



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

Processo n° 19515.000737/2010-31
Recurso n° De Ofício
Acórdão n° 2201-004.124 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de fevereiro de 2018
Matéria IRPF - Ganho de Capital
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado OSWALDO DIAS DE CASTRO

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2011

COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA.

A concomitância pressupõe a coexistência de dois processos, um judicial e outro administrativo, para que caracterize a renúncia à impugnação e recurso administrativo. Na hipótese de encerramento do processo judicial, com trânsito em julgado favorável ao contribuinte, cabe ao Colegiado aplicar o teor da decisão ao caso

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso de ofício para negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

(assinado digitalmente)

Daniel Melo Mendes Bezerra - Relator

EDITADO EM: 16/03/2018

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Douglas Kakazu Kushiya, Marcelo Milton da

Silva Risso, Daniel Melo Mendes Bezerra e Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim. Ausente justificadamente a Conselheira Dione Jesabel Wasilewski.

Relatório

Trata-se de recurso de ofício interposto em face do Acórdão nº 02-58.011 - 9ª Turma da DRJ/BHE, o qual julgou procedente em parte a impugnação apresentada para exonerar o crédito tributário, pelo qual se exige Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF incidente sobre ganho de capital na alienação de bens e direitos (ações da empresa que era sócio). A descrição dos fatos foi feita de modo elucidativo pela decisão de piso, nos termos seguintes:

Cuida-se de Auto de Infração relativo ao Imposto de Renda de Pessoa Física, exercício 2010, ano-calendário 2009 que formalizou a exigência do crédito tributário em decorrência de omissão de ganho de capital na alienação de bens e direitos, infração narrada no Termo de Verificação Fiscal - TVF de fls. 357/365. O valor lançado inclui imposto de R\$2.935.148,84, multa proporcional de 75%, no valor de R\$2.201.361,63 e juros moratórios calculados até a data da lavratura.

Imposto (2904) R\$2.935.148,84

Multa Proporcional R\$2.201.361,63

Juros de Mora (até 26/2/2010) R\$161.433,18

Valor do Crédito Tributário Apurado R\$ 5.297.943,65

Do Procedimento Fiscal

Em sede de diligência fiscal o contribuinte havia sido intimado a demonstrar e comprovar o custo de aquisição das ações na empresa Expresso Araçatuba Transportes e Logística S/A e a apresentar o contrato social e alterações, bem como o contrato de venda.

Em resposta o fiscalizado informou que adotou como base para apuração do ganho de capital a diferença entre 51% do custo das ações registradas da referida empresa em sua declaração de ajuste anual do ano-calendário 2008 e o custo de aquisição. De posse do contrato de venda a fiscalização novamente o intimou a demonstrar e comprovar o depósito em garantia no valor de R\$5.000.000,00.

No atendimento à intimação foi apresentado extrato bancário da conta de depósito em garantia, ata da Assembléia Geral Extraordinária (AGE) da Arex Control Adm. e Participação (AREX), bem como alegação de que os valores depositados na referida conta, na forma da Cláusula 4.1. do contrato de venda, até que aperfeiçoadas as condições de eventual liberação, não integraria o preço de venda.

extrato bancário com a titularidade em nome Eraldo Dias de Castro e as movimentações da conta depósito em garantia consta dos autos, às fls. 182/184.

Após o exame de toda a documentação apresentada, bem como dos esclarecimentos do contribuinte a fiscalização apurou a seguinte infração, conforme auto de infração de fls. 366/371 e o próprio TVF:

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

Nos termos dos §§ 3º e 4º, artigo 16 da Instrução Normativa SRF nº 84/2001, a autoridade autuante consignou que o custo de aquisição é o valor do custo médio ponderado multiplicado pela quantidade de ações ou quotas alienadas.

Com base na ata da AGE da AREX apurou-se que houve capitalização do saldo de lucros suspensos no montante de R\$7.374.136,00 com aumento das 15.548.351 ações para 22.922.487 ações distribuídas aos acionistas proporcionalmente a sua participação.

Houve redução de capital mediante a diminuição das quantidades de ações. Em troca os acionistas receberam quotas da empresa Expresso Araçatuba, da qual a AREX era sócia majoritária.

Foram reduzidas 21.801.646 ações ordinárias da AREX no valor patrimonial de R\$21.801.406,00 e distribuídas quotas da Expresso Araçatuba, conforme AGE, da seguinte maneira:

Nome Ações reduzidas da AREX Quotas da Expresso Araçatuba recebidas em troca Valor Patrimonial

<i>Eraldo Dias de Castro</i>	<i>7.267.215</i>	<i>6.059.839</i>	
<i>R\$7.267.215,00</i>			
<i>Oswaldo Dias de Castro</i>	<i>7.267.215</i>	<i>6.059.839</i>	
<i>R\$7.267.215,00</i>			
<i>Antônio Dias de Castro</i>	<i>7.267.216</i>	<i>6.059.840</i>	
<i>R\$7.267.216,00</i>			
<i>Total</i>	<i>21.801.646</i>	<i>18.179.518</i>	<i>R\$ 21.801.646,00</i>

Considerou a autoridade lançadora que o custo das quotas da empresa Expresso Araçatuba, recebidas pelos acionistas, terá o mesmo valor que a quantidade de ações da AREX reduzidas dos respectivos patrimônios.

Segundo o relato fiscal, os valores declarados pelo contribuinte na coluna "situação em 31/12/2007" na DIRPF do exercício 2009, ano-calendário 2008, referentes às ações da AREX, foram os seguintes:

Oswaldo Dias de Castro

Quantidade Valor Declarado

4.906.432 R\$4.905.425,84

273.283 R\$273.265,68

3.000 R\$3.000,00

5.182.715 R\$5.181.691,52

O custo médio das ações na AREX, na capitalização e na redução de capital, bem como o custo médio da quota na Expresso Araçatuba estão demonstrados conforme tabelas de fls. 360/361, cujo resumo é o que se segue.

Na capitalização do valor do saldo de lucros suspensos no montante de R\$7.374.136,00, a AREX aumentou em 7.374.136 novas ações sendo que foi subtraído do campo “discriminação” na declaração de bens e direitos, a quantidade que o contribuinte recebeu de ações. Como o valor do custo total após o aumento de capital foi de R\$7.639.737,35 e a quantidade de ações alcançou 7.640.730, o custo médio das ações da AREX após a capitalização alcançou R\$ 0,99987;

Na redução do capital social houve cancelamento de 21.801.646 ações, com divisão proporcional às participações. Visto que o contribuinte teve 7.267.215 ações canceladas e o custo médio encontrado foi de R\$0,99987, o valor do custo total das ações canceladas do contribuinte foi de R\$7.266.270,26;

Na troca do cancelamento das ações da AREX por quotas da Expresso Araçatuba, o custo das ações da AREX de cada acionista corresponde ao custo de aquisição das quotas da Expresso Araçatuba. No caso do contribuinte, como o custo total de suas 6.059.839 ações na AREX alcançou R\$7.266.270,26, o custo médio de cada quota na Expresso Araçatuba equivale a R\$1,19909;

Como nos termos do contrato de venda foram alienadas 9.271.590 ações ordinárias, a fiscalização concluiu que as 3.090.530 ações do contribuinte ao custo médio de R\$1,19909 na Expresso Araçatuba alcançam o custo total de R\$3.705.812,35.

Apurado o custo de aquisição, a autoridade lançadora debruçou-se sobre o instrumento de alienação da participação societária para identificar o valor das ações alienadas.

Com base no itens 3.1. a fiscalização identificou o valor de alienação de R\$69.820.413,95. Este valor foi decomposto no item 3.2. do contrato de venda de forma que R\$64.820.413,95 seriam pagos na data do fechamento, mediante TED, de maneira proporcional a cada acionista e R\$5.000.000,00 seriam transferidos para a conta depósito em garantida.

A autuante relata que de acordo com o contrato, o depósito em garantia presta-se ao pagamento de certas indenizações por parte dos vendedores à compradora, nos termos avençados. Constatou ainda que o depósito de R\$5.000.000,00 foi realizado pela compradora por meio de conta bancária cuja titularidade é dos vendedores e a movimentação financeira poderá ser feita por cada um deles isoladamente.

Como o valor dado em garantia adveio do preço de compra, entendeu a autuante que para concedê-la os vendedores necessariamente tinham a disponibilidade da renda. Por isto, o valor da alienação considerado inclui também o depósito em garantia e corresponde ao montante de R\$69.820.413,95. No caso do contribuinte o valor de alienação de sua participação é de R\$23.273.471,32.

Considerados o valor de alienação de R\$ R\$23.273.471,32, o custo de aquisição de R\$3.705.812,35, o ganho de capital de R\$19.567.658,97 e a alíquota de 15%, foi apurado o imposto de renda no valor de R\$2.935.148,85.

Prossegue a autuante informando que o Poder Judiciário emitiu despacho, fl. 355, no qual autoriza o depósito judicial com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, de acordo com o inciso II do artigo 151 do Código Tributário Nacional. Entendeu a fiscalização que o depósito deveria ser no montante integral, mas conforme cálculos efetuados, foi apurada uma insuficiência no valor de R\$247.406,50, de acordo com a tabela de fl. 364.

Conclui o seu relato acrescentando que ainda que suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos moldes do artigo 151 do CTN, o lançamento deve sempre ser efetuado, diante da fluidez do prazo decadencial.

Da Impugnação

Cientificado do lançamento o contribuinte apresentou a peça impugnatória

de fls. 380/417.

Argumenta inicialmente que não há impedimento ao conhecimento da impugnação em razão da ausência de concomitância entre o objeto discutido administrativamente e aquele da lide judicial. Afirma que enquanto no processo judicial a discussão gira em torno da legalidade da incidência do ganho de capital sobre alienação da participação societária, no âmbito administrativo discute-se o valor da alienação.

Preliminar de Nulidade

Ressalta ainda que o lançamento é nulo por entender que houve erro na metodologia empregada pela fiscalização, na medida em que houve duplicidade na constituição do crédito tributário. Adverte que efetuou depósitos judiciais nos autos do mandado de segurança nº 2009.61.00.014802-0, valores que não foram

considerados pela autoridade autuante. Salienta que ao discordar do valor depositado, a fiscalização em vez de promover o lançamento complementar, constituiu o crédito tributário integralmente, quando deveria imputar os valores e lançar apenas a parte divergente, acrescida de multa e juros.

Cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ para fundamentar seus argumentos no sentido de que os depósitos judiciais já correspondem a verdadeiro lançamento por homologação.

Mérito

Discorda do lançamento, pois a fiscalização teria considerado o valor de alienação como sendo R\$69.820.413,95. Segundo afirma, o preço de compra fixado contratualmente previa o pagamento de duas parcelas. Uma de R\$64.820.413,95 a ser transferida aos vendedores proporcionalmente a sua participação na empresa alienada e outra parcela de R\$5.000.000,00 transferida em fundos imediatamente disponíveis para a conta de Depósito em Garantia.

Argumenta que o valor da segunda parcela depositado como garantia tem por finalidade indenizar os compradores e a companhia, caso se realize qualquer das hipóteses previstas no contrato. A indenização será paga pelos vendedores mediante saque do valor a ser indenizado da conta de Depósito em Garantia e, subsequentemente o crédito deste valor em conta dos compradores ou do interessado (terceiro indenizado).

Os saques na referida conta seriam, conforme contrato, ajuste do preço de compra e somente poderiam ser efetuados pelos titulares da conta em assinatura conjunta com a compradora.

Acrescenta que não teve ainda a disponibilidade econômica ou jurídica do montante depositado, pois somente depois de decorridos cinco anos da data do fechamento do contrato é que, existindo saldo, haveria a reversão em favor dos vendedores, em respeito à condição suspensiva pendente. Nestas condições, o valor de R\$5.000.000,00 não deve ser considerado para fins de apuração do ganho de capital.

Destaca que o valor depositado em garantia corresponde a uma parte do preço de compra inicialmente acordado em razão do surgimento de passivos ocultos que impactam o valor da empresa, cujo pagamento aos vendedores sequer poderá ocorrer. O Depósito em Garantia foi o mecanismo criado pelas partes para operacionalizar os ajustes no preço de compra, porque não era possível no momento do fechamento do negócio definir todos os riscos e eventuais passivos da empresa.

Explica ainda que com este procedimento impediu-se que os vendedores pudessem dispor das quantias depositadas, já que dela não eram ainda titulares, nos termos do contrato firmado.

Com base em farta doutrina repisa que não há no presente caso nenhuma disponibilidade econômica ou jurídica, pois não há a liberdade de usar e dispor da parcela depositada em garantia.

Por considerar que o próprio lançamento de ofício é descabido frente aos depósitos judiciais realizados, não há qualquer fundamento para a imposição de multa pecuniária.

Afirma também serem inaplicáveis juros de mora sobre a multa de ofício.

A DRJ Belo Horizonte proferiu decisão (acórdão de fls. 623/638) nos termos da seguinte ementa:

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE.

Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento, enquanto ato administrativo.

GANHO DE CAPITAL. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ALIENAÇÃO SEM PREÇO DETERMINADO.

Na impossibilidade de determinação do preço total de alienação de participação societária no momento da realização da operação, o ganho de capital deve ser tributado na medida em que o preço for determinado e as parcelas pagas.

IMPLEMENTO DE CONDIÇÃO SUSPENSIVA. FATO GERADOR.

Somente haverá a incidência do Imposto de Renda sobre o ganho de capital, decorrente da alienação de bens e direitos, no tocante a rendimentos depositados em conta garantia, quando ocorrer a efetiva disponibilidade econômica ou jurídica destes para o alienante, depois de realizadas as condições a que estiver subordinado o negócio jurídico.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa.

Incabível o lançamento da multa de ofício e juros de mora na constituição de crédito tributário cuja exigibilidade esteja suspensa pelo depósito do montante integral.

Em face da exoneração do crédito tributário em valor superior ao limite de alçada previsto na Portaria MF nº 03/2008, foi interposto recurso de ofício.

Apresentada contrarrazões ao recurso de ofício às fls. 645/681.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Daniel Melo Mendes Bezerra – Relator

Admissibilidade

O recurso de ofício apresentado preenche os requisitos de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido.

Do Recurso de Ofício

Através da petição protocolada em 18/07/2016, fls. 718/719, acompanhada dos documentos de fls. 720/807, o interessado informa e comprova que operou o trânsito em julgado favorável ao ora recorrido, no dia 24/06/2016, nos autos do Mandado de Segurança 0014802-02.2009.403.6100, em trâmite perante a 26ª Vara Cível da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, em que foi reconhecida a isenção do imposto de renda incidente sobre a alienação de suas participações societárias, razão pela qual requer seja declarado extinto o crédito tributário objeto do presente Auto de Infração.

A decisão de piso entendeu que ocorreu renúncia parcial ao contencioso administrativo, em função de haver pedido diverso do constante na ação judicial, tendo julgado não conhecer da impugnação, declarando a definitividade da exigência, no que se refere à matéria objeto de ação judicial e julgá-la procedente, relativamente às demais matérias.

Pois bem. Dos fatos narrados, verifica-se não haver concomitância entre processos administrativo e judicial, tendo em vista as partes, causa de pedir e pedido, que caracterizam o objeto da demanda.

É verdade que o processo judicial contém pedido mais abrangente que o processo administrativo fiscal, na medida em que uma decisão judicial desfavorável ao contribuinte no que pertine à isenção de Imposto de Renda sobre os ganhos de capital com base no art. 4º, alínea “d”, do Decreto Lei nº 1.510/76, obrigaria o julgador administrativo a apreciar as questões mais específicas afetas ao lançamento, como seria o caso da existência ou não de ganho de capital.

A decisão de piso enfrentou a matéria para declarar a inexistência do ganho de capital correspondente à parcela do preço de compra cuja condição suspensiva ainda não havia sido implementada e excluiu o imposto no valor de R\$ 247.415,45 e consectários legais. O valor remanescente do imposto de R\$ 2.687.599,98 foi considerado como matéria idêntica à ação judicial.

A decisão judicial reconheceu que o recorrido faz jus à isenção de que trata o art. 4º, alínea “d”, do Decreto Lei nº 1.510/76.

No presente caso, o que há é uma processo administrativo em curso, e um processo judicial encerrado, com trânsito em julgado favorável ao contribuinte. Portanto, não se trata de hipótese de não conhecimento do impugnação por renúncia à instância

administrativa, mas sim de aplicação da coisa julgada existente favorável ao contribuinte - de resto já plenamente reconhecida nos autos pela decisão.

Quanto ao mérito recursal, haja vista a decisão favorável ao contribuinte transitada em julgado no Processo nº 0014802-02.2009.403.6100, da 26ª Vara Cível da Subseção Judiciária de São Paulo, após a constituição do crédito tributário, reconhecendo a inexistência de ganho de capital na operação versada nos autos, cumpre-nos declarar a extinção do crédito tributário.

Destarte, merece retoque a decisão recorrida no que pertine ao reconhecimento da renúncia ao contencioso administrativo de parte do crédito tributário, todavia, diante da decisão favorável ao contribuinte na via judicial, a declaração da extinção do crédito tributário é medida que se impõe.

Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso de ofício para, no mérito, negar-lhe provimento.

Daniel Melo Mendes Bezerra - Relator