



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	13136.730435/2021-21
ACÓRDÃO	2102-003.992 – 2ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	4 de novembro de 2025
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	FLAVIO CIOGLIA DIAS GONTIJO FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2009, 2010

RECURSO DE OFÍCIO. NÃO CONHECIMENTO. LIMITE DE ALÇADA VIGENTE NA DATA DO JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. SÚMULA CARF Nº 103.

A verificação do limite de alçada do Recurso de Ofício também se dá quando da apreciação do recurso pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em Preliminar de Admissibilidade, para fins de seu conhecimento, aplicando-se o limite de alçada então vigente. É o que dispõe Súmula CARF nº 103: "Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplicase o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância".

IRPF. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE AÇÕES NÃO NEGOCIADAS EM BOLSA. COMPRAS E VENDAS ENVOLVENDO AÇÕES EM TESOURARIA. DESCONSIDERAÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO. ÔNUS DA PROVA. SIMULAÇÃO. INOBSEERVÂNCIA.

Compete à fiscalização comprovar a ocorrência do fato gerador e a higidez dos critérios de apuração do ganho de capital, não bastando meros indícios para infirmar documentação bancária e societária idônea apresentada pelo contribuinte. Aquisições de ações em tesouraria podem ter legítima finalidade de capitalização, com ingresso de recursos na própria companhia e reforço de patrimônio líquido, nos termos da legislação societária; o "spread" da recompra e posterior alienação não desnatura a operação quando há propósito negocial demonstrado (viabilização de aportes em FII para empreendimento específico).

PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

A realização de diligência ou perícia só deve ser deferida quando vise a apurar fato controverso e relevante para o julgamento do processo, observados os requisitos formais requeridos pela legislação tributária.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA — AUSÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO — DESQUALIFICAÇÃO PARA 75%.

Não comprovada a prática de ato doloso, fraudulento ou simulado com o intuito de suprimir ou reduzir tributo, afasta-se a multa qualificada de 150%, aplicando-se a penalidade de 75% prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário para: (i) reconhecer o montante de R\$ 20.697.013,41, pago na recompra das ações em tesouraria, como custo de aquisição das ações da BTS1, a ser utilizado de forma proporcional para recalcular os ganhos de capital incidentes sobre as participações societárias alienadas; e (ii) desqualificar a multa de ofício, reduzindo a penalidade ao patamar básico de 75%, nas operações com ações das companhias BTS1 e BTS2. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso de ofício.

4 de novembro de 2025.

Assinado Digitalmente

Carlos Eduardo Fagundes de Paula – Relator

Assinado Digitalmente

Cleberson Alex Friess – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Jose Marcio Bittes, Carlos Eduardo Fagundes de Paula, Carlos Marne Dias Alves, Yendis Rodrigues Costa, Vanessa Kaeda Bulara de Andrade, Cleberson Alex Friess (Presidente)

RELATÓRIO

Tratam-se de recurso de ofício e voluntário interpostos pela PGFN e pelo contribuinte Flavio Cioglia Dias Gontijo, respectivamente, contra acórdão nº 101-028.515, proferido pela DRJ (fls. 5417-5448) que julgou parcialmente procedente a impugnação

apresentada, cancelando parcialmente a apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações, nos valores de R\$ 4.363.307,57 (12/2017), R\$ 707.994,43 (12/2018) e R\$ 828.604,94 (02/2019), e reduziu a multa de ofício qualificada de 150% para 100%.

Assim, a procedência parcial ensejou a exoneração no importe de R\$ 5.899.906,94 (cinco milhões, oitocentos e noventa e nove mil, novecentos e seis reais e noventa e quatro centavos), somado ao equivalente a 100% a título de multa qualificada.

No relatório do acórdão nº 101-028.515 (6^a Turma/DRJ01), a autoridade julgadora reconstrói a gênese societária e a linha do tempo das operações que levaram ao lançamento. Sendo assim, por bem relatar os fatos, com amparo no artigo 114,§12, I, do RICARF tomo-o de empréstimo:

GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS

OMISSÃO /APURAÇÃO INCORRETA DE GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES/QUOTAS NÃO NEGOCIADAS EM BOLSA DE VALORES

Omissão/apuração incorreta de ganho de capital auferidos na alienação de ações ou quotas não negociadas em bolsa de valores, conforme relatório fiscal em anexo. O enquadramento legal do lançamento encontra-se nos autos.

DO PROCEDIMENTO FISCAL

O procedimento fiscal foi instaurado para apurar a omissão de ganho de capital na alienação de ações não negociadas em bolsa de valores.

O contribuinte é sócio das empresas BII BTS Contagem 1 (BTS1) Participações S/A e da BII BTS Contagem 2 (BTS2), sendo que as duas companhias têm o mesmo endereço, a mesma natureza jurídica e o mesmo objeto social, que é a participação em outras sociedades.

Afirma a fiscalização que o sujeito passivo alienou as ações das duas companhias e apurou o ganho de capital com um custo de aquisição superior ao que consta nas Atas de Constituição e alteração das companhias.

O contribuinte foi intimado em diversas oportunidades a apresentar os esclarecimentos e documentos necessários.

Não foram apresentadas as atas de assembleias, registradas na Junta Comercial, nas quais teriam decidido pela aquisição de ações para manutenção em tesouraria. Também não comprovou o registro na Junta Comercial das atas de assembleias com as alterações da participação social em função das negociações das ações.

A alegação foi que as assembleias não foram realizadas por não serem obrigatórias.

A fiscalização também registra que as sociedades empresárias foram constituídas com capitais irrisórios, bem como é ínfima a participação de um dos sócios.

Esse fato é um indício de que um dos sócios figura somente nas sociedades para viabilizar a sua constituição como sociedade anônima (companhia), na qual o lucro na venda de ações em tesouraria não é computado na determinação do lucro, fato que não ocorre em uma empresa com outra natureza jurídica.

Afirma a fiscalização que a negociação não poderia ter sido realizada com ações do acionista controlador e nem permanecido em tesouraria pelo período de dez/2015 a dez/2017 (vinte e quatro meses), conforme previsto na Instrução CVM nº 567/2015 e art. 116 da Lei nº 6.404/76.

A sociedade empresária BTS1 permaneceu por 02 (dois) anos sendo constituída apenas pelo sócio minoritário, já que teoricamente as ações do acionista majoritário estavam em tesouraria.

A mesma situação ocorreu na empresa BTS2, já que o segundo sócio, Flávio Nogueira Pinto, também alienou suas 1.000.000 ações ordinárias para a própria sociedade em 01/12/2015.

O fiscalizado informa que a negociação das ações do Fundo Imobiliário Votorantim de forma indireta, por meio de venda de ações das empresas BTS1 e BTS2 ocorreu para viabilizar a participação dos investidores interessados no empreendimento (Galpão dos Correios), devendo ser atendidas duas condições (investimentos superiores a R\$ 10.000.000,00 e intermediação do investimento por integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários).

Entretanto, a fiscalização constatou que as duas condições não foram observadas e concluiu pelo evidente intuito de o contribuinte eximir-se da tributação do ganho de capital na venda das ações das empresas, aproveitando-se do art. 442, IV do RIR/99, que dispõe ser o lucro na venda de ações em tesouraria não computável na determinação do lucro real.

Essa isenção não tem a finalidade de viabilizar a compra e venda de participações societárias acobertadas por negociações fraudulentas de ações em tesouraria. Não restou demonstrada a necessidade ou a intenção de aquisição das ações para manutenção em tesouraria, sendo negociadas para apurar um ganho de capital ilícito para o acionista majoritário.

A fiscalização concluiu pela ocorrência de simulação na venda das ações em tesouraria, promovendo a venda de ações de valor irrisório e sua transformação em ações de alto valor, sem a devida tributação.

Na apuração do ganho de capital nas alienações das ações da BTS1, em todas as alienações feitas pelo contribuinte foi considerado como custo de aquisição o valor integralizado na companhia (R\$ 0,01 por grupo de 10.000 ações).

Na apuração do ganho de capital nas alienações das ações da BTS2, o custo também foi considerado R\$ 0,01 por grupo de 10.000 ações.

A Autoridade Fiscal fez alguns esclarecimentos sobre as alienações das ações da BTS1 e BTS2.

Ainda foi aplicada a multa qualificada, por entender a fiscalização que o procedimento adotado pelo contribuinte configura indícios de sonegação.

Foi formalizada a Representação Fiscal para Fins Penais.

DA IMPUGNAÇÃO

O contribuinte foi cientificado em 01/07/2022 (fl. 1.980) e, em 01/08/2022, apresentou a impugnação (fls. 1.985-2.031), alegando, resumidamente, o que se segue:

1. Faz um relato dos fatos;
2. Apresenta o histórico da negociação objeto do auto de infração;

DA IMPUTAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL

3. Embora não haja qualquer indicação no Termo de Verificação Fiscal no sentido de desconstituir a personalidade jurídica das Companhias BTS1 e BTS2 e, tampouco, a demonstração de qual teria sido o ganho auferido nas vendas de ações em tesouraria realizadas pelas companhias, está se exigindo o imposto de renda devido pelas pessoas jurídicas na forma de IRPF;

4. Exigir o imposto devido pelas pessoas jurídicas, sem qualquer indicação dos motivos pelos quais estaria ocorrendo a desconsideração da personalidade jurídica, causa a nulidade do auto de infração;

5. A autuação fiscal se fundamenta na ocorrência de operação simulada, com base em indícios e presunções, não demonstrando a desconsideração da personalidade jurídica das pessoas jurídicas, devendo o auto de infração ser nulo;

6. A fiscalização desconsidera a destinação dos recursos obtidos pelas companhias com as vendas de ações em tesouraria, ou seja, a subscrição e integralização de ações no fundo imobiliário responsável pela construção do galpão logístico para locação aos Correios, os quais foram distribuídas aos seus acionistas proporcionalmente;

7. A destinação dos recursos para aquisição de ativos pelas companhias evidencia a convergência entre os atos praticados pelas companhias e seus atos e a obtenção de recursos necessários para a realização de investimento no fundo imobiliário, responsável pela construção do galpão logístico;

8. As aquisições das ações em tesouraria beneficiaram as companhias, permitindo a subscrição e integralização das cotas do fundo imobiliário;

9. As companhias passaram a ser cotistas do fundo imobiliário, para que, após a conclusão das obras e extinção das companhias, essas cotas fossem transferidas para as pessoas físicas, conforme pactuado entre os investidores;

10. A não tributação do ganho de capital na venda de ações em tesouraria exige tão somente que esses valores sejam registrados na conta de reserva de capital, sem restrição às sociedades de capital aberto ou fechado, valendo o dispositivo do art. 38, IV do Decreto-lei nº 1.598/77 para ambos tipos societários;

11. Os recursos obtidos pelas companhias não foram dirigidos para si e, por isso, a exigência do imposto de renda da pessoa física sobre a venda de ações em tesouraria contraria o regime de caixa;

12. Ficou demonstrado a licitude das operações e que não foi beneficiado pela venda das ações em tesouraria pela companhia a terceiros. Está exigindo-se tributo devido pelas pessoas jurídicas, sem nenhuma desconsideração da personalidade jurídica. Desta forma, a exigência fiscal deve ser anulada ou cancelada;

DOS INDÍCIOS DA SIMULAÇÃO

13. Em relação aos indícios de simulação pelo fato da não apresentação das atas de assembleia, deliberando a aquisição das ações para manutenção da tesouraria, alega que a legislação não atribui à assembleia geral a competência para aprovar tais aquisições e alienações de ações em tesouraria;

14. O art. 21 dos Estatutos Sociais das companhias atribuía à administração a competência para a aquisição e alienação das ações de emissão das próprias companhias, sem a necessidade de prévia aprovação da assembleia geral;

15. Quanto alegação de ausência de registro de atas de assembleia comprovando a transferência das ações para a tesouraria, informa que a lei das S/A prevê que a transferência das ações nominativas se opera por termo lavrado no livro de transferência de ações nominativas;

16. Não há nenhuma obrigatoriedade de deliberação em assembleia para a transferência de ações, mesmo as adquiridas pela própria companhia;

17. No tocante ao descumprimento de requisitos legais para obtenção do benefício de isenção de imposto de renda na venda de ações em tesouraria, informa que a transferência das ações para a tesouraria das companhias teve por objetivo a captação de recursos por meio da alienação de ações pela própria companhia;

18. Quanto à alegação de que se valeu de um benefício aplicável às sociedades anônimas de capital aberto e fechado, sem cumprir os requisitos da legislação aplicáveis às sociedades anônimas de capital aberto;

19. A possibilidade de aquisição de ações de emissão da Companhia para manutenção em tesouraria está disciplinada no art. 30 da Lei das S/A;

20. Não há nenhuma referência à aplicação dos artigos apenas para as sociedades anônimas de capital aberto;

21. O § 1º do art. 30 da Lei das Sociedades Anônimas, alíneas “b” e “c” se aplicam para a sociedade anônima de capital aberto e fechado e o § 2º se aplica apenas para sociedades anônimas de capital aberto;

22. As disposições do art. 442 do RIR/99, que estipula a não inclusão dos ganhos com a venda de ações em tesouraria na base de cálculo do IRPJ e da CSLL seria aplicável a todas as companhias (aberto e fechado);

23. Não há razão para exigir que uma companhia de capital fechado atenda aos requisitos para aquisição e alienação de ações em tesouraria constantes na Instrução CVM nº 567/15, que só se aplicam às sociedades anônimas de capital aberto;

24. Em relação à alegação de que os investidores das companhias adquiriram ações em valores inferiores a R\$ 10.000.000,00, alega que os cotistas do fundo imobiliário eram as companhias BTS1 e BTS2, sendo que cada uma realizou investimentos que excederam o montante de R\$ 10.000.000,00;

25. As companhias cumpriram o requisito de investidor profissional, uma vez que possuíam valores superiores a R\$ 10.000.000,00, constituíram o fundo imobiliário e realizaram a oferta pública e, conforme Instrução CVM 476/09, transferiram cotas do Fundo Imobiliário para os seus acionistas;

26. No que diz respeito à ausência de intermédio da operação por integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários, as companhias não precisam ser integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários para participar de uma oferta pública, conforme Instrução CVM nº 476/09, mas a operação deve ser intermediada por uma das instituições descritas no art. 15 da Lei nº 6385/76;

27. As companhias BTS1 e BTS2 foram intermediadas pelo Votorantim Asset (Administrador) para a formação do fundo imobiliário, conforme constante dos boletins de subscrição das cotas no fundo imobiliário;

28. Quanto à alegação de que foi beneficiado na venda das ações em tesouraria, tendo em vista que as companhias teriam vendido ações com um preço inferior ao vendido para a Srª Magda, ressalta que foi a Companhia que realizou a venda, uma vez que os recursos das vendas das ações foram direcionados para a companhia;

29. O valor de venda das ações negociadas variou conforme a classe das cotas negociadas, a fase de construção do galpão, para investidores de diversos perfis e sob condições diferentes e específicas, ou seja, por razões negociais;

DO CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES

30. O custo de aquisição considerado foi os valores integralizados nos respectivos capitais sociais;

31. Mas foram realizados aportes na BTS1 que compuseram o custo de aquisição das ações, por meio de duas aquisições de ações em tesouraria, as quais foram pagas mediante transferência bancária;

32. No custo de aquisição das 23.000.000 de ações da BTS2 também não foi considerado o acordo judicial celebrado na ação movida por Marcelo Cláudio de Salles no empreendimento executado pelo Fundo Imobiliário;

33. No ano de 2017 foi pago o valor de R\$ 1.250.000,00 e R\$ 1.000.000,00 e no ano de 2018 foi pago R\$ 580.000,00;

34. É indevido o lançamento tributário que desconsidera os custos com a aquisição das ações da companhia, devendo ser cancelada a exigência fiscal;

35. A eventual reapuração dos ganhos de capital deverá considerar o custo de aquisição formado pelas transações mencionadas, bem como pelos tributos pagos;

DA APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

36. Não foi comprovada a sonegação fiscal alegada pela fiscalização;

37. Não ficou demonstrada a realização de atos praticados de forma dolosa, com a finalidade de ocultar a ocorrência do fato gerador;

38. O tipo exige a prova do ato doloso e não apenas imputação baseada em indícios e presunções;

39. Não há nos tipos previstos nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64 qualquer menção a prática de atos simulados;

40. A simulação não constitui crime contra a ordem tributária como a sonegação fiscal, mas um ilícito previsto no art. 167, § 1º do Código Civil;

41. A simulação não enseja multa agravada, mas tão somente a multa de ofício de 75%, decorrente do não pagamento do tributo;

42. Faz menção à jurisprudência do CARF e a Súmula nº 14 do CARF;

43. Menciona do art. 112 do CTN, que está relacionado ao princípio da interpretação mais benéfica ao infrator da lei;

44. Requer a exclusão da multa de ofício qualificada;

DOS PEDIDOS

45. Ao final requer:

46. A anulação do auto de infração, visto a falta de motivação para exigir da pessoa física valores de tributos devidos pelas companhias;

47. O cancelamento do auto de infração, haja vista que (a) não beneficiou-se das vendas de ações em tesouraria, já que os valores das vendas foram destinadas ao fundo imobiliário; (b) que realizou o pagamento pela compra das ações em tesouraria, motivo pelo qual tais pagamentos não podem ser desconsiderados no custo de aquisição;

48. Afastamento da multa de ofício qualificada, devido a ausência de comprovação da sonegação;

49. Caso os documentos e fatos expostos não sejam suficientes, requer a diligência/perícia para que os quesitos anexos sejam respondidos;

50. Indica o assistente técnico Pedro Ivo Araújo Lopes, contador, registrado no CRC/MG sob o nº 095078/O. Em 14/06/2023, a 3^a Turma/DRJ01 decidiu converter o julgamento em diligência (Resolução nº 101-000.452 – 3^a Turma/DRJ01) para esclarecimentos e providências enumeradas na Resolução (fls. 5.207-5.225). Em 29/06/2023 foi apresentada a informação fiscal (fls. 5.226-5.229), as DIRPF (fls. 5.230-5.365). Devidamente intimado da diligência, o sujeito passivo apresentou sua manifestação (fls. 5.400-5.412), alegando, em resumo, o seguinte:

51. Faz um relato dos fatos;

52. A fiscalização não contesta a falta de prova de que se beneficiou da venda das ações em tesouraria realizada pelas companhias a terceiros;

53. Não há a indicação objetiva de nenhum ato realizado ou valor recebido em relação a essas operações;

54. A fiscalização limitou-se a afirmar, de forma inovadora, que teria ocorrido um aumento injustificado do seu patrimônio no ano de 2017 e que esse aumento seria a prova de uma simulação que justificaria a cobrança do imposto de renda;

55. A evolução patrimonial de uma pessoa física de forma isolada, sem considerar a variação do valor das dívidas, não tem validade probatória ou jurídica;

56. Considerando o valor dos bens e direitos e das dívidas, nota-se que o acréscimo patrimonial obtido no período foi de R\$ 2.624.385,70, o qual originam-se de rendimentos auferidos no período de R\$ 3.100.944,30;

57. O caso julgado pelo CARF não se assemelha ao presente caso, visto que o fisco comprovou qual seria a real operação pretendida pelas partes, ou seja, venda de ações seguida de permuta e os benefícios que teriam sido auferidos com as operações consideradas simuladas (falta de recolhimento dos tributos na operação de permuta e a geração de um ágio dedutível para a pessoa jurídica);

58. Ainda o acórdão indicado pelo fisco registra a ocorrência de uma sucessão de manobras societárias com a aquiescência das partes em conluio;

59. No caso dos autos, não houve a comprovação de prática de atos sucessivos realizados como forma de mascarar a real intenção das partes no negócio jurídico, que de fato foi a venda das ações em tesouraria;

60. Houve uma interpretação equivocada do fisco quanto ao sujeito ativo das operações de venda das ações em tesouraria;

61. Diferente do acórdão mencionado, no caso concreto não foi indicado de forma objetiva como teria se beneficiado da venda das ações em tesouraria pelas companhias a terceiros, especialmente se não auferiu qualquer ganho com as operações;

62. O resultado da diligência fiscal comprovou de forma clara que a exigência fiscal é nula ou indevida, visto que não houve recolhimento a menor de tributos nas vendas de ações em tesouraria realizadas pelas companhias a terceiros;

63. Apesar da determinação na diligência, a fiscalização não cumpriu o pedido determinado, limitando-se a afirmar de forma genérica que não haveria prova da realização dos pagamentos;

64. Os comprovantes das transferências bancárias já se encontravam devidamente juntados às fls. 4.367 e 4.368 dos autos, os quais demonstram o pagamento do valor de R\$ 17.646.848,65 (22/12/2017) e R\$ 3.050.164,76 (19/12/2018) pela recompra das ações da companhia BTS1;

65. Observa-se que os valores de alienação das ações da BTS1 foram muito inferiores ao custo de aquisição, no valor comprovado de R\$ 20.696.994,37 (R\$ 17.646.848,65 + R\$ 3.050.145,72), haja vista que o valor total relativo às vendas das ações da BTS1 foi de R\$ 15.185.059,63;

66. As vendas de ações em tesouraria da BTS1 ficaram registradas nas demonstrações contábeis das empresas BTS1 por meio do aumento do seu ativo e pela obtenção de ganhos na venda dessas ações;

67. Informou na DIRPF as aquisições dessas ações;

68. A fiscalização deveria elaborar os demonstrativos de ganho de capital nas referidas operações, considerando os comprovantes de transferência;

69. Ao final, reitera os termos da impugnação e solicita a anulação ou cancelamento do auto de infração.

É o relatório.

A DRJ, ao analisar os termos da impugnação, julgou parcialmente os pedidos formulados e, como dito inicialmente, cancelou parcialmente a apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações, nos valores de R\$ 4.363.307,57 (12/2017), R\$ 707.994,43 (12/2018) e R\$ 828.604,94 (02/2019), e reduziu a multa de ofício qualificada de 150% para 100%.

Irresignado, o recorrente interpôs recurso voluntário (fls 5453-5490).

O Recorrente pugna pela reforma parcial do acórdão apenas na parte que manteve a exigência de IRPF por suposto ganho de capital nas alienações próprias de ações, sustentando que o cerne é o custo de aquisição — que deve refletir os valores efetivamente pagos na recompra de ações em tesouraria (em especial R\$ 20.697.013,41 à BTS1, comprovados por TEDs às fls. 4367-4368) e não apenas o montante integralizado — sendo indevida a desconsideração com base em “simulação”.

Em preliminar, sustenta equívoco na liquidação/cumprimento do acórdão da DRJ e requer que o CARF determine à DRF a devida adequação para refletir o montante do crédito efetivamente exonerado, nos termos das planilhas da fl. 5447. Nessa linha, quantifica o principal exonerado em R\$ 5.899.908,94 (código 2904), correspondente à soma de R\$ 3.539.438,01 (BTS1) e R\$ 2.360.470,93 (BTS2), com a consequente desconstituição integral da multa de 150% vinculada a essa parcela (R\$ 8.849.863,41), além dos respectivos juros; e, quanto ao saldo eventualmente remanescente, pugna pela aplicação da redução para 100%.

No histórico do negócio jurídico, o recorrente reconstrói o arranjo societário e financeiro: a possibilidade legal de a S.A. adquirir ações próprias (art. 30, §1º, “b”, da LSA), as AGE que promoveram desdobramentos em 2015, a venda integral para tesouraria e, crucialmente, as recompras pelo próprio recorrente, por montante superior a R\$ 20 milhões, sem as quais ele não teria reconstituído a titularidade para, mais tarde, revender. Também descreve a etapa final do projeto: extinção das companhias em 2019, transferência das cotas e utilização dos recursos no FII para construção/locação, com geração de rendimentos a cotistas. Esse encadeamento é invocado para sustentar a substância econômica das operações, a afetação dos recursos ao empreendimento e a titularidade/atribuição correta de resultados.

Sustenta, pois, a licitude das operações com ações em tesouraria e que eventual ganho obtido nas vendas em tesouraria pertence às companhias (art. 30 da LSA; art. 442 do RIR/99; art. 38, IV, do DL 1.599/77), não ao Recorrente — ponto corretamente reconhecido pela DRJ —, de modo que a imputação de renda à pessoa física não se sustenta.

Em relação à penalidade, impugna a multa de ofício qualificada por ausência de prova cabal de dolo e, subsidiariamente, requer a aplicação da retroatividade benigna para redução do percentual a 100%.

Nos pedidos, além da correção de liquidação para refletir a exoneração indicada e a repercussão sobre multa/juros, o recorrente pleiteia o provimento para cancelar o crédito remanescente, reconhecendo-se o custo real nas operações de sua titularidade; subsidiariamente, que, ao menos, se aplique integralmente a redução da multa nos termos legais supervenientes.

É o relatório.”

VOTO

Conselheiro, Carlos Eduardo Fagundes de Paula – relator.

Do Recurso de Ofício

Do compulsor dos autos, verifica-se que assiste razão ao recorrente, quando dispõe sobre o montante da exoneração do crédito tributário e o limite atinente à interposição do recurso de ofício.

Ao que se vê do dispositivo do acórdão recorrido, operou-se uma exoneração de crédito tributário no importe de R\$ 5.899.906,94 (cinco milhões oitocentos e noventa e nove mil, novecentos e seis reais e noventa e quatro centavos), acrescido de multa de 100% e juros.

Importa salientar o que dispõe a Portaria MF n. 2, que alterou o valor limite para interposição de Recurso de Ofício para R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais). Nesse sentido, vejamos:

Portaria MF n. 2 de 17 de janeiro de 2023

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, substituto, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e tendo em vista o disposto no inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolve:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento de Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais). (...)

Art. 2º Fica revogada a Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017.

Desta feita, há que se considerar o limite de alçada vigente no momento da apreciação do respectivo Recurso de Ofício, conforme inteligência da Súmula CARF nº 103.

Assim, a decisão de primeira instância julgou parcialmente procedente a defesa do contribuinte, pelo que exonerou em parte crédito tributário constituído no montante inferior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), sendo R\$ 5.899.906,94 referente ao imposto e 100% do referido valor a título de multa qualificada, o que, sem incidência de juros, perfaz o valor de R\$ 11.799.813,88 (onze milhões, setecentos e noventa e nove mil, oitocentos e treze reais e oitenta e oito centavos).

Com efeito, o recurso de ofício interposto para julgamento, na presente data, após a vigência da Portaria MF n. 2 de 7 de janeiro de 2023, não ultrapassa o valor de alçada, não devendo com isso ser conhecido. Ainda, ao caso, aplica-se o disposto no artigo 27, V, da Lei 10.522/02, a saber:

Art. 27. Não cabe recurso de ofício das decisões prolatadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, em processos relativos a tributos administrados por esse órgão:(Redação dada pela Lei nº 12.788, de 2013)

(...)

V - nos casos de redução de penalidade por retroatividade benigna; e(Incluído pela Lei nº 12.788, de 2013)

(...)

Passa-se ao recurso voluntário.

- Do Recurso Voluntário

Pressupostos de Admissibilidade

O presente recurso encontra-se tempestivo e reúne as demais condições de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Preliminarmente

Não conhecimento do recurso de ofício

A preliminar suscitada pelo recorrente foi objeto de apreciação no campo anterior, cuja fundamentação resta exposta. Com efeito, resta prejudicada.

Superada a análise preliminar, para melhor elucidar e facilitar a análise do caso concreto, tem-se por relevante, trazer de forma didática, a síntese temporal das operações efetuadas, nos termos do que se vislumbra do item VI do termo de verificação fiscal (fls. 106-131), a saber:

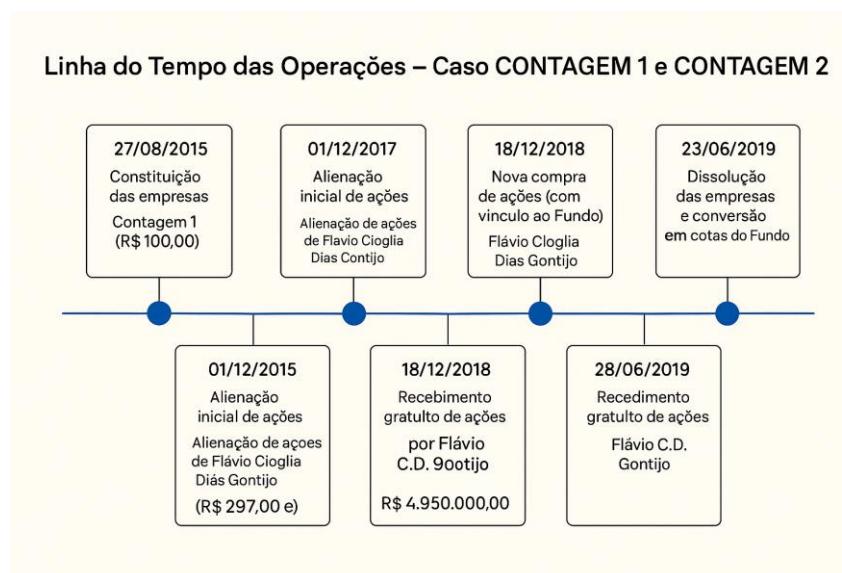
Em 27 de agosto de 2015, foram constituídas as empresas Contagem 1, com capital social de R\$ 300,00, e Contagem 2, com capital social de R\$ 100,00, ambas vinculadas diretamente ao contribuinte Flávio Cioglia Dias Gontijo. Poucos meses após a constituição, em 1º de dezembro de 2015, ocorreu a alienação da totalidade das ações de titularidade de Flávio C.D. Gontijo para a Contagem 1, compreendendo 157.450.820 ações ordinárias e 139.549.180 preferenciais, pelo valor simbólico de R\$ 297,00, sendo todas contabilizadas em tesouraria. Na mesma data, a Contagem 2 adquiriu 76.000.000 de ações de Flávio Cioglia e 1.000.000 de ações do sócio Flávio Nogueira Pinto por R\$ 100,00, também escrituradas em tesouraria, ocasião em que este último se retirou da sociedade.

Passados dois anos, em 22 de dezembro de 2017, Flávio Cioglia recompra da Contagem 1 um total de 129.048.302 ações ordinárias e 90.706.968 preferenciais, pelo valor de R\$ 17.646.848,65. Nesta mesma data, foram realizadas alienações de ações a terceiros investidores: R\$ 1.283.532,21 para Lesley Scarioli Júnior e R\$ 15.069.619,14 para Bruno Carvalhaes Santos. Ainda em 22/12/2017, a Contagem 2 procedeu à alienação de ações a diversos investidores.

Em 18 de dezembro de 2018, o contribuinte realizou nova aquisição de 6.977.459 ações, pelo valor de R\$ 4.950.000,00, com pagamentos divididos entre os anos de 2018 (R\$ 3.050.145,72) e 2019 (R\$ 1.899.854,28). Essa operação foi vinculada contratualmente ao recebimento futuro de cotas subordinadas classe A do Fundo Votorantim, com direito a 0,5% dos rendimentos distribuíveis, conforme cláusula específica do contrato.

Posteriormente, em 28 de junho de 2019, Flávio Cioglia sustenta ter recebido gratuitamente 7.773.127 ações da Contagem 1, anteriormente mantidas em tesouraria. Tal recebimento decorreu de previsão contratual atrelada à estrutura do empreendimento, na qual se previa que, na extinção da companhia, o sócio receberia as chamadas “Cotas Subordinadas Classe B – 2^a Emissão”, vinculadas à obrigação de integralização futura de recursos no Fundo. O valor estimado dessas ações, com base na operação de 2018, seria de aproximadamente R\$ 5.514.468,60.

Por fim, em 23 de setembro de 2019, ambas as empresas foram dissolvidas, e seus acionistas, incluindo Flávio Cioglia Dias Gontijo, receberam cotas do Fundo de Investimento Imobiliário Votorantim BII BTS – FII (CNPJ 23.120.006/0001-06), encerrando a estrutura empresarial. No caso da Contagem 2, como não houve recompra prévia de ações em tesouraria pelo sócio, o custo das ações foi mantido no valor simbólico de R\$ 100,00. Abaixo, segue ilustração gráfica elucidativa:



Feito isso, passa-se à análise de mérito.

- Do mérito

Do histórico do negócio jurídico que resultou no lançamento objeto do auto de infração

O Recorrente afirma que as operações de desdobramento, recompra e manutenção de ações em tesouraria nas companhias BTS1 e BTS2, seguidas de alienações a investidores e aportes no FII, constituíram arranjo lícito e necessário para viabilizar a construção do galpão logístico dos Correios, afastando a imputação de simulação feita pela DRJ.

Nessa moldura, sustenta o recorrente que o custo de aquisição para fins de apuração de ganho de capital deve corresponder aos valores efetivamente pagos na recompra, comprovados nos autos, e não ao capital integralizado.

Do compulso dos autos, após reanálise criteriosa da documentação acostada, tem-se que a pretensão recursal merece guarida, pelo que passa-se à fundamentação.

Pois bem!

É cediço que , quando uma sociedade empresária realiza alienação de ações mantidas em tesouraria, o tratamento tributário a ser conferido dependerá da relação entre o valor da alienação e o valor de aquisição dessas ações.

Desta feita, se o preço de venda for igual ou inferior ao custo de aquisição, não haverá reflexo no resultado societário, tampouco incidência do Imposto sobre a Renda.

Consequentemente, as operações de recompra e posterior alienação de ações em tesouraria, em tese, não constituem atos mercantis nem geram receitas tributáveis, desde que

observadas as normas legais e contábeis que disciplinam a matéria, qual seja o artigo 30, da Lei nº 6.404/76.

Nesse sentido, vejamos o que preconiza a norma que regula a negociação de companhias com as próprias ações, nos seguintes termos:

Art. 30. A companhia não poderá negociar com as próprias ações.

§ 1º Nessa proibição não se compreendem:

- a) as operações de resgate, reembolso ou amortização previstas em lei;
- b) a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação;
- c) a alienação das ações adquiridas nos termos da alínea “b” e mantidas em tesouraria;
- d) a compra quando, resolvida a redução do capital mediante restituição, em dinheiro, de parte do valor das ações, o preço destas em bolsa for inferior ou igual à importância que deve ser restituída.

§ 2º A aquisição das próprias ações pela companhia aberta obedecerá, sob pena de nulidade, às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, que poderá subordiná-la à prévia autorização em cada caso.

§ 3º A companhia não poderá receber em garantia as próprias ações, salvo para assegurar a gestão dos seus administradores.

§ 4º As ações adquiridas nos termos da alínea “b” do § 1º, enquanto mantidas em tesouraria, não terão direito a dividendo nem a voto.

§ 5º No caso da alínea “d” do § 1º, as ações adquiridas serão retiradas definitivamente de circulação.

Face ao exposto, verifica-se não haver dúvidas de que a legislação societária admite expressamente a recompra e a manutenção de ações em tesouraria, desde que observadas as condições previstas na norma de regência, e autoriza a posterior alienação dessas ações.

Feitas as ponderações, o ponto central, portanto, consiste na correta identificação do custo real de aquisição, que deve corresponder ao valor efetivamente desembolsado pela companhia na recompra, devidamente ajustado pelos encargos diretamente vinculados à transação (tais como corretagem, taxas e emolumentos).

Esse montante deve ser o mesmo registrado na contabilidade por ocasião da recompra, não podendo ser reavaliado ou atualizado monetariamente, tendo em vista que a Lei das S.A. proíbe a atualização do capital social e das reservas por variação de mercado.

Dessa forma, no caso concreto, o primeiro aspecto a ser examinado é se o valor contábil constante dos registros empresariais é suficiente para comprovar o custo de aquisição allegado.

No caso, depreende-se que os pagamentos foram devidamente realizados e comprovados, inexistindo qualquer questionamento quanto à efetividade das transações financeiras. Além disso, é crucial dispor que a fiscalização não suscitou qualquer indício de irregularidade na escrituração contábil das empresas, motivo pelo qual se presume a validade e a fidedignidade dos valores nela lançados.

Cumpre destacar, ademais, que tanto a fiscalização quanto a decisão recorrida basearam suas conclusões em meras presunções e indícios, sem, contudo, apresentar prova concreta de fraude ou simulação. Assim, tanto o termo de verificação fiscal quanto o acórdão da DRJ tomam como embasamento a suposta intenção do contribuinte, mas sem a demonstração objetiva de qualquer violação a dispositivos legais ou contábeis.

Assim, em que pese a presença de indícios, não se encontram nos autos elementos concretos, aptos a infirmar, a enfraquecer a legitimidade das operações de recompra de ações realizadas em 22/12/2017 e 18/12/2018.

Ademais, é imperioso destacar que, da melhor análise processual, a apuração contábil e negocial revela que os valores pagos ingressaram no caixa das companhias, compondo o patrimônio líquido e viabilizando investimentos imobiliários, de modo que o efeito econômico se mostrou análogo a um aumento de capital. Somado a isso, a recompra de ações pela própria companhia, conforme exposto em recurso voluntário, para manutenção em tesouraria, é expressamente admitida pelo art. 30 da Lei nº 6.404/1976, inclusive em sociedades de capital fechado, como no caso.

Ainda, o lucro obtido na alienação de ações em tesouraria não integra o lucro real, nos termos do art. 38, inciso IV, do Decreto-Lei nº 1.598/1977, por se tratar de operação que reflete aporte de capital, e não receita operacional.

Dessa forma, ainda que se possa deparar com uma elucidativa fundamentação fiscal, não se identifica, nos autos, qualquer intento de dissimular ou ocultar fato gerador, conforme previsto nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964, sobretudo, com base em indícios sustentados pela autoridade fiscal.

As operações analisadas, portanto, produziram efeitos jurídicos e econômicos válidos, devidamente documentados e contabilizados.

Nesse toar, é crucial observar que a simples alegação de ausência de justificativa econômica não se presta a configurar simulação, pois esta exige prova inequívoca de divergência entre a vontade declarada e a real, nos termos do art. 167, §1º, do Código Civil. Vejamos:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

- II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
- III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

É necessário considerar as particularidades inerentes às companhias que integram fundos de investimento, sobretudo os fundos imobiliários e, nesse ponto, o valor patrimonial das ações dessas empresas naturalmente acompanha a valorização (ou desvalorização) das cotas do fundo.

Assim, não se pode concluir pela inexistência de motivação econômica nas operações de recompra a valores superiores ao capital inicial, pois tal variação decorre da própria valorização dos ativos vinculados ao fundo, refletida nos balanços patrimoniais das sociedades. Nesse sentido, é importante dispor o que consta do relatório fiscal (fls. 114/115), com relação ao histórico das operações:

- Em 01/12/2015, três meses após a constituição das empresas, houve a venda da totalidade das ações de titularidade de Flávio Cioglia Dias Gontijo (157.450.820 ações ordinárias e 139.549.180 ações preferenciais) à Contagem 1, pelo valor de R\$ 297,00, com registro contábil em “ações em tesouraria”;
- Na mesma data (01/12/2015), foram vendidas 76.000.000 ações de Flávio Cioglia Dias Gontijo e 1.000.000 ações de Flávio Nogueira Pinto à Contagem 2, pelo valor de R\$ 100,00, igualmente registradas como “ações em tesouraria”. Após essa operação, o sócio Flávio Nogueira Pinto retirou-se da sociedade;
- Em 22/12/2017, o sócio Flávio Cioglia Dias Gontijo readquiriu parte das ações da Contagem 1 (129.048.302 ações ordinárias e 90.706.968 preferenciais) pelo montante de R\$ 17.646.848,65. Na mesma data, outras ações foram alienadas a Lesley Scarioli Júnior (R\$ 1.283.532,21) e Bruno Carvalhaes Santos (R\$ 15.069.619,14);
- Ainda em 22/12/2017, foram alienadas ações da Contagem 2 a diversos investidores, conforme demonstrativo anexo ao relatório. Nesse caso, nem mesmo houve recompra de ações em tesouraria pelo sócio Flávio Cioglia, circunstância que afasta a tese de que se buscava mascarar o custo efetivo das ações;
- Em 18/12/2018, conforme evento 10 (fls. 10/38 da resposta), o contribuinte adquiriu 6.977.459 ações pelo valor de R\$ 4.950.000,00, pagos em parte no exercício de 2018 (R\$ 3.050.145,72) e em parte no de 2019 (R\$ 1.899.854,28).

Com efeito, o custo de aquisição das ações – recompra - deve ser integralmente reconhecido para fins de apuração do ganho de capital.

Contudo, à luz do caso concreto, a glosa efetuada pela Delegacia de Julgamento carece de suporte probatório idôneo, eis que presa a indícios. Desse modo, acaba por afrontar os princípios da legalidade tributária e da verdade material, este último consagrado no art. 2º da Lei nº 9.784/1999.

Nesse diapasão, o contribuinte sustentou, ainda, que teria recebido 7.773.127 ações a título gratuito, cujo valor de referência seria de aproximadamente R\$ 5,5 milhões, considerando o investimento realizado em 18/12/2018. A fiscalização interpretou o recebimento dessas ações sem pagamento como indício de simulação, afirmando que o verdadeiro custo das ações negociadas seria aquele correspondente à integralização inicial (R\$ 0,01 para cada grupo de 10.000 ações), e não o valor das recompras realizadas em 2017 e 2018.

Com base nesse raciocínio, a autoridade fiscal concluiu que a alienação por valores muito superiores ao capital integralizado caracterizaria ganho de capital tributável, visto não haver atividade operacional que justificasse a valorização das ações.

Porém, as presunções fiscais não dispõem do arcabouço sustentável, pois as provas constantes dos autos demonstram que a venda de ações foi contabilizada regularmente, com ingresso de recursos em caixa, conforme demonstrativos e lançamentos contábeis colacionados.

Impende observar, ainda, que nem o relatório fiscal e tampouco o acórdão recorrido fizeram qualquer ressalva à escrituração contábil do contribuinte, a qual, nos termos do Código Civil, faz prova a favor do empresário quando regularmente mantida.

Os autos, portanto, revelam, ainda, que as companhias BII BTS Contagem 1 (BTS1) e BII BTS Contagem 2 (BTS2) foram regularmente constituídas. Na BTS1, o capital subscrito foi de R\$ 3.000,00, sendo R\$ 300,00 integralizados e o restante destinado à reserva de capital (ágio na emissão de ações). Já na BTS2, o capital subscrito foi de R\$ 1.000,00, com R\$ 100,00 integralizados e R\$ 900,00 igualmente destinados à reserva de capital.

Após desdobramento e conversão de ações ordinárias em preferenciais, as ações foram vendidas às próprias companhias (recompra) por valores nominais, sendo registradas como ações em tesouraria.

Nesse ponto, mister destacar que a própria fiscalização reconheceu que ambas as companhias eram sociedades anônimas de capital fechado e que a recompra para manutenção em tesouraria, analisada isoladamente, foi regular, conforme consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 109/110).

Apesar disso, sustentou a existência de suposta simulação baseada em um conjunto de indícios, como ausência de atas registradas em Junta Comercial, falta de comprovação de requisitos para a isenção de IR na alienação de ações em tesouraria e ausência de comprovação de investimentos mínimos exigidos para participação em empreendimentos imobiliários.

Tais alegações, contudo, não foram acompanhadas de provas materiais ou demonstração de que os registros contábeis não refletissem a realidade dos fatos, o que torna vulnerável a fundamentação lançada no acórdão de piso.

Além disso, a fiscalização admitiu que as companhias permaneceram com as ações em tesouraria por dois anos (01/12/2015 a 22/12/2017), período durante o qual as operações obedeceram às normas da Lei das S.A.

A autoridade fiscal também afirmou que a isenção de IR prevista para alienação de ações em tesouraria não se destinaria a viabilizar operações de compra e venda de participações societárias, mas sim a incentivar investimentos produtivos. Todavia, tal interpretação é restritiva e destituída de base legal, ou seja: a legislação não condiciona a isenção à finalidade da operação, bastando que esta ocorra nos termos do art. 30 da Lei nº 6.404/1976 e do art. 38, IV, do DL nº 1.598/1977.

Vale observar, também, que a acusação de que as operações teriam sido utilizadas para investimento indireto em fundo imobiliário tampouco altera sua natureza jurídica. O ingresso de recursos nas companhias, devidamente comprovado, representa aporte patrimonial e não fato gerador de IR.

Ademais, a fiscalização desconsiderou o custo efetivo de aquisição ao assumir, sem prova, que os valores pagos nas recompras eram artificiais ou desprovidos de causa.

No entanto, merece guarida a razão recursal de que os autos demonstram transferências bancárias no montante de R\$ 17.646.848,65 (22/12/2017) e R\$ 3.050.164,76 (18/12/2018), devidamente comprovadas por documentos contábeis e extratos (fls. 4.367-4.368).

Assim, diante de tudo o que dos autos consta, não há elementos probatórios que autorizem a desconsideração das recompras como custo de aquisição.

Por sua vez, as operações foram legítimas, documentadas e compatíveis com o ordenamento jurídico.

Já em relação específica ao valor de R\$ 1.899.854,28 (2019), a decisão da DRJ afirmou inexistir comprovação de pagamento. O recurso rebate essa conclusão, salientando que o montante decorre de fluxo financeiro subsequente à recomposição patrimonial das companhias, vinculado à dissolução e liquidação das sociedades BTS1/BTS2 e à transferência das cotas do FII aos acionistas.

Assim, aduz o recorrente que a ausência de documento bancário isolado não descharacteriza o conjunto probatório, pois o pagamento foi materializado na integralização dos aportes no Fundo e na consequente entrega das cotas correspondentes aos acionistas (inclusive o recorrente) quando da extinção das companhias — operação que gerou valor econômico equivalente ao desembolso mencionado.

Pois bem!

No tocante ao montante de R\$ 1.899.854,28, supostamente transferido à sociedade BII BTS Contagem 1 S.A., verifico que a decisão recorrida da DRJ, após minuciosa análise dos documentos acostados aos autos, concluiu pela ausência de comprovação idônea do efetivo pagamento dessa parcela.

Com efeito, conforme consignado às fls. 5.460 do acórdão recorrido, restou comprovada apenas a transferência dos valores de R\$ 17.646.848,65 (em 22/12/2017) e R\$ 3.050.164,76 (em 18/12/2018), ambas destinadas à referida companhia, não havendo, contudo,

qualquer documento bancário, recibo, contrato ou outro elemento contábil que evidencie a efetiva remessa do valor adicional de R\$ 1.899.854,28, alegadamente desembolsado pelo contribuinte.

A autoridade julgadora de primeira instância ponderou, de forma coerente, que a simples menção ao valor em demonstrativos ou planilhas unilaterais não constitui prova suficiente do efetivo dispêndio, especialmente em se tratando de operação que envolve movimentação financeira relevante entre pessoa física e sociedade empresária, a exigir comprovação documental robusta — como comprovantes de transferência, recibos, ou registros contábeis coincidentes na investida.

Destacou ainda a DRJ que o valor em questão não guarda nexo direto com as operações de recompra de ações em tesouraria já reconhecidas e, por conseguinte, não pode ser considerado parte integrante do custo de aquisição das ações alienadas posteriormente, sob pena de ampliação indevida da base de custo e consequente redução artificial do ganho de capital tributável.

Desse modo, é de se manter o entendimento de que a inexistência de comprovação idônea do desembolso do valor de R\$ 1.899.854,28 inviabiliza seu reconhecimento como custo de aquisição das ações, devendo prevalecer o montante efetivamente comprovado nos autos, correspondente às transferências de R\$ 17.646.848,65 e R\$ 3.050.164,76.

Assim, à míngua de elementos probatórios novos capazes de infirmar a conclusão da instância anterior, ratifico integralmente o entendimento adotado pela DRJ quanto ao ponto, mantendo a glosa fiscal referente à diferença não comprovada.

Logo, deve ser reconhecida a validade integral do custo de aquisição para fins de apuração do ganho de capital, afastando-se a glosa fiscal por ausência de prova robusta, em relação às transferências de R\$ 17.646.848,65 e R\$ 3.050.164,76.

À luz de todo o exposto, conclui-se que as operações de recompra e alienação de ações em tesouraria observaram os ditames da legislação societária e, no caso concreto, não configuram simulação ou dissimulação de fato gerador, haja vista que a atuação fiscal baseou-se em presunções desprovidas de comprovação material, razão pela qual a exigência tributária não pode se sustentar.

Dessa forma, considerando a ausência de prova de irregularidade na validade dos registros contábeis e no respeito aos princípios da legalidade, da boa-fé e da verdade material o provimento recursal é medida que se impõe.

- BTS II (BII BTS Contagem 2 S.A.)

No que concerne às operações relacionadas à BII BTS Contagem 2 S.A., o contribuinte sustenta, em seu recurso voluntário, que o valor de R\$ 2.830.000,00 desembolsado em virtude de acordo judicial celebrado nos autos do processo nº 5014980-59.2017.8.13.0024,

movido por Marcelo Cláudio de Salles, deveria ser reconhecido como custo de aquisição das ações dessa companhia, a fim de afastar a glosa fiscal mantida pela instância a quo.

Todavia, conforme corretamente consignado pela 6^a Turma da DRJ/01, o pagamento em questão não possui nexo direto ou comprovado com a aquisição das ações da BTS II, tratando-se, na verdade, de valor decorrente de ajuste judicial relativo a cessão de direitos vinculados ao empreendimento imobiliário executado pelo Fundo de Investimento Imobiliário Votorantim, sem relação documental ou contábil com a recompra de ações.

A instância a quo ressaltou, de forma precisa, que o contribuinte não apresentou comprovantes bancários, recibos, contratos societários ou escrituração contábil aptos a demonstrar que o referido valor foi efetivamente pago à companhia a título de aquisição de ações. A simples existência de acordo judicial envolvendo um dos participantes do projeto não constitui elemento hábil para comprovar o custo de aquisição, à luz do disposto no art. 73 do RIR/1999 e do art. 373, I, do CPC, que impõem ao sujeito passivo o ônus de demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do crédito tributário.

Ademais, a decisão recorrida foi enfática ao registrar que, diferentemente das operações envolvendo a BTS I, em que se encontraram comprovantes de transferência bancária expressos (fls. 4.367-4.368), não há nos autos documentos que evidenciem desembolso correspondente à aquisição de ações da BTS II pelo recorrente. Assim, mantém-se íntegra a glosa do valor de R\$ 2.830.000,00, por ausência de comprovação idônea do custo alegado. Nesse ponto, nada a prover.

- Da Produção de Prova Pericial e Diligência

Consoante dispõe o art. 18 do mesmo Decreto, cabe ao julgador administrativo apreciar a conveniência e a necessidade da produção de diligência ou perícia, podendo indeferir-las quando as considerar prescindíveis ou impraticáveis:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748/1993)

Tal diretriz encontra-se consolidada na jurisprudência administrativa deste Conselho, consubstanciada na **Súmula CARF nº 163**, de observância obrigatória:

Súmula CARF nº 163 – O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

(Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021.)

No caso concreto, a autuação fiscal baseou-se exclusivamente em presunções e indícios, sem demonstração de fato gerador concreto ou ganho de capital efetivamente realizado, sendo suficiente o conjunto probatório constante dos autos para a análise da legitimidade do lançamento. Assim, a prova pericial pretendida não se revela apta a alterar o quadro fático-probatório já estabelecido, nem se mostra necessária à elucidação de matéria que se resolve no âmbito da prova documental e da interpretação jurídica.

Diante disso, e em consonância com o disposto no art. 18 do Decreto nº 70.235/1972 e na Súmula CARF nº 163, indefere-se o pedido de diligência e de realização de perícia, por desnecessários e prejudicados, não havendo qualquer ofensa ao direito de defesa.

- Da multa de ofício

No que tange à penalidade aplicada, a autoridade fiscal qualificou a multa de ofício em 150%, com fundamento no art. 44, inciso I, §1º, inciso II, da Lei nº 9.430/96, sob a alegação de que as operações de recompra e alienação de ações em tesouraria teriam sido realizadas de forma simulada, com o propósito de reduzir indevidamente o imposto devido.

Entretanto, conforme demonstrado nos autos e reconhecido, em parte, pela própria DRJ, não há elementos materiais que permitam concluir pela existência de dolo, fraude ou conluio na conduta do contribuinte. As operações questionadas foram formalmente registradas, devidamente documentadas, e revestidas de propósito negocial legítimo, ainda que eventualmente divergentes do entendimento fiscal.

A simples adoção de estrutura societária complexa, por si só, não é suficiente para caracterizar dolo ou fraude, tampouco para justificar a qualificação da penalidade. A jurisprudência consolidada do próprio CARF é firme no sentido de que a multa qualificada exige prova inequívoca do intuito de lesar o Fisco, não se presumindo a partir de indícios ou presunções genéricas de irregularidade.

Assim, ausente demonstração de conduta dolosa, impõe-se a desqualificação da multa de ofício para o patamar de 75%, conforme prevê o art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, aplicável aos casos de simples falta de pagamento ou recolhimento do tributo devido.

Cumpre destacar, ainda, que a Lei nº 14.689, de 20 de setembro de 2023, promoveu alteração no referido dispositivo legal, revogando a multa qualificada de 150% e fixando o teto de 100% para hipóteses dolosas, o que reforça o caráter excepcional e restritivo da penalidade qualificada. À luz do princípio da retroatividade benigna (art. 106, II, “c”, do CTN), a novel legislação deve ser aplicada retroativamente aos autos não definitivamente julgados, vedando a manutenção de penalidade mais gravosa em relação ao novo regime legal.

No caso concreto, a discussão travada envolve divergência interpretativa quanto à apuração do ganho de capital e ao reconhecimento do custo de aquisição de ações, não restando caracterizada qualquer manobra fraudulenta ou dissimulatória.

Desse modo, a multa de ofício deve ser reduzida para 75%, por inexistirem elementos aptos a sustentar a qualificação da penalidade.

Conclusão

Ante o exposto, deixo de conhecer do recurso de ofício.

Quanto ao recurso voluntário, conheço-o para, no mérito, dar parcial provimento para: (i) reconhecer o montante de R\$ 20.697.013,41, pagos na recompra das ações em tesouraria, como custo de aquisição das ações da BTS1, a ser utilizado de forma proporcional para recalcular os ganhos de capital incidentes sobre as participações societárias alienadas; e (ii) desqualificar a multa de ofício, reduzindo a penalidade ao patamar básico de 75%, nas operações com ações das companhias BTS1 e BTS2.

Assinado Digitalmente

Carlos Eduardo Fagundes de Paula