



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 12897.000264/2009-41  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2202-004.427 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 08 de maio de 2018  
**Matéria** IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FISICA  
**Recorrente** OLIMPIO UCHOA VIANNA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2006

**AUTO DE INFRAÇÃO. FORMALIDADES LEGAIS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.**

Auto de Infração lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, apresentando adequada motivação jurídica e fática, goza dos pressupostos de liquidez e certeza, podendo ser exigido nos termos da lei.

**GANHO DE CAPITAL. DEVOLUÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.**

A pessoa física que receber bens ou direitos em devolução de participação societária, adquirida por valor inferior ao patrimonial, deverá tributar como ganho de capital a diferença entre o valor recebido e o valor declarado da participação extinta.

**MULTA DE OFÍCIO. NÃO CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE**

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF n° 2).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em rejeitar as preliminares, e, no mérito, em negar provimento ao recurso. Nos termos do Art. 58, §5º, Anexo II do RICARF, a conselheira Fábila Marcília Ferreira Campelo (suplente convocada) não votou nesse julgamento, por se tratar de questão já votada pelo conselheiro Paulo Sergio Miranda Gabriel na reunião anterior.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente.

(assinado digitalmente)

Rosy Adriane da Silva Dias - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rosy Adriane da Silva Dias, Martin da Silva Gesto, Waltir de Carvalho, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Fabia Marcilia Ferreira Campelo (suplente convocada), Dilson Jatahy Fonseca Neto, Virgilio Cansino Gil (suplente convocado), Ronnie Soares Anderson (Presidente). Ausente, justificadamente, o conselheiro Paulo Sergio Miranda Gabriel Filho.

## **Relatório**

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o acórdão nº 12-55.181, proferido pela 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I (DRJ/RJ1), que julgou procedente o lançamento, mantendo a cobrança do crédito tributário.

Consta no Termo de Verificação Fiscal:

*Como resultado da análise das informações e documentos apresentados, verificamos:*

*Verificação 1 - A aquisição de 630 quotas de TETTO SPE 1 GESTÃO DE RECEBÍVEIS LTDA, de Eugênio Pacelli Marques Almeida Holanda, por R\$ 630,00 conforme esclarecimentos de 08/12/2008, fls. e apresentados em atendimento à intimação de fls. :*

[...]

*Segundo ainda a documentação apresentada, a formalização do ingresso na sociedade é contemplada na 6ª alteração contratual de 04/ago/2006 (fls. ), que denota, entretanto, o valor nominal das 630 quotas em R\$ 6.784.413,30, sendo a mesma importância objeto de mútuo, conforme contrato de 08/ago/2006, estando o contribuinte na condição de mutuário.*

*A 7ª alteração contratual de 13/nov/2006 (fls. ) registra redução do capital social da TETTO SPE 1 GESTÃO DE RECEBÍVEIS LTDA com a devolução da participação no capital, efetuadas com ativos representados por créditos da Sociedade contra o contribuinte em R\$ 6.784.413,30.*

*Em sua DIRPF (fls. ), o contribuinte classifica a diferença entre o valor de aquisição e o valor da devolução de capital, R\$ 6.783.783,30, como não-tributáveis, sem observar o fato que suas quotas não sofreram nenhuma valorização no capital da TETTO SPE 1 GESTÃO DE RECEBÍVEIS LTDA, haja vista o valor contábil das quotas no ingresso do contribuinte na sociedade (vide acima), ser o mesmo da devolução de capital, denotando que a devolução de capital se deu por valor contábil (não onerando a pessoa jurídica do ganho de capital previsto no § único do art. 419 do RIR/99).*

*O contribuinte não observou ainda a norma contida na Instrução Normativa SRF nº 11, de 21 de fevereiro de 1996:*

*[...]*

*Em suma, o contribuinte obteve ganho de capital tributável ao adquirir quotas por R\$ 630,00, e no mesmo ano receber em devolução, direitos no valor de R\$ 6.784.413,30, sobre os quais o próprio foi o beneficiário da importância, anteriormente recebida a título de mútuo e cometeu o erro de classificar, em sua declaração de rendimentos, a diferença como não tributável.*

*Verificação 2 - Depósito bancário sem comprovação da natureza ou origem, na forma solicitada nas intimações de fls. , , e , da importância de R\$ 21.000.00, em 23/06/2004, junto ao Banco Sudameris, conforme extrato bancário de fls. , apresentado em atendimento às intimações de fls.*

Após cientificado do Auto de Infração, o recorrente apresentou impugnação (fls. 81/100), que foi julgada improcedente pela DRJ/RJ1, de cujo acórdão se extrai a seguinte ementa:

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF*

*Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2006*

*DEPÓSITO BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.  
MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.*

*Consolida-se administrativamente o crédito tributário relativo à matéria não impugnada.*

*DEVOLUÇÃO DO CAPITAL SOCIAL. GANHO DE CAPITAL.  
EXCLUSÃO. CONDICIONANTES LEGAIS NÃO  
COMPROVADOS.*

*Não comprovado que a devolução de capital se deu de acordo com as exigências legais, impossível transferir a responsabilidade para a pessoa jurídica.*

*GANHO DE CAPITAL. DEVOLUÇÃO DE PARTICIPAÇÃO  
SOCIETÁRIA.*

*A pessoa física que receber bens ou direitos em devolução de participação societária, adquirida por valor inferior ao patrimonial, deverá tributar como ganho de capital a diferença*

*entre o valor recebido e o valor declarado da participação extinta.*

*Impugnação Improcedente*

*Crédito Tributário Mantido*

Inconformado com a decisão da DRJ/RJ1, cuja ciência se deu em 03/07/2013, o recorrente apresentou Recurso Voluntário, em 02/08/2013, repisando os argumentos da impugnação, que em síntese foram por ela assim resumidos:

*(i) Não se pode cogitar de ganho de capital em operações de devolução de participação no capital social;*

*(ii) no período compreendido entre o ingresso e a saída do ora **RECORRENTE**, da TETTO, não houve variação positiva do valor de sua participação societária; e, principalmente*

*(iii) os valores percebidos por pessoa física a título de devolução de participação no capital social pelo valor de mercado estão isentos de IRPF, por força do art. 22. § 4º, da Lei nº 9.249/95; ou*

Acrescentou que, a multa aplicada é desproporcional à gravidade da conduta do recorrente, e possui cunho confiscatório.

#### Dos pedidos

O recorrente requer o provimento do Recurso para anular o auto de infração, e se não provido nesse requisito, que seja afastada a multa de ofício.

É o relatório

## **Voto**

Conselheira Rosy Adriane da Silva Dias, Relatora

O Recurso Voluntário é tempestivo, e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço

#### **Preliminar. Nulidade**

Antes de entrar no mérito, o recorrente observa que não arguiu preliminar de nulidade, como afirmou a relatora no acórdão recorrido, diz ter alegado que a aplicação da teoria da motivação consiste em que a subsistência do lançamento depende da procedência da afirmação do Auditor Fiscal de que houve ganho de capital declarado e não pago.

Diante dessa alegação, lembro que, nos termos do art. 31 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, o julgador deve referir-se a todas as razões de defesa alegadas pelo Recorrente. Assim sendo, agiu bem o julgador de primeira instância, uma vez que o recorrente naquela ocasião referiu-se à obrigatoriedade de motivação do ato administrativo de lançamento, citando o art. 10 do referido Decreto, incluindo destaques para os incisos III e IV,

que tratam da "*descrição do fato*", e "*disposição legal infringida e a penalidade aplicável*", respectivamente. Além disso, no item 24 da impugnação assevera:

*24. Como, in casu o ilmo. Sr. Fiscal motivou a lavratura do Auto de Infração, [...] alegando ganho de capital supostamente registrado e não declarado pelo IMPUGNANTE, a aplicação da Teoria em questão faz com que a subsistência do lançamento, após o controle da legalidade a ser exercido nos autos do presente processo, dependa diretamente da procedência daquele argumento.*

Entendo que, em referido trecho, o recorrente diz que se não for reconhecido que ocorreu ganho de capital, o auto de infração não teria validade, porque não estaria motivado. Isso é ainda visto no seguinte trecho da impugnação: "*23. Seja como for, uma vez motivado, a validade do ato administrativo estará vinculada à existência, à veracidade e à pertinência dos motivos apontados como fundamento para a sua prática, pela consagrada Teoria dos Motivos Determinantes.*".

Outra razão que teria levado a autoridade julgadora a citar o conteúdo do art. 59 do Decreto nº 70.235/72 em seu voto, foi o fato de o Recorrente ao final da impugnação pedir a nulidade do Auto de Infração. Dessa forma, o julgador agiu corretamente ao conversar textualmente com o recorrente, apresentando a este os casos em que caberia a nulidade do lançamento: *I) os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; e II) os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.* Situações estas que, assim como o julgador *a quo*, considero não estarem presentes no lançamento a ponto de levá-lo à nulidade.

Como os mesmos argumentos apresentados na impugnação foram trazidos ao recurso voluntário, com os mesmos trechos sobre a teoria dos motivos determinantes, e ao final, nos pedidos, também pugna pela nulidade do Auto de Infração, ratifico meu entendimento de que o Auto de Infração contém todos os elementos e requisitos necessários de formação válida, tendo sido lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, art. 10 do Decreto nº 70.235/72, observado o art. 142 e seu parágrafo único, da Lei nº 5.172, de 26 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), não havendo, portanto, que se falar de nulidade do lançamento.

### **Do mérito**

#### ***A impossibilidade de caracterização de ganho de capital na operação de devolução de participação societária***

Alega o recorrente ser pressuposto para o ganho de capital a alienação de bens e direitos, sendo que a figura da devolução de capital social, não está entre as espécies de alienação previstas no rol *numerus clausus* do art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988.

Acrescenta que, o recebimento de valores na qualidade de mutuário da TETTO SPE 1 GESTÃO DE RECEBÍVEIS LTDA (TETTO) não gerou acréscimo patrimonial, que ensejasse incidência de IRPF, e quanto à devolução das participações societárias, as quotas não sofreram variação positiva durante o período que lhe pertencia, e não houve alienação como disse o autuante, porque com a redução do capital social promovida pela 7ª Alteração Contratual da TETTO, as quotas de sua titularidade deixaram de existir.

Arrazoa que, a analogia feita pela DRJ/RJ1, entre as operações de devolução de participação societária e o resgate de ações pelas sociedades anônimas é descabida, porque busca justificar incidência tributária por meio de analogia, que se presta a resolver lacuna do sistema jurídico, sendo a tributação com base nela rechaçada pelo § 1º do art. 108 do CTN. Cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nesse sentido.

Entende que as operações no caso dos autos têm como regramento específico o art. 1.031, *caput* e § 1º, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Transcreve acórdão do Carf que afastou a equiparação de devolução de capital social com respectiva redução à alienação acionária e à distribuição de lucros para fins de incidência do Imposto de Renda.

Não vejo razão nos argumentos do recorrente. Neste ponto, são importantes alguns conceitos básicos para a solução da controvérsia. Então vamos a eles:

*Alienação: ato ou efeito de alienar, cessão de bens (Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004).*

*Alienação: É forma voluntária de perda da propriedade. É o ato pelo qual o titular transfere sua propriedade a outro interessado. Dá-se a alienação de forma voluntária ou compulsória, sendo exemplo de alienação voluntária a dação em pagamento, e de alienação compulsória a arrematação. Ela ainda pode ser a título oneroso ou gratuito, configurando-se alienação a título oneroso a compra e venda, e a título gratuito a doação. Cumpre ressaltar que a transferência do bem alienado só poderá ocorrer por meio de contrato, isto é, por meio de negócio jurídico bilateral que expresse a transmissão do bem a outra pessoa. (<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/869/Alienacao>).*

*Sinônimos de alienação: cessão, transmissão, transferência, passagem, cedência, doação, venda. (<https://www.sinonimos.com.br/alienacao/>);*

*Devolução: [...] S.f. 1. ato ou efeito de devolver. 2. Aquisição de propriedade por transferência. 3. Restituição ao primeiro possuidor. 4. Com. Retorno (6). [Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004]*

*Devolver: [...] 7. Transferir (a outrem, um direito ou propriedade); Reenviar, recambiar. 9. Entregar; dar, conceder. 10. Transferir; transmitir. [...]. [Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da Língua portuguesa. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004].*

Pelos conceitos acima expostos, percebe-se que a alienação é um termo genérico, onde se enquadram várias espécies, tais como cessão, doação e venda; que carregam entre si o termo "transferência".

Analisando o conceito de "devolução", em que também ocorre transferência, entendo que ela é uma espécie de alienação, que se processa de forma reversa, ou seja, no primeiro momento, um bem é transferido para a propriedade do Indivíduo X, e no segundo momento, o Indivíduo X transfere o mesmo bem a seu possuidor anterior. Nesse sentido, pode ser que o Indivíduo X tenha comprado esse bem por R\$ 1.000,00, mas quando resolve devolvê-

lo, este esteja valendo no mercado R\$ 1.500,00. Nesse caso, o Indivíduo X pode vender (trocar) o bem pelo mesmo valor de compra, ou a valor de mercado; depende do que ele acordar com o interessado. Outra situação, é que o bem tenha valor patrimonial de R\$ 1.000,00, mas o Indivíduo X o tenha adquirido por R\$ 500,00, e decida devolvê-lo apenas pelo valor patrimonial. Pergunto: qual seria o ganho de capital, em cada operação?

Para a estipulação desse ganho precisamos analisar mais dois conceitos trazidos pela legislação: custo de aquisição, e valor da alienação (valor da transmissão).

Lei. nº 7.713, de 1988

*Art. 16. O custo de aquisição dos bens e direitos será o preço ou valor pago, e, na ausência deste, conforme o caso:*

[...]

*Art. 19. Valor da transmissão é o preço efetivo de operação de venda ou da cessão de direitos, ressalvado o disposto no art. 20 desta Lei.*

Esses conceitos estão expressos da mesma forma no Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR):

*Art.123.Considera-se valor de alienação (Lei nº 7.713, de 1988, art. 19 e parágrafo único):*

*I-o preço efetivo da operação, nos termos do §4º do art. 117;*

[...]

*Art.128.O custo dos bens ou direitos adquiridos, a partir de 1º de janeiro de 1992 até 31 de dezembro de 1995, será o valor de aquisição (Lei nº 8.383, de 1991, art. 96, §4º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 22, inciso I).*

[...]

*Art.131. Não será atribuída qualquer atualização monetária ao custo dos bens e direitos adquiridos após 31 de dezembro de 1995 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 17, inciso II). (Grifei)*

Então, valor da alienação é o preço efetivo da operação de venda ou da cessão de direitos, e custo de aquisição o preço efetivamente pago. Em uma primeira análise parece haver uma convergência nos conceitos. Para quem vende o custo de alienação será o valor recebido, e para quem compra o custo de aquisição será o valor pago. Entretanto, depende de quem está na posição de vendedor e comprador, em relação a despesas com impostos, corretagem, etc.

Diante dos dispositivos legais e entendimento dos conceitos, voltemos aos exemplos acima:

- Hipótese 1: Comprou por R\$ 1.000,00; vendeu por R\$ 1.500,00 (ganho de capital = R\$ 500,00).

- Hipótese 2: Comprou a R\$ 500,00; o valor patrimonial do bem era R\$ 1.000,00; devolveu o bem pelo valor patrimonial (ganho de capital = R\$ 500,00).

Por que na segunda hipótese o ganho de capital não foi igual a zero, se o bem foi devolvido pelo seu valor patrimonial? Em função do que dispõem os artigos 16 e 19 da Lei. 7.713/88: o valor da alienação é o valor efetivo da operação de venda, e o valor da aquisição o preço pago. Esse entendimento já foi exarado em acórdão do antigo Conselho de Contribuintes:

*ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA – VALOR DE ALIENAÇÃO – Para efeito de apuração de eventual ganho de capital na alienação de participação societária constitui valor de alienação aquele da operação e não o valor patrimonial da participação alienada. (1º Conselho de Contribuintes/4ª Câmara/ACÓRDÃO 104-18.701 em 18.04.2002. Publicado no DOU em: 03.09.2002.).*

Agora, vamos entender o que ocorreu no caso dos autos:

| Data       | Evento  | Valor Pago | Valor Nominal | Valor emprestado | Capital antes | Capital depois | Documento                        | fls. |
|------------|---|------------|---------------|------------------|---------------|----------------|----------------------------------|------|
| 04/08/2006 | Transferência das quotas de Eugênio para Olímpio (recorrente) |            | 6.784.413,30  |                  |               |                | 6ª Alteração contratual da TETTO | 39   |
| 04/08/2006 | Pagamento a Eugênio pelas quotas recebidas deste              | 630,00     | 6.784.413,30  |                  |               |                | Recibo                           | 28   |
| 08/08/2006 | TETTO empresta dinheiro para Olímpio                          |            |               | 6.784.413,30     |               |                | Contrato de mútuo                | 37   |
| 13/11/2006 | Redução do capital social da TETTO                            |            |               |                  | 53.844.550,00 | 31.789.822,32  | 7ª alteração contratual          | 36   |

O fato importante é que, o recorrente supostamente devia à TETTO R\$ 6.784.413,30, por meio de contrato de mútuo, e quando devolveu as participações societárias (13/11/2006), recebeu a quitação da suposta dívida, que iria vencer em 14/11/2006.

Entendo que, no caso, a devolução das quotas à sociedade TETTO é alienação, cuja forma de pagamento foi a extinção da suposta dívida no valor de R\$ 6.784.413,30, e o custo de aquisição das quotas foi o valor de R\$ 630,00 efetivamente pago por Olímpio a Eugênio.

A alegação do recorrente de que não houve alienação porque as quotas deixaram de existir com a redução de capital efetuada pela TETTO, não se sustenta, principalmente, porque a transmissão das quotas se deu em 13/11/2006, pela 7ª alteração contratual, com a quitação da suposta dívida.

Em sequência aos argumentos do recorrente, entendo que não houve utilização de analogia pelo julgador *a quo*, para atribuir tributação; pois, no Termo de Verificação Fiscal, os fatos estão bem delineados e fundamentados com os dispositivos normativos que disciplinam a apuração do ganho de capital, para fins de tributação. A meu ver

o julgador de primeira instância, com o termo analogia, quis apenas mostrar ao recorrente, que a redução de capital, com a compra de quotas/ações dos sócios/acionistas pelas sociedades, pode se dar tanto em sociedades limitadas quanto em sociedades anônimas.

Ora, a redução de capital pode ocorrer em qualquer sociedade, quanto a isso não há dúvidas, a questão é saber se nessa operação houve ou não ganho de capital. Se a redução do capital se deu no mesmo valor nominal das quotas/ações, e pelo mesmo custo de aquisição, não haverá, pois não ocorreu acréscimo patrimonial do sócio retirante.

Outra situação em que não haveria ganho de capital seria quando a investidora devolve o bem da investida, em caso de controladas, onde ocorre a equiparação patrimonial, e onde o patrimônio da investida é reflexo da investidora, pois se trata apenas de uma devolução do bem, pelo mesmo valor que estava refletido na investida. E parece ser esse o caso enfrentado pelo acórdão nº 1103-00.207, transcrito pelo recorrente.

No caso dos autos ocorreu efetiva alienação, com a devolução das participações societárias pelo recorrente, e sobre a diferença entre o valor dessa alienação e o custo de aquisição delas há incidência de imposto de renda.

#### ***A isenção de IRPF na operação de devolução do capital social pelo valor de mercado das quotas***

O recorrente aduz que a operação de devolução do capital social pelo valor de mercado é isenta, conforme § 4º do art. 22 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Infirma que pelo §1º desse artigo, o imposto sobre a variação positiva entre o valor devolvido ao sócio baseado em avaliação de mercado e o valor contábil registrado no Contrato Social da empresa é de responsabilidade desta, e o § 4º diz que a diferença positiva entre o valor de mercado e o valor das quotas que consta na Declaração de bens não entra na base do cálculo do IRPF. Nesse sentido, transcreve inciso XLVI do art 39 do RIR, e § 5º do art. 60 da Instrução Normativa SRF nº 11, de 21 de fevereiro de 1996 (IN SRF nº 11/96), e jurisprudência do antigo Conselho de Contribuintes (Acórdão nº 106-15.131). Entende ser equivocada a autuação com base no art. 61 dessa Instrução Normativa, porque esse artigo se refere à devolução de participação societária pelo valor contábil.

Para compreender o que alega o recorrente vamos transcrever os dispositivos legais citados por ele:

#### Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995

*Art. 22. Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado.*

*§ 1º No caso de a devolução realizar-se pelo valor de mercado, a diferença entre este e o valor contábil dos bens ou direitos entregues será considerada ganho de capital, que será computado nos resultados da pessoa jurídica tributada com base no lucro real ou na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido devidos pela pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado.*

§ 2º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa jurídica, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão registrados pelo valor contábil da participação ou pelo valor de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital.

§ 3º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa física, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão informados, na declaração de bens correspondente à declaração de rendimentos do respectivo ano-base, pelo valor contábil ou de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica.

§ 4º A diferença entre o valor de mercado e o valor constante da declaração de bens, no caso de pessoa física, ou o valor contábil, no caso de pessoa jurídica, não será computada, pelo titular, sócio ou acionista, na base de cálculo do imposto de renda ou da contribuição social sobre o lucro líquido. (Grifei)

Decreto nº 3.000, de 16 de março de 1999

*Art.39.Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:*

[...]

*XLVI - a diferença a maior entre o valor de mercado de bens e direitos, recebidos em devolução do capital social e o valor destes constantes da declaração de bens do titular, sócio ou acionista, quando a devolução for realizada pelo valor de mercado (Lei nº 9.249, de 1995, art. 22, §4º);*

IN SRF nº 11, de 21 de fevereiro de 1996

*Art. 60. Os bens ou direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado.*

*§ 1º No caso de a devolução realizar-se pelo valor de mercado, a diferença entre este e o valor contábil dos bens ou direitos entregues será considerada ganho de capital, que será computado nos resultados da pessoa jurídica tributada com base no lucro real ou na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro devidos pela pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro presumido ou arbitrado.*

§ 2º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa jurídica, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão registrados pelo valor contábil da participação ou pelo valor de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital.

[...]

§ 4º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa física, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital

serão informados, na declaração de bens correspondente à declaração de rendimentos do respectivo ano-base, pelo valor contábil ou de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica.

§ 5º A diferença entre o valor de mercado e o valor constante da declaração de bens não será computada na base de cálculo do imposto de renda devido pela pessoa física, sendo considerada rendimento isento.

Art. 61. No caso de participação societária adquirida por valor inferior ao patrimonial, em que a pessoa jurídica que estiver devolvendo capital tenha optado pela avaliação a valor contábil, a pessoa física ou jurídica que estiver recebendo os bens ou direitos deverá proceder da seguinte forma:

I - se pessoa física, à sua opção:

a) incluir, em sua declaração de bens, os bens ou direitos pelo valor pelo qual houverem sido recebidos, tributando como ganho de capital a diferença entre este e o valor declarado da participação extinta; ou

b) incluir, em sua declaração de bens, os bens e direitos pelo mesmo valor da participação extinta.

II - se pessoa jurídica, registrar os bens ou direitos pelo valor pelo qual houverem sido recebidos, reconhecendo, como ganho de capital, sujeito à incidência do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, a diferença entre este e o valor contábil da participação extinta.

Diante desses dispositivos, vamos fazer algumas considerações sobre o caso em análise:

1. as participações societárias foram adquiridas de outro sócio pessoa física por valor inferior ao valor contábil.
2. a devolução das quotas se deu para a pessoa jurídica e pelo valor contábil/nominal.
3. na DIRPF 2007, ano-calendário 2006, fls. 11, as participações societárias estavam declaradas na Declaração de Bens e Direitos, da seguinte forma:

**DECLARAÇÃO DE BENS E DIREITOS**

| ITEM | DISCRIMINAÇÃO<br>ESPÉCIE, DATA E VALOR DE AQUISIÇÃO E DE VENDA QUANDO FOR O CASO | CÓDIGO<br>DO PAÍS | CÓDIGO<br>DO BEM<br>OU DIREITO | SITUAÇÃO EM 31 DE DEZEMBRO - R\$ |             |
|------|--|-------------------|--------------------------------|----------------------------------|-------------|
|      |  |                   |                                | ANO DE 2005                      | ANO DE 2006 |

[...]

|    |   |     |    |      |      |
|----|---|-----|----|------|------|
| 38 | DESCRICAÇÃO 630 QUOTAS DE EMISSÃO DA TETTO SPE 1 GESTÃO DE RECEBÍVEIS LTDA. (CNPJ 07.680.893/0001-02) ADQUIRIDAS EM 2006 POR R\$630,00 E INTEGRALMENTE CANCELADAS POR FORÇA DE REDUÇÃO DE CAPITAL COM O RECEBIMENTO DE BENS REPRESENTADOS POR CRÉDITOS AVALIADOS PELO SEU VALOR DE MERCADO COM APURAÇÃO DE RENDIMENTO NÃO TRIBUTÁVEL NOS TERMOS DO ARTIGO 22 DA LEI N. 9.249/95. - BRASIL | 105 | 32 | 0,00 | 0,00 |
|----|---|-----|----|------|------|

Com essas observações, interpreto que a responsabilidade da pessoa jurídica pela tributação, conforme disposto no § 1º do art. 22, ocorre porque é como se ela tivesse “alienando” os bens e direitos à pessoa física. Por isso que, se esses bens forem “alienados” a valor de mercado e houver diferença entre este e o valor contábil, essa diferença é considerada como ganho de capital da pessoa jurídica. Por exemplo, se os bens que ela "alienou" estavam avaliados a valor de mercado por R\$ 1.000,00, e registrados contabilmente por R\$ 700,00, é como se ela os tivesse "vendendo" por R\$ 1.000,00, obtendo um ganho de R\$ 300,00. Por outro lado, quando a pessoa física devolve as participações societárias, é como se ela as tivesse "alienando", e para apurar se houve ou não ganho de capital, será imprescindível determinar qual o custo de aquisição delas, que nem sempre será o mesmo valor registrado na contabilidade da pessoa jurídica à época da aquisição.

No presente caso, ao que tudo indica, o valor das participações societárias que pertenciam a Eugênio estavam registradas ao valor contábil de R\$ 6.784.413,30, conforme se observa no trecho da 6ª Alteração Contratual da TETTO abaixo transcrito (fls. 39), mas foram adquiridas pelo recorrente a um valor bem inferior (R\$ 630,00), ou seja, custo de aquisição das quotas para o recorrente foi de R\$ 630,00:

*(b) Eugênio, neste ato, cede e transfere 1.767 (mil setecentas e sessenta e sete) quotas sociais, totalmente subscritas e integralizadas, para Fernando, José e Olímpio, acima qualificados, nas seguintes proporções: (i) Fernando, que ora ingressa na Sociedade, recebe 570 (quinhentas e setenta) quotas, no valor nominal total de R\$6.138.278,70 (seis milhões cento e trinta e oito mil duzentos e setenta e oito reais e setenta centavos); (ii) José, que ora ingressa na Sociedade, recebe 567 (quinhentas e sessenta e sete) quotas, no valor nominal total de R\$6.105.971,97 (seis milhões cento e cinco mil novecentos e setenta e um reais e noventa e sete centavos); e (iii) Olímpio, que ora ingressa na Sociedade, recebe 630 (seiscentas e trinta) quotas, no valor nominal total de R\$6.784.413,30 (seis milhões setecentos e oitenta e quatro mil quatrocentos e treze reais e trinta centavos). Os demais quotistas da Sociedade, presentes a tudo, neste ato declaram expressamente sua concordância com a cessão e transferência de quotas ora aprovada, bem como renunciam a qualquer direito de preferência que poderiam ter na aquisição das mesmas. (Grifei)*

Quando o recorrente as devolveu à Sociedade TETTO, e recebeu bens e direitos (liquidação de contrato de mútuo de R\$ 6.784.413,30), não houve qualquer ganho de capital para a pessoa jurídica que pudesse ser computado como resultado, pois a devolução das participações se deu pelo mesmo valor que já constava em contrato social (valor nominal), conforme se observa às fls. 30, comparada ao trecho transcrito acima:

*I. Consoante deliberação da Reunião de Sócios ocorrida em 08.08.06, cuja ata compõe o Anexo I ao presente Instrumento, neste ato reduz-se o capital social da Sociedade em R\$22.054.727,68 (vinte e dois milhões cinqüenta e quatro mil setecentos e vinte e sete reais e sessenta e oito centavos), mediante a transferência aos quotistas Fernando Salles Teixeira de Mello, Olímpio Uchoa Vianna, José de Vasconcellos e Silva e Eugênio Pacelli Marques de Almeida Holanda, a título de devolução de sua participação no capital social, nos termos do artigo 22 da Lei nº 9.249/95, de ativos representados por créditos da Sociedade contra esses mesmos quotistas, avaliados pelo seu valor de mercado conforme laudo de avaliação anexo à*

*ata da mencionada Reunião de Sócios, com o consequente resgate de 2.048 (duas mil e quarenta e oito) quotas no valor nominal de R\$ 10.768,91 (dez mil, setecentos e sessenta e oito reais e noventa e um centavos), representativas do capital da Sociedade, pelo preço de resgate total de R\$22.054.727,66 (vinte e dois milhões cinquenta e quatro mil setecentos e vinte e sete reais e sessenta e oito centavos), com a correspondente redução do capital social. (Grifei)*

Por seu turno, o recorrente afirma que os bens e direitos foram devolvidos a valor de mercado, conforme laudo. Entretanto, o laudo de avaliação é de 08/08/2006 (fls. 130), mesma data em que foi efetuado o empréstimo ao recorrente. Por lógica, se o laudo foi efetuado na data em que firmado o contrato de mútuo, o resultado do laudo só poderia coincidir com o valor constante nesse contrato. Ocorre que, a devolução das participações societárias se deu três meses depois desse laudo. Além disso, ele apresenta algumas peculiaridades, pois antes da assinatura do contrato de mútuo (08/08/2017), o laudo já avaliava o crédito da empresa contra o recorrente no mesmo valor desse contrato, em 07/08/2017 (fls. 131), ou seja, o crédito foi avaliado antes de sua existência:

*3. Após examinarmos os contratos de direitos de crédito, suas cláusulas e condições, bem como os livros contábeis da Sociedade, concluímos que os ativos a serem devolvidos aos seus quotistas montam, em 7 de agosto de 2006, a R\$22.054.727,68 (vinte e dois milhões cinquenta e quatro mil setecentos e vinte e sete reais e sessenta e oito centavos), sendo:*

*[...]*

*3.2. Ativos a serem devolvidos ao quotista Olímpio Uchôa Vianna em devolução de sua participação no capital social, avaliados pelo seu valor de mercado em R\$6.784.413,30 (seis milhões setecentos e oitenta e quatro mil quatrocentos e treze reais e trinta centavos), representados por créditos do mesmo valor detidos pela Sociedade contra o próprio quotista; (Grifei).*

Acrescente-se que no laudo é informado apenas o valor do ativo da empresa, e menciona que os livros contábeis estão organizados e de forma ordenada (fls. 131):

*2. Na sede da Sociedade nos foram apresentados para exame os seus livros e documentos contábeis.*

*2.1. Verificamos que os critérios contábeis adotados para registro dos créditos da Sociedade observaram os requisitos legais e os princípios de contabilidade geralmente aceitos, e que a documentação da Sociedade, como diários e demais livros auxiliares, inclusive toda a escrituração fiscal, está organizada e mantida de forma ordenada.*

*2.2. Nosso exame indicou não serem necessários ajustes aos registros contábeis dos créditos da Sociedade.*

Além dessas peculiaridades, falta ao laudo elementos que suportem a avaliação, muito menos é mencionado o critério de avaliação utilizado, ou qualquer outro aspecto que se aproxime do que está disposto no inciso I, alínea "b", do art. 183, e seu § 1º,

alínea "d" da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, modificada pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007:

*Critérios de Avaliação do Ativo*

*Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios:*

*I - as aplicações em instrumentos financeiros, inclusive derivativos, e em direitos e títulos de créditos, classificados no ativo circulante ou no realizável a longo prazo:(Redação dada pela Lei nº 11.638,de 2007)*

*[...]*

*b) pelo valor de custo de aquisição ou valor de emissão, atualizado conforme disposições legais ou contratuais, ajustado ao valor provável de realização, quando este for inferior, no caso das demais aplicações e os direitos e títulos de crédito;(Incluída pela Lei nº 11.638,de 2007)*

*[...]*

*§ 1º Para efeitos do disposto neste artigo, considera-se valor justo:(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*[...]*

*d) dos instrumentos financeiros, o valor que pode se obter em um mercado ativo, decorrente de transação não compulsória realizada entre partes independentes; e, na ausência de um mercado ativo para um determinado instrumento financeiro:(Incluída pela Lei nº 11.638,de 2007)*

*1) o valor que se pode obter em um mercado ativo com a negociação de outro instrumento financeiro de natureza, prazo e risco similares;(Incluído pela Lei nº 11.638,de 2007)*

*2) o valor presente líquido dos fluxos de caixa futuros para instrumentos financeiros de natureza, prazo e risco similares; ou(Incluído pela Lei nº 11.638,de 2007)*

*3) o valor obtido por meio de modelos matemático-estatísticos de precificação de instrumentos financeiros.(Incluído pela Lei nº 11.638,de 2007) (Grifei)*

A Lei nº 6.404/76 também estabelece algumas formalidades que o laudo de avaliação de bens deve apresentar:

*Avaliação*

*Art. 8º A avaliação dos bens será feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembleia-geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número.*

*§ 1º Os peritos ou a empresa avaliadora deverão apresentar laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados, e estarão presentes à assembléia que conhecer do laudo, a fim de prestarem as informações que lhes forem solicitadas. (Grifei)*

O Decreto nº 3.000/99 ao dispor sobre laudo de reavaliação também remete às formalidades do laudo nos termos do art. 8º da Lei nº 6.404, de 1976:

*Decreto nº 3.000/99*

*Art.434.A contrapartida do aumento de valor de bens do ativo permanente, em virtude de nova avaliação baseada em laudo nos termos do art. 8º da Lei nº 6.404, de 1976, não será computada no lucro real enquanto mantida em conta de reserva de reavaliação (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 35, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso VI).*

Cabe ainda mencionar que o § 4º do art. 60 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e os §§ 1º, 2º e 3º do art. 465 do Decreto nº 3.000/99 tratam do valor de mercado da seguinte forma:

*Decreto-lei nº 1.598/77*

*Art. 60 - [...]*

*§ 4º - Valor de mercado é a importância em dinheiro que o vendedor pode obter mediante negociação do bem no mercado. (Grifei).*

*Decreto nº 3.000/99*

*Art.465.[...]*

*§1º Valor de mercado é a importância em dinheiro que o vendedor pode obter mediante negociação do bem no mercado (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, §4º).*

*§2º O valor do bem negociado freqüentemente no mercado, ou em bolsa, é o preço das vendas efetuadas em condições normais de mercado, que tenham por objeto bens em quantidade e em qualidade semelhantes (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, §5º).*

*§3º O valor dos bens para os quais não haja mercado ativo poderá ser determinado com base em negociações anteriores e recentes do mesmo bem, ou em negociações contemporâneas de bens semelhantes, entre pessoas não compelidas a comprar ou vender e que tenham conhecimento das circunstâncias que influam de modo relevante na determinação do preço (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, §6º). (Grifei).*

Como se percebe a determinação do valor de mercado de bens ou direitos, segue alguns critérios, a depender da característica de cada um. Além disso, é importante ressaltar que antes de dispor sobre o valor de mercado em seus parágrafos, o art. 465 trata de

definir o que seriam pessoas ligadas, em uma perfeita sinergia, ao deixar claro que o valor de mercado deve ser determinado de acordo a negociação do bem no mercado, e não entre pessoas ligadas, cujos interesses outros poderiam desvirtuar esse valor.

Ocorre que, no caso, o "crédito a receber" que estaria registrado no ativo da TETTO (em função do contrato de mútuo) foi entregue ao recorrente, em contrapartida da devolução de suas participações societárias, sendo que esse crédito era uma obrigação a pagar do próprio recorrente para com a TETTO. Em realidade, a TETTO desembolsou em favor do recorrente R\$ 6.784.413,30 (por meio do contrato de mútuo), tendo este desembolsado R\$ 630,00 na compra das participações societárias, cuja devolução ensejou a liquidação daquele contrato de mútuo.

Assim, entendo correto o julgamento de primeira instância no sentido de que a avaliação se deu a preço contábil, pois o recorrente não trouxe aos autos provas suficientes para suportar sua alegação de que a avaliação se deu a preço de mercado. Com a observação de que os direitos foram devolvidos ao mesmo valor constante no contrato de mútuo firmado entre o recorrente e a TETTO; e, apesar de constar nesse contrato de mútuo a incidência de juros mensal de 1% (um por cento), a dívida do recorrente com a TETTO foi liquidada pelo valor original do contrato, sem menção a qualquer pagamento de juros.

Ressalto que, pelo § 3º do art. 22 da Lei nº 9.249/95, o recorrente teria que declarar os bens e direitos recebidos da pessoa jurídica em devolução de sua participação societária, a valor de mercado ou contábil, conforme avaliado por aquela. Entretanto, conforme se vê na DIRPF do recorrente (fls. 11), ele não declarou os bens recebidos pelo valor contábil (ou conforme diz o recorrente, pelo valor de mercado), apenas descreveu as participações adquiridas de Eugênio pelo valor pago a este, assim como, não consta qualquer informação sobre a dívida contraída com a Sociedade TETTO (fls. 12).

**DÍVIDAS E ÔNUS REAIS**

NADA DECLARADO

De acordo com o § 3º do art. 22 da Lei nº 9.249/95, em um primeiro momento tem-se o valor da participação declarada na DIRPF da pessoa física. Quando esta recebe em devolução bens e direitos, estes são registrados em sua DIRPF pelo mesmo valor que foi avaliado pela pessoa jurídica (a valor de mercado ou contábil), ocasião em que a participação é baixada da DIRPF da pessoa física.

Pois bem, na hipótese de uma participação societária ter sido adquirida de terceiros por uma pessoa física a R\$ 600,00, esse é o efetivo custo daquela para a pessoa física, pois foi esse o valor que esta desembolsou, independente de a pessoa jurídica ter registrado em sua contabilidade essa participação por R\$ 6.000.000,00.

Caso a pessoa jurídica devolvesse bens no valor R\$ 6.000.000,00 em troca da participação da pessoa física, como esse fato seria registrado DIRPF desta? Os bens recebidos seriam informados em DIRPF por R\$ 6.000.000,00, e a participação seria baixada de sua DIRPF pelo valor de R\$ 600,00.

E como a pessoa jurídica registraria essa operação? Ela daria baixa nos bens devolvidos no valor de R\$ 6.000.000,00, e registraria a participação em tesouraria (por exemplo) também no valor de R\$ 6.000.000,00. Qual o ganho de capital da Pessoa Jurídica? Nenhum.

Nessa operação, houve ganho de capital para a pessoa física, porque adquiriu um bem por R\$ 600,00 e recebeu em troca dele direitos no valor de R\$ 6.000.000,00. Para se

concluir que ocorreu ganho de capital, aplicou-se o conceito de custo de aquisição do art. 16 da Lei nº 7.713/88.

O recorrente invoca em sua defesa o art. 22 da Lei nº 9.249/95. Contudo, esse dispositivo veio para evitar que a entrega de bens a sócios em devolução de capital, a valor inferior ao de mercado, fosse considerada distribuição disfarçada de lucros, nos termos do art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598/77:

*Art 60 - Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica: (Vigência)*

*I - aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;*

*II - adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;*

*III - perde, em decorrência do não exercício de direito à aquisição de bem e em benefício de pessoa ligada, sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição;*

*IV - a parte das variações monetárias ativas (art.18) que exceder as variações monetárias passivas (art. 18, parágrafo único). (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.064, de 1983)*

*V - empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros;*

*VI - paga a pessoa ligada alugueis, royalties ou assistência técnica em montante que excede notoriamente do valor de mercado.*

*VII - realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.065, de 1983)*

Por isso que, nos casos de devolução de bens, em que há diferença positiva entre o valor de mercado e contábil, a Lei atribui que a tributação seja na pessoa jurídica: Portanto, o art. 22 da Lei nº 9.249/95 teve uma finalidade.

Pois bem, diante dessa informação, pensemos na hipótese em que o próprio Sr. Eugênio recebesse bens da empresa, pela devolução de suas participações societárias. É certo que, pelo citado art. 22 não haveria ganho de capital, pois os bens seriam devolvidos a valor contábil, pelo mesmo valor das participações societárias declaradas na DIRPF (isso seria o esperado, porque o valor nominal que constaria nas alterações contratuais corresponderia ao mesmo valor do bem devolvido). Do contrário, se esses bens fossem devolvidos a valor de mercado, a diferença positiva entre este e aquele, seria ganho de capital, cuja responsabilidade pelo recolhimento do imposto seria da pessoa jurídica. Esse é o sentido da norma, a pessoa jurídica avaliou a valor de mercado, criando o ganho de capital, tornando-se responsável pela tributação.

Ocorre que, no caso dos autos, a diferença positiva entre o custo de aquisição das participações societárias e o valor dos bens recebidos em função da devolução destas, não foi criada pela pessoa jurídica, entre um negócio dela com o Sr. Eugênio; mas pelos Srs. Eugênio e Olímpio, que estipularam um negócio em que foram vendidas participações societárias a um valor abaixo do valor nominal.

A meu ver, mesmo que os bens tivessem sido entregues a valor de mercado, persistiria a questão do custo de aquisição para determinação do ganho de capital do Sr. Olímpio, pois conforme § 4º do citado art. 22, a responsabilidade do imposto sobre o ganho de capital só será da pessoa jurídica, quando ocorrer diferença positiva entre o valor de mercado e o valor contábil dos bens. No caso dos autos essa diferença se processaria entre o valor de mercado e o valor de aquisição do bem. Portanto, aplicando o citado parágrafo, a pessoa jurídica seria responsável pelo recolhimento do imposto sobre a diferença positiva entre o valor de mercado e o valor contábil, e a pessoa física entre o valor de contábil e o efetivo preço de aquisição das participações societárias.

Portanto, vejo que agiu corretamente a fiscalização, porque não resta qualquer dúvida que o recorrente teve um ganho de capital na devolução dessas participações, e um acréscimo patrimonial, nos termos do §1º do art. 3º da Lei nº 7.713/88.

O recorrente colaciona jurisprudência sobre a prevalência do valor de mercado, nos casos em que há coincidência entre este e o valor contábil (Acórdão nº 106-15.131). Ocorre que tal jurisprudência não se aplica aos autos; primeiro, porque o recorrente não comprovou que os bens estavam avaliados a valor de mercado; segundo, porque a responsabilidade do recolhimento do imposto só será sobre a diferença positiva que se firmar entre o valor de mercado e o valor contábil, se a pessoa jurídica avaliar a valor de mercado. Ocorre que, como vimos, a diferença se processou entre o valor contábil (ou de mercado como pensa a recorrente) e o valor de aquisição das participações societárias.

Nesse sentido, ousou discordar dos argumentos do acórdão colacionado pelo recorrente, para sustentar sua tese de prevalência do valor de mercado. Ora, a atribuição à pessoa jurídica pela responsabilidade do recolhimento do imposto sobre a diferença entre o valor de mercado e o contábil, quando os bens ou direitos são devolvidos a valor de mercado, é coerente, porque houve um ganho de capital foi criado na empresa, então o imposto recairia sobre ela, e não sobre a pessoa física. Agora, se há coincidência entre valor contábil e valor de mercado, nenhum ganho de capital foi criado nela, aplicando-se a regra geral do ganho de capital, e o imposto incide nos termos do *caput* e § 1º do art. 3º da Lei nº 7.713/88, ou seja, tributa-se aquele que obteve o acréscimo patrimonial.

É certo que a Administração Pública pauta-se por vários princípios, expressos no art. 2º da Lei nº 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999, conforme citado no acórdão colacionado. Quanto a isso, em uma primeira análise, poder-se-ia dizer que pelo princípio da razoabilidade, ampla defesa e contraditório, não se poderia invocar regra geral do ganho de capital, por ser mais gravosa ao contribuinte. Entretanto, especificamente no caso dos autos, a regra geral se aplica, porque foge à finalidade do art. 22 da Lei nº 9.249/95, qual seja, tributar o ganho de capital criado na pessoa jurídica, evitando que a operação seja caracterizada como distribuição disfarçada de lucro.

O recorrente afirma que os fatos não estão enquadrados no art. 61 da IN SRF nº 11/96. Entretanto, a concomitância desse dispositivo com o §1º do art. 3º da Lei nº 7.713/88, faz-me entender de forma diversa, pois as participações foram adquiridas de um terceiro por valor inferior ao patrimonial (contábil/nominal), e foram alienadas pelo valor patrimonial, que,

por coincidência, era o valor de mercado (pelo menos de acordo com um laudo que não atende às formalidades do art. 8º da Lei nº 6.404/76).

Nesse aspecto, pelo princípio da razoabilidade, do interesse público, e da proporcionalidade, a tributação sobre o ganho de capital é daquele que teve acréscimo patrimonial, nos termos do § 1º do art. 3º da Lei nº 7.713/88. Então, seria razoável, proporcional e legal, que diante da existência de um ganho de capital tributável ninguém pagasse imposto sobre ele?

Os argumentos do recorrente desejam uma resposta positiva a esse questionamento, porque se alegar que a avaliação se deu a valor de mercado, a responsabilidade pelo imposto é da pessoa jurídica; entretanto, esta nada pagaria porque não houve ganho de capital para ela, uma vez que o valor de mercado coincidiu com o valor contábil dos bens devolvidos. De seu lado, o recorrente também nada pagaria, pois a avaliação se daria a valor de mercado. Ou seja, ninguém pagaria tributo sobre o ganho de capital auferido pelo recorrente.

Ocorre que, a intenção do art. §§ 1º e 4º do art. 22 da Lei nº 9.249/95, conforme visto neste voto, não foi eximir ambas as pessoas do pagamento do imposto, mas atribuir a um ou a outro esse pagamento. Assim, a Lei atribuiu à pessoa jurídica a responsabilidade pelo pagamento do imposto (§ 1º), retirando-a da pessoa física (§ 4º). Ou seja, a intenção da lei, não foi deixar o Fisco sem a tributação, como quer o recorrente, mas evitar que ambas as pessoas acabem pagando o mesmo imposto.

Por essa mesma razão, não se sustenta a alegação do recorrente de que ao caso se aplica o inciso XLVI do art. 39 do Decreto nº 3.000/99, em que no cômputo do rendimento bruto não entra "*a diferença a maior entre o valor de mercado de bens e direitos recebidos em devolução do capital social e o valor destes*" (bens e direitos); porque parte de uma leitura isolada do dispositivo, que deve guardar consonância com todos os dispositivos legais sobre ganho de capital discutidos ao longo deste voto.

Por todo o exposto, entendo que a fiscalização agiu corretamente, ao considerar como ganho de capital a diferença entre o valor efetivamente pago pelo recorrente pelas participações societárias adquiridas do Sr. Eugênio, e o valor recebido em bens e direitos da Sociedade TETTO, em forma de contrato de mútuo, cuja devolução das participações societárias do recorrente no capital social, provocou a liquidação da dívida assumida por meio desse contrato. Assim, não vejo razão para reforma do acórdão recorrido.

### ***Da multa de ofício***

O recorrente assevera que a multa aplicada é desproporcional à gravidade da conduta do recorrente, e possui cunho confiscatório.

Ocorre que, a multa foi aplicada por exigência do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e a este Conselho não é dado se pronunciar sobre ilegalidade e inconstitucionalidade de Lei em plena vigência, ou deixar de aplicá-la, nos termos do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 e Súmula CARF nº 2:

*Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar*

*de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*

*Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

### **Conclusão**

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso para, rejeitar a preliminar, e no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Rosy Adriane da Silva Dias