactual foi aumentado em incríveis 236,84%, sendo que o patrimônio líquido do investimento experimentou, no mesmo período, um aumento de 89%.

Ao final, a Fazenda Nacional requer seja conhecido e provido o Recurso Especial, restabelecendo-se a qualificação da multa.

Cientificado do acórdão e do Recurso Especial da Procuradoria em 30/06/2017 (Termo de Vista de fls. 1.674), o Contribuinte, em 14/07/2017, ofereceu as Contrarrazões de fls. 1.683 a 1.777 e interpôs o Recurso Especial de fls. 1.780 a 1.959.

Em sede de Contrarrazões, o Contribuinte argumenta:

Da intempestividade do Recurso Especial da Fazenda Nacional

- a Receita Federal do Brasil lavrou três Autos de Infração para exigir do Contribuinte suposta diferença de Imposto de Renda sobre o ganho de capital apurado na alienação a prazo dos seus investimentos no Banco Pactual S.A. para empresa do Grupo UBS, ocorrida em 01.12.2006;

- em razão de o segundo Auto de Infração ter sido recentemente cancelado pela 1ª Turma da 2ª Câmara da 2ª Seção deste Conselho (Acórdão nº 2201-003.425, de 08/02/2017), a PGFN interpôs, em 28/04/2017, Recurso Especial nos autos do segundo processo administrativo e, para demonstrar a divergência, indicou o acórdão recorrido como paradigma;

- de acordo com extrato do presente processo obtido no sítio do CARF: (i) o acórdão recorrido foi formalizado em 12/04/2017; e (ii) o processo foi remetido à PGFN para ciência do acórdão recorrido no mesmo dia da sua divulgação no sítio do CARF, ou seja, em 15/05/2017, e esta foi a data considerada pela PGFN como o termo inicial do prazo para a apresentação do Recurso Especial no presente processo;

- não obstante, como visto, em 28/04/2017 (ou mesmo antes), a PGFN já havia tomado conhecimento do acórdão recorrido, na medida em que ele já tinha sido utilizado como paradigma no segundo processo administrativo; ou seja, a PGFN tomou conhecimento do acórdão recorrido, pelo menos, 17 dias antes da data indicada no extrato e no processo como a de sua publicação no sítio do CARF e de sua remessa para a PGFN (15/05/2017);

- sendo assim, considerando que a PGFN, no mínimo, tomou ciência do acórdão recorrido na data em que apresentou o Recurso Especial (28/04/2017) no segundo processo administrativo - já que não há registro neste processo da data exata em que a PGFN acessou o e-Processo para obter cópia do acórdão recorrido - o prazo para a apresentação do Recurso Especial da Fazenda apresentado neste processo encerrou-se em 16/06/2017.

Do não conhecimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional

- ocorre que os fatos objeto do acórdão recorrido e os fatos analisados nos acórdãos paradigmas 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, os acórdãos paradigmas constataram 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 primeiro 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 primeiro 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 negocial 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;

- outro fato que distingue as operações analisadas nos dois acórdãos paradigmas e no acórdão recorrido é a necessidade das *holdings* nas respectivas estruturas societárias: as *holdings* eram necessárias à organização do Grupo Pactual por mais de uma década e só foram eliminadas por ocasião da venda do Banco à UBS, a fim de atender às condições do negócio contratado, enquanto nos acórdãos paradigmas as *holdings* (Estre Holding e Holplan) foram criadas no contexto de reestruturação societária, apenas para permitir o aproveitamento do ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico.

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 5. 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 negociais 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 nº 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 nº 12448.734760/2011-13, os autuantes alegam que o procedimento do autuado teria caracterizado um abuso de direito; (iii) e no processo nº 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;

- em todos os demais casos relativos à matéria julgados pelo CARF, a multa de ofício foi desqualificada, jamais tendo prevalecido a noção de simulação, sonegação, fraude ou conluio no processo de venda do Banco;

- note-se que a PGFN, valendo-se de diversos paradigmas, apresentou Recursos Especiais visando rediscutir a qualificação da multa em cerca de dez outros processos e tais recursos especiais, no entanto, sequer foram admitidos.

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.

No que tange ao Recurso Especial do Contribuinte, este visa rediscutir as seguintes matérias:

a) vinculação entre os diferentes fatos geradores decorrentes de alienação a prazo, no que tange à aplicação dos efeitos da coisa julgada;

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

c) forma de apuração do custo de aquisição a ser considerado no cálculo do ganho de capital, relativamente à operação de alienação da participação societária do Contribuinte no Banco Pactual S/A à empresa do Grupo UBS; e

d) juros de mora sobre a multa de ofício.

Ao Recurso Especial do Contribuinte foi dado seguimento, conforme despacho de 28/08/2017 (fls. 1.966 a 1.978).

Em seu apelo, o Contribuinte apresenta os seguintes argumentos:

Decisão definitiva a favor do recorrente

- ainda que a venda do bem ou direito tenha ocorrido a prazo, o fato gerador do IR incidente sobre o ganho de capital ocorre no momento da venda do bem ou direito e não no momento do recebimento das parcelas, assim, a decisão definitiva produz efeitos com relação à todas as parcelas recebidas pelo Contribuinte pela venda das suas ações do Banco;

- a decisão definitiva cancelou o Auto/2009, por entender que a apuração do ganho de capital na venda das ações do banco foi realizada nos exatos termos da lei;

- na prática, a decisão definitiva julgou ter sido calculado corretamente o próprio percentual de diferimento que deve ser aplicado no cálculo do imposto devido sobre cada parcela recebida na venda do Banco;

- Este percentual não pode mais ser modificado, devendo ser utilizado para todas as parcelas recebidas pelo Contribuinte em razão da venda de suas ações do Banco, independentemente da data em que tais parcelas forem recebidas pelo recorrente.

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 18.03.2014, 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 nº 7.713/1988, mencionado pelo acórdão recorrido, não pode ser invocado por uma simples razão: quando editada a Lei nº 7.713/1988, 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 nº 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 nº 8.981, de 1995, revogou tacitamente o art. 2º da Lei nº 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 nº 7.713/1988 (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.

Capitalização de lucros decorrentes de investimentos avaliados pelo MEP

- quando um investimento é contabilizado pelo MEP, os lucros da sociedade investida traduzem-se em receitas da sociedade investidora: são os chamados resultados positivos ou ganhos de equivalência, que, antes de ser o próprio lucro da sociedade investidora, são apenas um elemento positivo (receita) na formação deste, que, a rigor, poderá sequer existir a depender das demais receitas e despesas próprias da sociedade;

- essa receita de equivalência é considerada definitiva e efetivamente auferida pela investidora;

- 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, seja esta uma *holding* pura, ou não;

- 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 e Holdings, as sociedades *holdings* nas quais detinha participação diretamente, e, depois, dos lucros de Pactual, de cujo capital passou a participar com a extinção de Participações e Holdings;

- 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 e Holdings, empresas nas quais 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 e Holdings;

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

- o recorrente 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 recorrente 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 arbitramento 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, como por exemplo no auto de infração lavrado contra o recorrente em 16.12.2009 (processo administrativo nº 12898.002335/2009-31), 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.

Da incidência de juros sobre a multa de ofício

- com efeito, o caput do art. 43 da Lei nº 9.430, de 1996, claramente limita o seu alcance às hipóteses de exigência de multa ou juros de forma isolada e o art. 61 da mesma Lei apenas prevê a exigência de juros sobre débitos "decorrentes de tributos e contribuições", ou seja, sobre o valor principal do débito fiscal;

- de acordo com o art. 139 do CTN, o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta, e, por sua vez, a obrigação tributária principal tem como objeto o pagamento de tributos e de penalidade pecuniária apenas quando decorrente de obrigação acessória (art. 113 do CTN), pelo que a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício não encontra amparo no CTN.

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 29/08/2017 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1.979), a Fazenda Nacional ofereceu, em 12/09/2017 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1.999), as Contrarrazões de fls. 1.980 a 1.998, com os seguintes argumentos:

Do momento da ocorrência do fato gerador

- a leitura dos arts. 2º, 8º e 21 da Lei 7.713, de 1989, em consonância com o art. 43 do CTN que define o fato gerador do imposto de renda como a “aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica”, permite a conclusão de que se mostra imprescindível o recebimento efetivo do ganho de capital para a concretização do fato gerador;

- e tal constatação é condizente com a regra geral do regime de caixa que se aplica às pessoas físicas, no sentido de que o imposto é devido à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem recebidos;

- assentada a premissa de que o fato gerador ocorre na proporção das parcelas recebidas, pode-se concluir que a alienação das ações do Banco Pactual S/A, negócio jurídico celebrado no ano-calendário de 2006, não configura fato impositivo, inexistindo, nesse momento, disponibilidade jurídica e econômica, aspecto imprescindível para a respectiva incidência tributária;

- apenas com o recebimento das parcelas mostra-se configurado o fato gerador do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital auferido com a respectiva alienação e cada parcela será um fato gerador diverso, nos termos da legislação;

- e, necessário observar, que no caso em análise, sequer as parcelas subsequentes tinham valores líquidos, passíveis de serem definidos no momento da alienação,

uma vez que inúmeras regras do contrato tornavam o montante a ser recebido submetido a fatores variáveis;

- com efeito, decisão proferida em processo administrativo que analisou o fato gerador relativo à parcela paga no ano-calendário 2006 não tem qualquer relevância para o deslinde da questão que ora se coloca em apreciação.

Da forma de apuração do custo de aquisição

- cumpre destacar que todas as holdings envolvidas (Nova Pactual Participações Ltda., Pactual Holdings S.A. e a Pactual S.A.) tinham como única atividade e fonte de receita a participação acionária – direta ou indireta – no Banco Pactual S.A.;

- dessa forma, o lucro ou a reserva de lucro que foi utilizado nas operações de capitalização era proveniente dos resultados operacionais do Banco Pactual S.A. – que era o único responsável pela produção efetiva das riquezas do grupo empresarial;

- destaca-se que os lucros utilizados pelos acionistas pessoas físicas nas capitalizações da Nova Pactual Participações Ltda e da Pactual Holding são registros contábeis, fundamentados no método da equivalência patrimonial, dos resultados auferidos pelo Banco Pactual, sendo esses lucros utilizados nas capitalizações “reflexos” do lucro verdadeiro, real, que fora auferido pelo Banco Pactual;

- não obstante o fato de o lucro já ter sido utilizado em aumento de capital nas *holdings*, inclusive Nova Pactual Participações Ltda., o recorrente utilizou-os novamente, em outra operação de aumento de capital, dessa vez na Pactual S/A;

- adotando esse artifício em operações sucessivas, o recorrente conseguiu aumentar o custo de aquisição das ações do Banco Pactual em 233,71%, quando o patrimônio líquido do Banco aumentou em 84,45%;

- o custo de aquisição somente pode ser aumentado na proporção da grandeza econômica que efetivamente foi reinvestida na empresa, não podendo ser influenciado pelo número de empresas criadas no grupo empresarial, mas sim pela riqueza efetivamente disponível;

- com efeito, a utilização do método da equivalência patrimonial não altera o fato de que o lucro é um só, ou seja, aquele obtido pela empresa operacional e refletido para as demais controladoras/investidoras;

- dessarte, o custo de aquisição não variou conforme os recursos que os sócios dispunham para reinvestimento, mas sim de forma artificial, subtraindo indevidamente o ganho de capital;

- portanto, contraria o sentido e a lógica do art. 135 do RIR/99 o aproveitamento em duplicidade de lucros e reservas de capital para aumentar o custo de aquisição de ações de uma empresa;

- lembrando, ainda, que todas as operações realizadas devem ser visualizadas dentro do contexto do Grupo Pactual, e não de forma isolada como pretende o contribuinte;

- em alguns processos, a fiscalização, apesar de reconhecer a artificialidade do planejamento, acaba admitindo uma capitalização, que foi o que aconteceu com o autuado James Marcos, e, se ainda existisse prazo, o fiscal poderia glosar essa segunda capitalização;

- no entanto, esse fato, por si só, além de ser benéfico para o contribuinte, não tem o condão de invalidar os demais lançamentos;

- de qualquer forma, ainda que houvesse algum excesso, o que se admite apenas para fins de argumentação, ele deve ser decotado, e não gerar o cancelamento de todo o auto de infração, como defendido pela parte.

Dos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício

- em uma análise sistemática do Código Tributário Nacional, concluir-se-á que o crédito tributário engloba tanto o tributo quanto a multa;

- logo, tanto sobre o tributo (principal) quanto sobre a multa deve incidir juros, como determina o § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional.

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

Voto

Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo - Relatora

Trata-se de Recursos Especiais interpostos pelo Contribuinte e pela Fazenda Nacional.

Cuida o processo, 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 rediscutir as seguintes matérias:

a) vinculação entre os diferentes fatos geradores decorrentes de alienação a prazo, no que tange à aplicação dos efeitos da coisa julgada;

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

c) forma de apuração do custo de aquisição a ser considerado no cálculo do ganho de capital, relativamente à operação de alienação da participação societária do Contribuinte no Banco Pactual S/A à empresa do Grupo UBS; e

d) juros de mora sobre a multa de ofício.

Por sua vez, o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional 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 de admissibilidade, portanto deve ser conhecido.

Quanto à primeira matéria suscitada - **vinculação entre os diferentes fatos geradores decorrentes de alienação a prazo, no que tange à aplicação dos efeitos da coisa julgada** - registra-se que todas as parcelas foram objeto de lançamento por parte da Fiscalização, mantido em Primeira Instância. Relativamente à primeira parcela, quando do julgamento em Segunda Instância pela Turma Ordinária do CARF, foi dado provimento ao Recurso Voluntário, exonerando-se de forma definitiva o respectivo crédito tributário, por meio do Acórdão nº 2102-01.938, de 16/04/2012. Nesse passo, o Contribuinte pede a aplicação, às demais parcelas, inclusive às quatro últimas, objeto do presente processo, da decisão definitiva relativa à primeira parcela, ao fundamento de que, tratando-se de um único fato gerador, a primeira decisão operaria os efeitos de coisa julgada sobre as demais parcelas.

Primeiramente, 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 avançadas. 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 à 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 ocorre 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.

O Contribuinte cita a Declaração de Voto apresentada pelo Ilustre Conselheiro Dilson Jatahy Fonseca Neto no acórdão recorrido, em que este compara 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. Nesse passo, o Conselheiro estabelece três momentos, a saber:

São as três datas: o fato gerador (auferimento da renda), a apuração (declaração ou lançamento), e a exigibilidade (prazo estabelecido para o pagamento).

A comparação é absolutamente imprópria, já que os rendimentos sujeitos ao ajuste, a que alude a Declaração de Voto, 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, longe de demonstrar a tese abraçada pelo Contribuinte, 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, da forma como quer o Contribuinte, 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.

Recurso Especial do Contribuinte Negado"

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.

Recurso Especial do Contribuinte Negado"

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."

Destarte, assentado que no caso de ganho de capital em alienação a prazo, o recebimento de cada parcela configura a ocorrência de um fato gerador distinto, obviamente que a exigência do respectivo crédito tributário não apurado ou apurado a menor pelo Contribuinte somente pode ser formalizada por meio de um lançamento, como foi feito no presente caso, que envolveu três lançamentos, a saber:

- diferença relativa à parcela recebida em 2006;
- diferença relativa à parcela recebida em 2009;
- diferenças relativas às parcelas recebidas em 2010 e 2011.

Reitera-se que o presente processo é relativo ao lançamento das diferenças das quatro últimas parcelas, recebidas em 2010 e 2011.

Nacional: O lançamento tributário está assim disciplinado no Código Tributário

"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

(...)

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública." (grifei)

Assim, em face de tais dispositivos, em conjunto com o que foi até o momento assentado, não há norma legal a amparar, nas operações a prazo, a formalização de um único lançamento, por ocasião da alienação, perante o Contribuinte Pessoa Física. Seguindo a legislação de regência, à medida em que os pagamentos das parcelas foram se concretizando, a Fiscalização formalizou os respectivos lançamentos, cada qual exigindo os respectivos créditos tributários. E no presente caso, a única possibilidade de revisão desses lançamentos seria a apresentação de Impugnação, remédio efetivamente utilizado pelo Contribuinte.

Formalizada a Impugnação, inaugura-se o Processo Administrativo Fiscal, cujo rito é disciplinado pelo Decreto nº 70.235, de 1972, que assim estabelece:

"Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;

II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;

III - de instância especial." (grifei)

Relativamente ao processo nº 12898.002335/2009-31, referente à primeira parcela, a decisão representada pelo Acórdão nº 2102-01.938, de 16/04/2012, efetivamente tornou-se definitiva e fez coisa julgada administrativa para aquele lançamento, eis que não foi interposto Recurso Especial pela Fazenda Nacional. Entretanto, no caso da situação ora analisada, não há previsão legal que determine a extensão dos efeitos da coisa julgada administrativa, relativa a um lançamento tratado em um processo administrativo fiscal, a outro lançamento, tratando de fato gerador diverso, contido em outro processo administrativo fiscal.

O acórdão paradigma indicado pelo Contribuinte fundamentou a exoneração do crédito tributário no art. 156, do CTN, que assim dispõe:

"Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;"

De plano, observa-se que não há como extrair do dispositivo acima a interpretação de que o crédito tributário a ser extinto, mencionado no *caput*, seria outro, que não aquele objeto da decisão administrativa definitiva, relacionada no inciso. Com efeito, a extinção somente teria suporte caso se tratasse efetivamente de crédito tributário exigido no lançamento objeto da decisão, e assim mesmo se esta exonerasse todos os fatos geradores contidos no lançamento. Isso porque um mesmo lançamento pode conter vários fatos geradores referentes a diversas infrações, sendo que o fato de o crédito tributário relativo a algum desses fatos geradores ser exonerado de forma definitiva não estende os efeitos de coisa julgada sequer aos demais fatos geradores do mesmo lançamento, cujo crédito tributário tenha sido mantido, muito menos quando se trata de outro lançamento. Tanto é assim que o provimento parcial da impugnação/recurso enseja a interposição de apelo relativamente à parte do crédito tributário mantida.

Destarte, não há qualquer dispositivo legal que determine a vinculação da decisão definitiva relativa ao lançamento da primeira parcela, com os demais lançamentos, cada qual tratado em seu respectivo Processo Administrativo Fiscal, sendo que os fatos geradores de 2010 e 2011, em julgamento, foram objeto de um mesmo lançamento.

Nesse sentido é o voto condutor do Acórdão nº 2202-003.737, de 15/03/2017, ora recorrido, da lavra da Ilustre Conselheira Júnia Roberta Gouveia Sampaio, cujos fundamentos adoto e agrego ao presente voto:

"1.2) EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA ADMINISTRATIVA.

Ainda no âmbito das preliminares ao mérito, o Recorrente requer o reconhecimento da existência de coisa julgada administrativa em seu favor, uma vez que a situação versada nos Autos de Infração de 2009, 2011 e, no presente, é uma só: o

ganho de capital auferido pelo Impugnante na venda das ações, realizada em 2006.

Verifica-se que o pressuposto essencial para o reconhecimento da existência de coisa julgada aplicável a esses autos é o mesmo utilizado para a primeira preliminar, qual seja, o de que a ocorrência do fato gerador na apuração do ganho de capital se daria do momento da alienação, ocorrida em 2006, ainda que o pagamento tenha ocorrido de forma parcelada.

Sendo assim, ao adotar a premissa de que a ocorrência do fato gerador do imposto de renda da pessoas físicas ocorre no momento do efetivo recebimento, há que se admitir a existência de fatos geradores distintos para os distintos recebimentos.

*Como já demonstrado no tópico relativo à decadência, no presente lançamento, foram glosados os ganhos de capital apurados em março e setembro de 2010 e em março e julho de 2011, ao passo em que no processo 12898.002335/2009-31 discutia-se a parcela recebida à vista pelo contribuinte em virtude alienação das ações do Banco Pactual. Dessa forma, não há identidade invocada pelo Recorrente como apta a caracterizar a mencionada “coisa julgada administrativa”. **Há fatos geradores distintos, como distintas bases de cálculo e aspectos temporais de ocorrência.***

Ademais, como bem ressaltado pela Procuradoria da Fazenda, há que se ter em mente que a Administração não pode simplesmente deixar de exercer o controle de legalidade dos seus atos. A coisa julgada administrativa a que faz menção o recorrente apenas importa no não cabimento de recurso na própria via administrativa. Assim, esgotados as instâncias de discussão relativamente ao processo 12898.002335/2009-31, não mais é dado à administração alterar o que ali ficara decidido. A decisão proferida pela turma julgadora naquele processo, relativamente à situação específica ali tratada, é irretratável para a administração, pois exauridas todas as possibilidades de recurso.

Todavia, coisa distinta é pretender que a administração não tenha mais a possibilidade de apreciar situação que lhe seja correlata, mas não a mesma, no âmbito de um outro processo administrativo fiscal. Em face do exposto, rejeito a preliminar.”
(grifei)

Destarte, no presente caso, não há que se falar em coisa julgada administrativa, tampouco em vinculação entre decisões proferidas em distintos Processos Administrativos Fiscais, cada qual tratando de fatos geradores distintos, sujeitos a lançamentos específicos.

Quanto aos julgados colacionados pelo Contribuinte a título de jurisprudência a seu favor, além de não constituírem decisões vinculantes, não tratam, em absoluto, da tese por ele defendida - vinculação obrigatória, às demais parcelas, de decisão definitiva proferida em relação a uma parcela específica de ganho de capital em alienação a prazo - conforme será a seguir explicitado.

Acórdãos nºs 2302-002.885 e 1103-00.217

Tratam de exclusão de Contribuinte do Simples, por meio de decisão definitiva, o que sequer constitui um lançamento e sim acarreta a exigência de tributos sob a sistemática convencional. Confira-se:

"Nessa perspectiva, a presente autuação já parte da premissa de que o Autuado encontra-se despedido do abrigo do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte desde 1º de julho de 2007, em razão do ADE DRF/SAO nº 91/2010, fruto do PAF nº 11070.001281/201091, não sendo admissíveis neste Processo Administrativo Fiscal qualquer discussão de mérito acerca das questões de fato e de direito que desaguarão na emissão do Ato Declaratório Executivo em tela, em virtude da existência de coisa julgada administrativa." (Acórdão nº 2302-002.885)

"EXCLUSÃO DO SIMPLES. COISA JULGADA ADMINISTRATIVA.

Tendo o contribuinte tido negado o direito à inclusão no SIMPLES em processo administrativo prévio, contra o qual não se insurgiu, não pode no curso de Auto de Infração para a cobrança dos créditos tributários reabrir a questão da sua inclusão retroativa, sob ofensa à coisa julgada administrativa." (Acórdão nº 1103-00.217)

Acórdão nº 101-96.156

Trata de presunção legal estabelecendo vinculação entre a distribuição disfarçada de lucros e rendimentos de pessoa física. Confira-se o voto:

"Como se vê, a matéria relativa à distribuição disfarçada de lucros já foi apreciada em todas as instâncias administrativas, tendo restado confirmada nos montantes de Cz\$17.562.466,00 no período-base de 1997 e Cz\$ 63.012.655,00 no período-base de 1998.

De acordo com o artigo 60 do Decreto-lei nº 1.598/77, presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica empresta dinheiro à pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros.

O § 1º artigo 62 do mesmo diploma legal determina que o lucro distribuído disfarçadamente será tributado como rendimento, na declaração de rendimentos da pessoa física beneficiária.

Não cabendo mais discussão, na esfera administrativa quanto à ocorrência da distribuição disfarçada de lucros, a tributação na pessoa física é decorrência inafastável, não comportando quaisquer outras considerações.

Nego provimento ao recurso."

Acórdãos nºs 101-96.045 e 101-95.675

Tratam de saldo de lucro inflacionário de exercícios anteriores, cujo valor foi determinado em processo cujo resultado tornou-se definitivo, sendo tal valor aplicado no lançamento do exercício consecutivo, que era consequência do anterior. Confira-se:

"Como a própria empresa consigna em sua impugnação, a controvérsia gira em torno do saldo do lucro inflacionário diferido de exercícios anteriores, posto que o percentual de realização utilizado no lançamento é o mesmo aplicado pela empresa.

Uma vez que o saldo do lucro inflacionário diferido de exercícios anteriores consolidou-se no processo nº 10768.003415/00-54, e sendo este lançamento consequência daquele, não mais cabe discutir, na instância administrativa, saldo do lucro inflacionário a realizar decorrente da diferença IPC/BTNF.

Pelas razões acima, rejeito a preliminar de decadência e nego provimento ao recurso." (101-96.045)

"Nessas circunstâncias, considerando que o presente lançamento se funda no saldo de lucro inflacionário a realizar definido no processo nº 10882.001672/2001-05, dou provimento ao recurso. (Acórdão nº 101-95.675)

Acórdão nº 108-05.378

Primeiramente, esclareça-se que, ao tempo da prolação desse julgado (1998), a Impugnação era examinada previamente pela DRF, antes da decisão da DRJ, ainda monocrática, sendo que se houvesse alguma alteração o Contribuinte tinha direito a apresentar nova Impugnação. Nesse contexto, o julgado cuida de um mesmo procedimento administrativo fiscal, tratando de um mesmo lançamento, em parte exonerado pela própria autoridade lançadora, quando da revisão, cuja exigência foi restabelecida pela autoridade julgadora que, ao examinar a nova Impugnação, considerou indevida a exoneração levada a cabo pela DRF. Assim, a decisão definitiva a que alude o julgado é a decisão da DRF, quando da revisão da Impugnação. Confira-se:

"O auto de infração foi lavrado em 08.05.92, abrange os períodos-base de 1987 a 1989, exercícios de 1988 a 1990, e decorreu da tributação, pela alíquota normal, das receitas obtidas em aplicações financeiras efetuadas com habitualidade pela empresa.

Ao apreciar a impugnação, a Unidade de jurisdição do contribuinte (DRF/Curvelo) entende estar o lançamento incorreto, conforme relatado no Parecer/SASIT nº 10620.013/94 (fls. 371/380), aprovado pelo titular da Delegacia em 31.05.94. Procedem-se então alterações que consistiram na revisão do critério de apuração da base de cálculo, passando à apropriação de receitas e custos pelos sistema de rateio preconizado na Instrução Normativa SRF nº 59/87.

Com isso, chegou-se a resultado negativo nos anos de 1987 e 1989 (ex. 1988 e 1990) e resultado positivo superior ao do auto de infração no ano de 1988 (ex. 1989).

Despacho então proferido pelo Sr. Delegado encaminha o processo à Unidade local para ciência ao contribuinte, "intimando-o a efetuar o recolhimento do crédito tributário exigido, dentro de 30 (trinta) dias, ressalvado o direito a nova impugnação, em igual prazo". Na seqüência vem a intimação nº 147/94, em cujo anexo é discriminado o débito que lhe está sendo exigido, referente tão-somente ao exercício de 1989, conforme dito parecer. A mesma intimação lhe dá conta da redução de 50% na multa a que fará jus se quitar o débito em 30 dias e de seu direito de apresentar nova impugnação.

Apreciando a segunda impugnação, agora refutando o novo critério de apuração da base tributável e dirigindo-se exclusivamente ao débito do exercício de 1989, a autoridade julgadora (DRJ/Belo Horizonte) desconsidera a alteração praticada pela DRF jurisdicionada, por entendê-la imotivada e incorreta.

(...)

Desconsiderar aquela primeira decisão, como fez a autoridade julgadora singular, tem como consequência a renovação de exigência já cancelada, e de cujo cancelamento já havia sido cientificada a interessada.

(...)

É a autoridade julgadora refazendo ato já anulado pela própria autoridade lançadora, o que implica estar efetuando lançamento sem que para tanto tenha competência. É nulo por isso seu ato."

Quanto à Solução de Consulta COSIT nº 663, de 27/12/2017, juntada pelo Contribuinte em 08/02/2018 (efls. 1.662 a 1.678), de plano 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, no sentido de que decisão acerca de parcela de ganho de capital em alienação a prazo constituiria coisa julgada administrativa em relação às demais parcelas. Com efeito, o foco dessa consulta é 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.

Durante o julgamento, muito se falou sobre o fato de terem sido prolatadas decisões conflitantes, relativamente às parcelas recebidas, sendo que, no presente caso, a decisão que tornou-se definitiva, cuja aplicação automática às demais parcelas foi pleiteada pelo Contribuinte, obviamente é a decisão que lhe foi favorável. Entretanto, claro está que a tese de aplicação da coisa julgada teria de ser aplicada de forma genérica, ou seja, não poderia restringir-se às decisões favoráveis a esta ou àquela parte. Com efeito, adotada a tese, haveria casos em que a decisão transitada em julgado seria desfavorável ao Contribuinte, não sendo razoável negar-lhe o direito ao exercício de sua defesa, com vistas à revisão do lançamento de outra parcela.

Assim, a prolação de decisões conflitantes faz parte da rotina dos tribunais, mormente quando se trata de matéria nunca antes examinada pelos diversos Colegiados, como foi o caso da alienação do Banco Pactual, quando os inúmeros processos aportaram no CARF.

Registre-se que esta decisão favorável, que o Contribuinte quer aplicar às demais parcelas, foi a primeira proferida em face desta operação, quando iniciou-se a apreciação dos lançamentos das primeiras parcelas recebidas por dezenas de sócios, sendo que em todos os demais Recursos Voluntários o resultado foi o provimentos parcial, apenas para desqualificar a multa de ofício. Nesse contexto, analisando a alienação do Banco Pactual de um ponto de vista mais amplo, não seria razoável aplicar-se automaticamente, no presente caso, exatamente a decisão que caracterizou a única exceção e não a solução aplicada a todos os demais recursos.

Por último, importa lembrar que o papel da Câmara Superior de Recursos Fiscais é justamente o de harmonizar a jurisprudência do CARF, uniformizando a aplicação da legislação tributária.

Quanto à segunda matéria - **momento da ocorrência do fato gerador no lançamento de ganho de capital relativo à alienação a prazo, do que irradiaria efeitos sobre a decadência** - conforme já exposto no presente voto, o fato gerador do ganho de capital, nos casos de venda parcelada, ocorre na data de pagamento de cada parcela recebida.

Assim, 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 18/03/2014 (fls. 143), portanto não ocorreu a decadência, seja pela aplicação do art. 150, § 4º, seja pela aplicação do art. 173, I, ambos do CTN.

Quanto à jurisprudência que corrobora o entendimento esposado no presente voto, além dos julgados já colacionados, cita-se:

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."

Quanto à terceira matéria - **forma de apuração do custo de aquisição a ser considerado no cálculo do ganho de capital, relativamente à operação de alienação da participação societária do Contribuinte no Banco Pactual S/A à empresa do Grupo UBS** - esta já foi exaustivamente debatida nesta 2ª Turma da CSRF, quando do julgamento dos processos dos demais alienantes, citando-se os seguintes precedentes: **Acórdãos nºs 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:

"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 os 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 aufera 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 mandatária 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 nº 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 autuado, 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\$ 183.194.183,97 o valor do custo das ações do autuado, 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. 131.

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.

Quanto à última matéria - **juros de mora sobre a multa de ofício** - esta já se encontra sumulada, conforme a seguir:

Súmula CARF nº 108: Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Destarte, o entendimento aplicado no acórdão recorrido, no sentido de que sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic, encontra-se em perfeita consonância com a súmula acima.

Diante do exposto, nego provimento ao Recurso Especial interposto pelo Contribuinte.

Recurso Especial da Fazenda Nacional

Em sede de Contrarrazões, o Contribuinte alega a intempestividade do Recurso Especial da Fazenda Nacional, bem como a inexistência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

Quanto à tempestividade do apelo, a esse respeito assim estabelece o art. 68, Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015:

Art. 68. O recurso especial, da Fazenda Nacional ou do contribuinte, deverá ser formalizado em petição dirigida ao presidente da câmara à qual esteja vinculada a turma que

houver prolatado a decisão recorrida, no prazo de 15 (quinze) dias contado da data da ciência da decisão.(grifei)

O processo foi encaminhado à PGFN em 15/05/2017 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1.651). De acordo com o disposto no art. 7º, §§ 3º e 5º, da Portaria MF nº 527, de 2010, a intimação presumida da Fazenda Nacional ocorre com o término do prazo de 30 dias contado da referida data. Confira-se:

"Art. 7º Para fins de cumprimento dos §§ 8º e 9º do art. 23 do Decreto Nº 70.235, de 1972, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) poderá encaminhar à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) os autos do processo integralmente digitalizado ou do processo digital.

§ 1º A data de entrega do processo à PGFN e a data do retorno do processo ao CARF será atestada em documento de remessa e entrega do processo administrativo, devendo ser posteriormente digitalizado e anexado aos autos do e-processo.

§ 2º O documento de remessa e entrega do processo administrativo poderá ter forma digital e ser anexado aos autos do eprocesso, desde que ateste, automaticamente, a data de entrega do processo à PGFN e a data do retorno do processo ao CARF.

§ 3º Os Procuradores da Fazenda Nacional serão considerados intimados pessoalmente das decisões do CARF, com o término do prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à PGFN na forma deste artigo." (grifei)

Assim, de plano é necessário definir o momento em que se considera intimada a Fazenda Nacional. Essencialmente, a questão é similar à da definição do momento de ciência do Contribuinte, quando esta se dá pelo decurso de prazo da entrega da intimação na caixa postal no portal e-CAC (alínea "a", do inciso III, do § 2º, do art. 23, do Decreto 70.235, de 1972).

No presente caso, uma vez que o processo foi encaminhado à PGFN em 15/05/2017 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1.651), de acordo com o disposto no art. 79, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, com a redação da Portaria MF nº 39, de 2016, a intimação presumida da Fazenda Nacional ocorreu em 14/06/2017. Em 27/06/2017, tempestivamente, foi interposto o Recurso Especial de fls. 1.652 a 1.670 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1.671).

O fato de a PGFN ter utilizado o acórdão recorrido como paradigma em recurso interposto em outro processo administrativo não afasta a necessidade de intimação da decisão, conforme os ditames do art. 23, do Decreto nº 70.235, de 1972.

Esclareça-se que, em regra, a publicação do acórdão no sítio do CARF ocorre anteriormente à intimação dos interessados no processo. Com efeito, caso fosse adotada a tese do Contribuinte, a ciência da decisão ocorreria sempre na data de sua publicação no sítio do CARF, dispensando-se a intimação das partes nesses casos. Entretanto, forçoso concluir que tal

raciocínio não está em consonância com as regras estabelecidas no Decreto nº 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal.

Destarte, o Recurso Especial da Fazenda Nacional é tempestivo, restando perquirir se atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Relativamente à alegação de inexistência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas, primeiramente deve-se esclarecer que, conforme o Despacho de Admissibilidade de fls. 1.960 a 1.965, já foi reconhecida a ausência de similitude fática entre o segundo paradigma - Acórdão nº 1101-000.913 - e o acórdão recorrido. Portanto, apenas o primeiro paradigma - Acórdão nº 1301-001.220 - foi considerado hábil a configurar a divergência interpretativa suscitada.

De plano, esclareça-se que o exame de admissibilidade compreende o cotejo entre os acórdão recorrido e o paradigma indicado naquele caso concreto. Nesse particular, a Fazenda Nacional interpôs Recursos Especiais relativamente a diversos sócios do Banco Pactual, visando rediscutir a desqualificação da multa de ofício, utilizando paradigmas vários. Com efeito, a maioria desses paradigmas foi considerada inapta a demonstrar a alegada divergência. Entretanto, no que tange ao presente processo e ao de nº 12448.735954/2011-28, foi indicado o paradigma representado pelo Acórdão nº 1301-001.220, e nos dois casos a conclusão foi a mesma, qual seja, a de que dito paradigma foi apto a demonstrar a alegada divergência.

Para demonstrar a divergência, a Fazenda Nacional colacionou em seu Recurso Especial a ementa do acórdão recorrido e trechos do paradigma aceito - Acórdão nº 1301-001.220 (fls. 1.960 a 1.965) - conforme a seguir:

Acórdão recorrido

*“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA
IRPF*

Ano-calendário: 2010, 2011

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

O fato gerador do IRPF incidente sobre o ganho de capital, no caso de alienação a prazo, somente se completa quando do efetivo recebimento do valor referente à venda do bem ou direito, momento a partir do qual se inicia a contagem do prazo decadencial para o lançamento do crédito tributário, exceto no caso de dolo, fraude ou simulação, em que a contagem do prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício subsequente àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

*COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. FATOS GERADORES
DISTINTOS.*

Constituem fatos geradores distintos do IRPF incidente sobre o ganho de capital os recebimentos de valores referentes à venda do bem ou direito ocorridos em datas diferidas, não havendo necessariamente a vinculação da decisão administrativa relativa ao IRPF incidente sobre o recebimento ocorrido em um mês à futura apuração do IRPF relativo ao recebimento ocorrido em outro mês.

CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS. MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE DE MÚLTIPLO PROVEITO DO MESMO LUCRO. OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES.

É indevida a capitalização de lucros apurados na empresa investidora através do Método de Equivalência Patrimonial, quando este mesmo lucro permanece inalterado na empresa investida, disponível nesta como lucros e/ou reservas de lucros tanto para que se efetuem capitalizações como para retiradas pelos sócios.

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização indevida de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado.

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

A divergência na qualificação jurídica do fato não pode ser equiparado ao evidente intuito de fraude para efeito de aplicação da multa qualificada prevista no artigo 44, II da Lei nº 9.430/96.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.” (grifei)

Paradigma - Acórdão nº 1301-001.220

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Exercício: 2008, 2009, 2010

Ementa:

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. BASE DE CÁLCULO. RECOMPOSIÇÃO. NECESSIDADE.

No lançamento de ofício do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro deve-se levar em conta o valor apurado pelo de contribuinte, de modo que a eventual existência de resultados negativos (prejuízo fiscal ou base negativa) deve ser considerada na determinação do saldo a tributar.

MULTA. QUALIFICAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

Se os fatos retratados nos autos deixam foram de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de atos societários

diversos, desprovidos de substância econômica e propósito negocial, reduzir a base de incidência de tributos, descabe afastar a qualificação da penalidade promovida pela autoridade autuante.

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. SUBSTÂNCIA ECONÔMICA E PROPÓSITO NEGOCIAL. AUSÊNCIA.

Se os elementos colacionados aos autos indicam que a despesa de ágio apropriada no resultado fiscal derivou de operações que, desprovidas de substância econômica e propósito negocial, objetivaram, tão-somente, a redução das bases de incidência das exações devidas, há de se restabelecê-las, promovendo-se a glosa dos referidos dispêndios.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS MORATÓRIOS. SELIC.

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

Voto

“Relativamente à qualificação da multa, diversamente do esposado na decisão de primeiro grau, penso que ela deve ser mantida.

A autuação, no presente caso, fundou-se na constatação e comprovação de que a reestruturação elaborada pela fiscalizada visou, apenas, alcançar um benefício fiscal previsto em lei. Para tanto, em curtíssimo espaço de tempo, não obstante declinar formalmente razões de ordem societária ou econômica, constituiu uma HOLDING; transformou-se em subsidiária integral da HOLDING criada, vez que esta incorporou suas ações pelo valor de mercado; e, passo seguinte, fez desaparecer a HOLDING criada para, por meio de uma incorporação reversa, deduzir um suposto “ágio”, derivado de uma alegada rentabilidade futura dos seus ativos.

Diante dos fatos retratados, não me parece restar dúvida de que a fiscalizada agiu, intencionalmente (dolosamente), no sentido de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, das suas condições pessoais, afetando, assim, as obrigações tributárias principais.

No caso vertente, a meu ver, a qualificação é ínsita à própria infração imputada, isto é, se existente essa, não há como deixar de admitir a exasperação da penalidade, vez que a irregularidade apontada encontra seu maior suporte no artificialismo da reorganização societária empreendida.”
(destaques da Fazenda Nacional)

E em face da similitude fática relativamente ao ponto básico para a qualificação da penalidade - artificialismo das operações, com o objetivo de redução de imposto - a conclusão do despacho é irrepreensível:

"O cotejo dos trechos acima com a ementa do acórdão recorrido permite constatar a existência do alegado dissídio jurisprudencial, no que tange ao critério de aplicação da multa qualificada. Com efeito, as situações são análogas, já que em ambas se verifica artificialismo nas operações levadas a cabo pelos autuados, o que resultou em redução de imposto. Ocorre que, no caso do acórdão recorrido, mesmo reconhecendo-se tal artificialismo, considerou-se incabível a majoração da multa de ofício. Já no caso do paradigma, ao contrário, a qualificação foi considerada como insita à própria infração imputada, considerando-se o artificialismo como o maior suporte para a sua manutenção." (grifei)

Por oportuno, registre-se que esta 2ª Turma já enfrentou a argumentação do Contribuinte ora analisada, quando do julgamento do citado processo nº 12448.735954/2011-28, que tratou do mesmo paradigma indicado no presente processo, oportunidade em que prolatou-se o Acórdão nº 9202-003.768, de 16/02/2016, cujo resultado foi conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, por maioria de votos, conforme a seguir:

ACORDAM os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte. Vencidos os Conselheiros Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Ana Paula Fernandes que davam provimento parcial ao recurso para exclusão dos juros sobre a multa de ofício e os Conselheiros Patrícia da Silva, Gerson Macedo Guerra e Maria Teresa Martinez Lopez que davam provimento parcial em maior extensão. Por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional. Vencidos os Conselheiros Ana Paula Fernandes, Gerson Macedo Guerra e Maria Teresa Martinez Lopez. No Mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional. Realizaram sustentação oral os Representantes da Fazenda Nacional, Dr. Moisés de Sousa Carvalho Pereira, e do recorrido, Dr. Luis Cláudio Gomes Pinto, OABRJ 88.704. (grifei)

Diante do exposto, conheço do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional e passo a analisar-lhe o mérito.

O apelo visa restabelecer a **qualificação da multa de ofício**, matéria já discutida neste Colegiado quando do julgamento do processo nº 12448.735954/2011-28, acima citado, prolatando-se o Acórdão nº 9202-003.768, de 16/02/2016, da lavra da Ilustre Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, por meio do qual foi negado provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, à unanimidade de votos.

Na oportunidade, ficou assentado que não se verificou na conduta desses Contribuintes a intenção dolosa de burlar as normas tributárias, tanto assim que as operações foram realizadas às claras, com os respectivos registros na Declaração de Ajuste Anual. Com efeito, a interpretação conferida pelos Contribuintes às normas que regulam a tributação do ganho de capital levou a Fiscalização a considerar que ocorreu omissão de rendimentos, porém no entender deste Colegiado o fato de os Contribuintes extraírem interpretação diversa da Fiscalização e dos Julgadores, sem outros elementos que induzam à conclusão de que teria havido intuito doloso, não autoriza a manutenção da qualificadora. Tampouco o fato de tratar-

se de acionista controlador do Grupo Pactual logra alterar tal conclusão, visto que as operações em tela não foram consideradas fraudulentas.

Assim, não há que se falar em qualificação da multa, de sorte que ao Recurso Especial da Fazenda Nacional deve ser negado provimento.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Especiais interpostos pela Fazenda Nacional e pelo Contribuinte e, no mérito, nego-lhes provimento.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Relatora

Declaração de Voto

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa

Acompanhei a Relatora pelos fundamentos do seu voto, mas considero oportuno enfatizar alguns aspectos da minha posição a respeito da matéria.

Primeiramente, sobre a data de ocorrência do fato gerador, no caso de alienação a prazo, se a data da alienação ou a data do pagamento das parcelas, este Colegiado já se posicionou, inclusive em julgados recentes, sobre este tema. Veja-se, por exemplo, o Acórdão nº 9202-007.178, proferido na sessão de 29/08/2018, de relatoria da Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo. Posicionei-me nesse julgado, ao lado da maioria, no sentido de que o fato gerador ocorre no momento do recebimento das parcelas.

E a cada vez que me deparo com a mesma situação, mais me convenço do acerto dessa posição, mormente quando se trata de alienações a prazo sujeitas a condições, como neste caso, em que o contrato de compra e venda prevê diversas condições futuras e incertas, inclusive a possibilidade de rescisão do contrato de venda, senão vejamos, resumidamente:

a) A cláusula 1.1. do contrato de compra e venda prevê que, nos termos e sujeito às condições previstas no contrato, no Fechamento. A Controladora, ou, se a reorganização societária estiver concluída, os sócio deverá vender à Adquirente as Ações do Pactual;

b) A cláusula 1.3., que trata do pagamento diferido, prevê que, nos termos e condições previstos no contrato, a Controladora, ou se a reorganização estiver concluída antes do fechamento, os sócios, deverão receber como contraprestação adicional pela compra de ações valores variáveis, a depender do resultado da empresa alienada (lucro líquido);

c) A cláusula 2.1. prevê que o Fechamento da Compra de Ações ocorrerá no terceiro dia útil após a satisfação ou a renúncia das condições estabelecidas no Capítulo VII;

d) O referido Capítulo VII, por sua vez, estabelece como condições para as obrigações das partes, dentre outros fatos, as aprovações regulatórias, a inexistência de medidas liminares ou restrições e cumprimento das obrigações pelas partes;

e) Finalmente, a Cláusula 9.1. prevê a possibilidade de rescisão, alteração ou renúncia do contrato, mediante consentimento mútuo ou por uma ou outra parte, dentre outros motivos, caso o fechamento não acontecer na data aprazada, ou se não se obtiver aprovação regulatória por parte de autoridade governamental.

Como se vê, eram muitos os eventos futuros e incertos quando foi firmado o contrato, com influência, inclusive, sobre o valor final da operação e com a possibilidade até de rescisão ou alteração do contrato.

Ora, nessas condições, como afirmar que o fato gerador ocorreu no momento da alienação, quando sequer se sabia ali se a venda seria efetivamente concretizada, pois sujeita a condições futura? Como se considerar ali ocorrido o fato gerador se sequer se dispunha dos elementos objetivos necessários e suficientes para a apuração do imposto devido? Se sequer se sabia, no momento da realização do contrato, quem seria o sujeito passivo, se a controladora ou os sócios, pois tal definição dependia da realização de uma futura reorganização societária?

Lembro, por fim, que o fato gerador do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda e proventos de qualquer natureza, e não a venda do ativo. Neste caso, como falar em aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda no momento da alienação se as condições da venda e a própria concretização desta estava condicionada a eventos futuros e incertos?

Enfim, entendo que o fato gerador em casos que tais ocorre no momento do efetivo recebimento das parcelas, quando, aí sim, ocorre a aquisição da disponibilidade da renda e quando é possível apurar o montante do imposto devido, na proporção da parcela recebida.

Sobre a alegação de coisa julgada administrativa, entendo que o conceito não se aplica ao caso. Se o fato gerador, nos casos de venda parcelada, ocorre no momento do pagamento, a cada fato gerador corresponde um lançamento e, no caso de impugnação, a um processo administrativo tributário. E o processo administrativo tributário no âmbito federal rege-se pelo Decreto nº 70.235, de 1.972 e pelo Regimento Interno do CARF, que nada dizem sobre a vinculação das decisões nos processos referentes aos lançamentos associados ao recebimento das parcelas diferidas, à conclusão do primeiro processo.

Quanto ao estranhamento pela possibilidade de decisões divergentes em relação a fatos idênticos, registro que não é a primeira vez, e certamente não será a última vez, que tal situação acontece. Para isso, a propósito, é que existe o Recurso Especial – para unificar a jurisprudência. Mas sempre escapam situações em que, por qualquer razão, não se opera tal unificação. Talvez fosse recomendado que, para casos como esses, as normas processuais estabelecessem uma espécie de efeito repetitivo à primeira decisão (e não efeito de coisa julgada). Mas o fato é que não prevê, e penso que o Colegiado não tem competência para fazer tal vinculação.

É preciso lembrar, a propósito, que essa vinculação poderia se operar a favor ou contra os contribuintes, conforme o teor da primeira decisão, o que reclama a necessidade de seu disciplinamento por meio de uma norma geral. Qual não seria a frustração do

contribuinte que impugnasse a exigência de lançamento realizado quando do recebimento de parcela diferida e o Colegiado, apesar de ter uma posição, quanto ao mérito, favorável ao sujeito passivo, renunciou a essa posição em favor da vinculação à tese vencedora quando do julgamento do imposto relativamente à parcela recebida quando da alienação, contrária ao sujeito passivo?

Finalmente, sobre a Solicitação de Consulta nº 663 – Cosit, trazida pelo Recorrente em Memoriais, a mesma trata de situação bem distinta da que aqui se cuida. Primeiramente, porque ali a venda se deu sem se sujeitar a condição futura, como expressamente referido no Relatório, e depois porque se trata de incidência do imposto na fonte, pois refere-se a ganho de capital de residente no exterior. Ademais, o objeto da consulta é a definição da alíquota aplicável e não da data da ocorrência do fato gerador. Assim, não se pode extrair da Solução de Consulta nenhuma posição quanto à matéria objeto deste processo.

Com esses fundamentos, além daqueles articulados pela Relatora, conheço do Recurso Especial do contribuinte, rejeito a preliminar de aplicação da coisa julgada administrativa, rejeito a preliminar de decadência e, no mérito, nego-lhe provimento. Também conheço do Recurso Especial da Procuradoria e, no mérito, nego-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa

Declaração de Voto

Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz

O objeto dos presentes autos é a exigência do IRPF sobre o ganho de capital obtido pelo sujeito passivo na venda de uma participação societária que tinha no Banco Pactual A.A., venda essa realizada em 21/12/2006 e adimplida em parcelas, a saber: uma em 2006, outra em 2009, duas em 2010 e mais duas em 2011.

Considerando o ganho de capital, a fiscalização efetuou lançamentos de diferenças dos impostos, **por entender que houve majoração indevida do custo de aquisição.**

O **primeiro lançamento** ocorreu sobre a parcela recebida em **2006**, que foi objeto de análise nos autos de n.º 12898.002335/2009-31, no qual foi **dado provimento ao recurso do Contribuinte, por considerar correto IRPF recolhido.**

Foram analisados mais dois autos de infração sobre a **mesma operação**, um que **abarcava as parcelas de 2009 (Acórdão 2201-003.3425)** e o outro que **tratou das parcelas de 2010 e 2011.(2202-003737).**

Destaca-se que os posicionamentos adotados nos dois últimos acórdãos são distintos, em um dos processos, entendeu a Turma no sentido de que **o fato gerador do imposto ocorreu na data da alienação (2006) e que fora objeto do primeiro processo, motivo pelo qual a decisão tomada no primeiro deveria ser estendida ao imposto recolhido sobre a parcela recebida em 2009, independentemente do mérito da discussão.** Assim deu-se provimento ao recurso do Contribuinte.

Já o processo que originou o Acórdão 2202-003.737 foi **julgado no sentido de que o fato gerador somente se completa com o recebimento de cada parcela**, de tal modo que a decisão proferida no primeiro processo **não se estenderia para o julgamento das parcelas recebidas em 2010 e 2011**.

Diante desse contexto fático, a controvérsia se limita à **discussão quanto a data de ocorrência do fato gerador, se seria da data da operação (alienação) ou quando do recebimento de cada parcela.**

A fim de demonstrar o meu entendimento acerca do tema, utilizo-me do diálogo das fontes quanto a aplicação da Teoria Geral dos Contratos, no que se refere ao **momento de aperfeiçoamento do contrato**, que, segundo o Professor Flávio Tartuce, se faz da seguinte forma:

*a) **Contrato consensual** - aquela que tem aperfeiçoamento pela simples manifestação de vontade das partes envolvidas. Exemplo: compra e venda, doação, locação, mandato, entre outros.*

*b) **Contrato real** - apenas se aperfeiçoa com a entrega da coisa, de um contratante para o outro. Exemplos: comodato, mútuo, contrato estimatório e depósito. Nessas figuras, antes da entrega da coisa, tem-se apenas uma promessa de contratar e não um contrato perfeito e acabado.*

Quanto ao **momento de cumprimento**, o contrato assim se classifica:

*a) **Contrato instantâneo ou de execução imediata** - é aquele que tem aperfeiçoamento e cumprimento imediato, caso de uma compra e venda à vista.*

*b) **Contrato de execução diferida** - é aquele cujo cumprimento deverá ocorrer de uma vez só, no futuro. Exemplo típico é a situação em que se pactua o pagamento com cheque pós-datado ou pré-datado;*

*c) **Contrato de execução continuada ou de trato sucessivo** - tem o cumprimento previsto de forma sucessiva ou periódica no tempo. É o caso de uma compra e venda cujo o pagamento deva ser feito por meio de boleto bancário, com periodicidade mensal, quinzenal, bimestral, trimestral ou qualquer outra forma sucessiva. Exemplos: locação e financiamentos em geral.*

Cabe elucidar que a operação narrada nos autos (**alienação de ações**), mediante contrato de compra e venda, se aperfeiçoa com a **manifestação de vontade**, por se tratar de um **contrato típico consensual**. Assim, a entrega da coisa, no caso dos bens móveis, não tem qualquer relação com o seu **aperfeiçoamento** e **sim com o cumprimento do contrato**.

No dizer de Tartuce, não se pode confundir o aperfeiçoamento do contrato (plano de validade) com o seu cumprimento (plano da eficácia). **A compra e venda geram efeitos desde o momento em que as partes convencionaram sobre a coisa e o seu preço** (art. 482 do Código Civil). No caso de compra e venda de imóveis, o registro mantém relação com a aquisição da propriedade do negócio decorrente, o mesmo valendo para a tradição nos

casos envolvendo bens móveis. Utilizando a escala pontea, **o registro e a tradição** estão no plano de **eficácia desse contrato**.

Nota-se que contrato de compra e venda na qual o pagamento ocorre de forma parcelada se classifica, quanto ao momento do cumprimento, ao meu ver, como **obrigação de execução continuada ou de trato sucessivo**, cujo cumprimento se dá por **meio de subvenções periódicas**.

As mencionadas características da relação jurídica da qual decorreu ao ganho de capital conduzem ao entendimento de que, aperfeiçoado o contrato, portanto **válido**, bem como entregue o bem móvel, de modo que se mostra **eficaz**, o pagamento sob a forma de parcelas não tem o condão de dependência futura, no aspecto temporal, quanto à definitividade do negócio, inclusive porque não foi estabelecida condição alguma a depender de evento futuro e incerto.

Necessário ainda esclarecer, quanto aos créditos (pagamentos das parcelas), **que o contrato intitulado como de compra e venda tratou da reorganização societária, consoante descrito no Termo de Verificação, ocorrendo antes do fechamento da alienação**, prescrevendo disposições sobre reorganização, o que não se confunde com condição da obrigação, a alienação em si, pois, reitera-se, não houve subordinação do efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto, mas sim, na fase inicial de ajustes, termos que compuseram a possibilidade de um pagamento adicional ao pactuado, previamente acordado, antes do fechamento, conforme se extrai dos trechos abaixo:

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 delas 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.

Portanto, no que se refere à alienação sob análise, sequer houve condições acerca do pagamento das parcelas, restando evidente a constituição da obrigação, de modo definitivo.

Faz-se oportuno mencionar o dispositivo do CC que trata do contrato de compra e venda, nos termos abaixo transcritos:

Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

*Art. 482. A compra e venda, **quando pura**, considerar-se-á **obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.***

Desse modo, a relação obrigacional se aperfeiçoou quando da alienação, surgindo então as figuras do credor e do devedor.

A situação narrada atrai a aplicação do art. 116 do CTN, que assim dispõe:

*Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, **considera-se ocorrido o fato gerador** e existentes os seus efeitos:*

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

*II - tratando-se de **situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.***

Partindo da premissa constante do Código Civil sobre a relação obrigacional no contrato de compra e venda, bem como sobre o momento de ocorrência do fato gerador, quando relativo à situação jurídica, no âmbito do Código Tributário Nacional, cabe indicar a norma que trata da repercussão tributária dos efeitos da alienação, que é o art. 21 da Lei 8.981/1995:

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 sobre a renda, com as seguintes alíquotas: (...).

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

§ 2º Os ganhos a que se refere este artigo serão apurados e tributados em separado e não integrarão a base de cálculo do Imposto de Renda na declaração de ajuste anual, e o imposto pago não poderá ser deduzido do devido na declaração.

§ 3º Na hipótese de alienação em partes do mesmo bem ou direito, a partir da segunda operação, desde que realizada até o final do ano-calendário seguinte ao da primeira operação, o ganho de capital deve ser somado aos ganhos auferidos nas operações anteriores, para fins da apuração do imposto na forma do caput, deduzindo-se o montante do imposto pago nas operações anteriores.

§ 4o Para fins do disposto neste artigo, considera-se integrante do mesmo bem ou direito o conjunto de ações ou quotas de uma mesma pessoa jurídica.

Diante desse contexto, considerando a ocorrência do fato gerador no momento em que esteja definitivamente constituída a situação jurídica, nos termos de direito aplicável, de acordo com o Código Tributário Nacional, bem como que a norma aplicável dispõe que compra e venda, quando pura, será obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço, não há outra conclusão se não a de que o fato gerador ocorre no momento da alienação.

Salienta-se que a Lei 8.981/1995, de forma específica trata do fato gerador do IRPF, quando há ganho de capital decorrente de alienação, descrevendo os aspectos e elementos formadores, independentemente do regime contábil de apuração e do prazo de recolhimento.

Além disso o imposto de renda não tem como fato gerador a disponibilidade financeira no que se refere à posse, mas sim a disponibilidade econômica ou jurídica.

Em estudo sobre o conceito de renda, Hugo de Brito Machado assevera:

“Não há renda, nem provento, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda como acréscimo. (...) Referindo-se o CTN à aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, quer dizer que a renda, ou os proventos, podem ser os que foram pagos ou simplesmente creditados.

*A disponibilidade econômica decorre do recebimento do valor que se vem a acrescentar ao patrimônio do contribuinte. Já a disponibilidade jurídica decorre **do simples crédito desse valor**, do qual o contribuinte passa a juridicamente dispor, embora este não lhe esteja ainda nas mãos . Para uma adequada compreensão do sentido da expressão”(MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 317, grifos nossos)*

No caso sob análise, o imposto é devido quando da alienação, momento descrito na norma específica de incidência (art. 21 da Lei 8981/95), de modo que o pagamento da contraprestação de forma parcelada apenas diferiu o recolhimento do tributo para a data de recebimento de cada parcela, justamente em razão do regime contábil adotado para as pessoas físicas.

Desde o aperfeiçoamento do contrato de compra e venda, há disponibilidade jurídica da renda, de modo que há uma relação obrigacional constituída, despida de qualquer condição ou encargo, existindo o direito ao crédito advindo da alienação. Tanto assim o é que tal direito pode ser negociado por meio de cessão de crédito, instituto regulado em capítulo específico no Código Civil.

Dessa feita, o imposto é calculado uma única vez na data em que a alienação se torna perfeita e acabada, ou seja, quando ocorre aquisição da disponibilidade jurídica da renda, aplicando-se, nesse momento a alíquota sobre a base de cálculo, e apenas esperando-se o

decurso do mês subsequente ao do recebimento do preço ou ao de cada recebimento do preço, para efetuar o pagamento do imposto.

Assim, não se deve confundir o critério temporal, aspecto interno da regra matriz de incidência, com o regime contábil e o prazo atrelados às parcelas devidas a serem adotados para fins de recolhimento, aspectos externos, posteriores a ocorrência do fato gerador.

Corroborando o exposto, cabe mencionar o enunciado de Súmula Vinculante do STF n.º 50, o qual dispõe sobre a inaplicabilidade do princípio da anterioridade à norma legal que altera o prazo de recolhimento, conforme abaixo transcrita:

Súmula Vinculante 50

Norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade.

Do enunciado citado, infere-se que a inaplicabilidade da norma sobre anterioridade que rege, de forma geral, os tributos ao prazo de recolhimento atesta que tal prazo não se refere ao aspecto temporal do fato gerador, pois se assim o fosse, estaria submetido à anterioridade.

Além disso, não se aplica o princípio da legalidade às normas que regem o prazo de recolhimento do tributo, como é cediço no Supremo Tribunal Federal, pois não tem identidade com a instituição, a majoração e a definição do fato gerador do tributo, a fixação da alíquota e a base de cálculo.

Desse modo, o pagamento das parcelas, que, devido ao regime de caixa, dá origem ao termo inicial do prazo de recolhimento, está relacionado ao adimplemento de um contrato definitivamente constituído e não se relaciona com a ocorrência do fato gerador, mas com os aspectos externos da exigência.

Cabe reiterar que o regime contábil aplicado, regime de caixa, este apenas orienta o marco temporal do prazo de recolhimento, que não pode ser anterior ao recebimento dos valores.

Diante do exposto, entendo que, tendo em vista a existência de um único fato gerador ocorrido quando da alienação já devidamente apreciado por esse Conselho, no âmbito do processo administrativo fiscal, com decisão definitiva favorável ao Contribuinte, em observância do princípio da segurança jurídica, deve ver reconhecida a aplicação da mencionada decisão aos processos em julgamento.

Nesse cenário, entendo pelo provimento ao recurso especial interposto pelo Contribuinte.

Considerando o posicionamento vencedor diverso do meu entendimento, faz-se pertinente esclarecer, no que concerne à decadência, ponto de discussão enfrentado pelo Colegiado, o meu entendimento no sentido de que o termo inicial da contagem do prazo decadencial, apesar de a data do fato gerador ocorrer quando da alienação, deve ser considerado como termo inicial a data do pagamento de cada parcela, tendo em vista que não seria razoável que a contagem se iniciasse antes mesmo de o fisco se valer do direito de lançar. Ora, se tal prazo é relativo ao direito de lançar, não flui antes da existência do próprio direito, que não pode ocorrer antes da exigibilidade, pelo que se extrai do tão debatido princípio da *actio nata*.

(assinado digitalmente)

Ana Cecília Lustosa da Cruz

Declaração de Voto

Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri

Peço vênia à Conselheira Relatora para discordar da sua conclusão pela rejeição da preliminar de aplicação dos efeitos da coisa julgada administrativa suscitada pelo Contribuinte.

Trata-se de auto de infração para cobrança de crédito tributário decorrente da omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas de empresa não negociadas em bolsa. Sobre referido ganho de capital a Receita Federal do Brasil (RFB) cobra diferenças de imposto, por entender que houve majoração indevida do custo de aquisição.

A venda das ações ocorreu em 21.12.2006 para recebimento em parcelas, a saber: uma em 2006, outra em 2009, duas em 2010 e mais duas em 2011.

Em razão da parcela recebida em 2006 foi lavrado o primeiro auto de infração, consubstanciado no processo 12898.002335/2009-31. Após o trâmite processual o lançamento foi julgado improcedente, tendo o respectivo Colegiado entendido que a operação realizada entre as partes não padecia de qualquer irregularidade, devendo o negócio jurídico ser mantido. O acórdão 2102-01938 transitou em julgado no ano de 2012.

Ocorre que, cada um em seu tempo, foram realizados outros dois lançamentos, um para cobrança da diferença do imposto relativo a parcela de 2009 (processo 12448.735359/2011-92) e outro referente às parcelas recebidas em 2010 e 2011 (processo 12448.721981/2014-66).

Temos então o seguinte cenário: uma única venda de ações, ou seja, um fato gerador de ganho de capital que gerou como consequência três lançamentos haja vista a especificidade dos valores envolvidos terem sido pagos de forma parcelada. E aqui reside a argumentação do contribuinte: a regra excepcional, traduzida pelo art. 21 da Lei nº 7.713/88, cuja finalidade é a de postergar o momento efetivo da conclusão do fato gerador, teria o condão de alterar o entendimento do acórdão já transitado em julgado e o qual reconheceu como válido o único negócio jurídico realizado?

Penso que não.

Para elucidar a questão, necessariamente devemos fazer uma análise sobre qual é o fato gerador do Imposto Renda a título de Ganho de Capital, para tanto transcrevemos o art. 43 do Código Tributário Nacional, interpretando-o em conjunto com o art. 3º da citada Lei nº 7.713/88. Vejamos:

CTN

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.

Lei nº 7.713/88

Art. 1º Os rendimentos e ganhos de capital percebidos a partir de 1º de janeiro de 1989, por pessoas físicas residentes ou domiciliados no Brasil, serão tributados pelo imposto de renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas por esta Lei.

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

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

...

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

...

Pela interpretação conjunta dos enunciados acima compreende-se o critério material da regra matriz de incidência do imposto de renda do ganho de capital: a aquisição de proventos decorrentes da alienação de bens ou direitos, considerando como aquisição o ganho apurado a partir da "diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição".

A legislação não deixa margem para dúvidas. O ganho de capital apurado mensalmente tem como fato o negócio jurídico celebrado pelo vendedor (no caso o contribuinte) e o comprador/adquirente do bem ou do direito. Neste cenário, ainda que o pagamento da avença se dê de forma parcelada o que temos é um único fato 'mundano' responsável por desencadear o fato jurídico tributário. Para simplificar o raciocínio, supondo

um ganho de capital auferido pela venda de um quadro cujo pagamento será parcelado, aqui cada uma das parcelas pagas decorre da venda do mesmo quadro e, conseqüentemente, deverão ser observadas as condições firmadas no momento da realização dessa alienação, nos termos em que previsto no art. 31 da Instrução Normativa nº 84/2001:

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.

Considerando a mutabilidade das normas tributárias no Brasil, podemos interpretar o art. 31 da citada Instrução Normativa nº 84/01 como dispositivo que confere segurança jurídica aos contribuintes, pois ainda que as normas do imposto venham sofrer mudanças ao longo dos anos a fixação de um marco para apuração de eventual ganho de capital afasta qualquer elemento surpresa nos contratos com longo prazo de pagamento.

No presente caso, embora não concorde com a expressão 'coisa julgada administrativa', pois trata-se de teoria cuja análise abrange discussões bem mais profundas, a tese exposta pelo Contribuinte se justifica na medida em que os três lançamentos realizados adotaram como fundamento o mesmo negócio jurídico: a alienação/ venda da participação societária que o contribuinte possuía no Banco Pactual S.A. Assim, o imposto gerado a partir do ganho de capital apurado deve levar em consideração o negócio jurídico celebrado e acabado em dezembro de 2006.

Importante lembrar que a Lei nº 7.713/88, ao mencionar em seu art. 2º que o *Imposto de Renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos* nos dá a indicação de que o fato gerador do imposto realmente somente se aperfeiçoa com a disponibilidade financeira do ganho, nos termos em que defendido por renomados juristas.

A Professora Mary Elbe de Queiroz em artigo intitulado “Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza – Tributação das Pessoas Físicas” (in Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Editora Forense 2006), muito bem explica este ponto:

Já “disponibilidade” é palavra derivada do latim disponere, dispor, isto é, bens de que se pode dispor livremente, livres de qualquer desembargo. Caracteriza-se como a liberdade necessária à normalidade dos negócios, revelada por uma situação que possibilita ao titular poder dar destinação livre e imediata à renda ou provento percebido, não alcançado a disponibilidade apenas potencial. A disponibilidade poderá ser visualizada sob os aspectos econômicos, jurídico e financeiro.

Entende-se por “disponibilidade econômica” a percepção efetiva da renda ou provento. A aquisição se dá pelo fato material, independentemente da legalidade, ou não, do modo de obtenção. Portanto, a disponibilidade poderia ocorrer de forma não acolhida pela ordem jurídica.

Já a “disponibilidade jurídica” diz respeito à aquisição de um título jurídico que confira direito de percepção de um valor definido, ingresso de forma legal, no patrimônio. É a aquisição por meio de uma das formas legítimas e legais, de acordo com o direito. Pressupõe a disponibilidade econômica, enquanto a “disponibilidade financeira” é o ingresso físico do valor cuja disponibilidade econômica ou jurídica foi previamente adquirida. Nesse caso, existe a posse efetiva dos valores.

A legislação do Imposto sobre a Renda consagra e impõe, com relação às pessoas físicas, além da “disponibilidade econômica ou jurídica”, a exigência da real “disponibilidade financeira”, o chamado “regime de caixa”. Nesse caso, precisa haver o efetivo recebimento do numerário ou pagamento das despesas (o ingresso ou o desembolso de numerário), para que os respectivos valores sejam computados para efeito da incidência do imposto.

Percebe-se portanto que a regra matriz de incidência do imposto possui como critério o efetivo recebimento do ganho pela pessoa física, não sendo possível tributar a mera expectativa de uma disponibilidade econômica de valores decorrentes de negócios jurídicos, até porque em alguns casos esse recebimento simplesmente pode não ocorrer (hipótese de inadimplência do devedor).

Embora o fato gerador do imposto somente seja concretizado com o recebimento efetivo do ganho (disponibilidade financeira), é inegável que a postergação do pagamento embora traga repercussões para o aspecto temporal da regra matriz, incluindo aqui as discussões acerca da decadência, em nada afeta o seu critério material na medida em que o ganho de capital estará sempre vinculado à operação de alienação dos bens ou direitos nos termos do art. 3º, §§2º e 3º da Lei nº 7.713/88 e art. 21 da Lei nº 8.981/95.

Por essas razões, considerando que o Acórdão 2102-01938 concluiu pela correção dos métodos adotados pelo Contribuinte quando da celebração do negócio jurídico de venda de ações, e considerando ser referida decisão definitiva, não há como negar os efeitos dessa sobre o presente lançamento.

Destaco que referida conclusão somente se faz possível porque, no presente caso, estamos diante de um mesmo fato tributável (alienação de bens) praticado em um único momento (dezembro 2016) pelo mesmo sujeito (o contribuinte autuado).

É como voto.

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri