



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

Processo nº 19515.722766/2012-19
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-004.558 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de março de 2016
Matéria IRPF
Recorrente SASSON DAYAN
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Data do fato gerador: 31/03/2007

ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS. GANHO DE CAPITAL. DECADÊNCIA.

O ganho de capital na alienação de bens está sujeito ao pagamento do imposto de renda de forma definitiva e exclusiva, traduzindo modalidade de tributo sujeito ao regime do lançamento por homologação, uma vez que a apuração do imposto é realizada pelo próprio contribuinte.

Uma vez não realizado recolhimento parcial do imposto incidente sobre a operação, deve ser aplicado o prazo decadencial de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme orientação do STJ no REsp nº 973.733, em julgamento sob rito do art. 543-C do CPC (recurso repetitivo).

GANHO DE CAPITAL NA ALENAÇÃO DE AÇORES. BASE DE CÁLCULO. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE

O princípio da legalidade dos tributos, impede a aplicação analógica para criar base de cálculo não prevista na legislação federal, utilizando leis municipais e estaduais do domicílio do contribuinte, toda vez que dela resulte na criação de um débito tributário.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado (a) por maioria de votos, não reconhecer a prejudicial de mérito da decadência, vencidos a relatora e os Conselheiros Marcelo Malagoli da Silva e Nathália Correia Pompeu, que votavam pela aplicação ao caso do art. 150, § 4º, do CTN, e (b), quanto às demais questões de mérito, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora. Na questão "b" votaram pelas conclusões os Conselheiros Luciana de Souza Espindola Reis, Ivacir Julio de Souza e João Bellini Junior. Designado para redigir o

voto vencedor o conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes. Fez sustentação oral o Dr. José Henrique Longo, OAB/SP 86.904.

(Assinado digitalmente)

João Bellini Júnior - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Alice Grecchi – Relatora.

(Assinado digitalmente)

Julio Cesar Vieira Gomes- Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros João Bellini Júnior (Presidente), Amilcar Barca Teixeira Junior, Ivacir Julio de Souza Marcelo Malagoli da Silva, Luciana de Souza Espíndola Reis, Alice Grecchi, Julio Cesar Vieira Gomes, Nathalia Correia Pompeu.

Relatório

Para descrever a sucessão dos fatos deste processo até a apresentação da impugnação pelo contribuinte, transcrevo excertos do Acórdão proferido pela 18ª Turma da DRI/SP1, nº 16-45.136, constante em fls. 611/654:

O contribuinte em epígrafe insurge-se contra o lançamento consubstanciado no Auto de Infração de fls. 323/326 e Demonstrativo de Apuração de fls. 321/322, referente ao imposto de renda pessoa física – Ganhos de Capital, fato gerador 31/03/2007, que lhe exige crédito tributário no montante de R\$18.946.238,34, sendo R\$6.178.255,51 de imposto (código 2904), R\$9.267.383,26 de multa proporcional e R\$3.500.599,57 de juros de mora (calculados até 30/11/2012).

Conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is) (fls. 325/326), foi(ram) apurada(s) a(s) infração(ões) abaixo descrita(s), aos dispositivos legais mencionados.

001 GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS

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

Omissão de ganhos de capital obtidos na alienação de participação societária (ações/quotas e respectivos direitos conexos), não negociada em Bolsa de Valores, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal, o qual é parte integrante deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Tributável ou Imposto (R\$)	Multa (%)
31/03/2007	41.188.370,10	150,00

[...]

Consta do Termo de Verificação Fiscal em fls. 329/367 o que segue:

Com base na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física do Exercício 2008/Ano-Calendário 2007, nos documentos e esclarecimentos apresentados pelo(a) contribuinte e dados do(a) mesmo(a), constantes nos Sistemas Informatizados da Receita Federal do Brasil, analisou-se elementos constitutivos dos rendimentos, e alterações de bens, direitos e obrigações do Sr. Sasson Dayan no ano-calendário de 2007.

Conforme será explanado nos itens a seguir, verificou-se existência de ganho de capital, não oferecido à tributação, decorrente da subscrição c

integralização de ações da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, CNPJ nº 08.693.834/0001-31, com a NUA-PROPRIEPAPE de ações do Banco Daycoval S/A, CNPJ nº 62.232.889/0001-90, por um valor superior ao custo destes bens do banco.

[...]

Conforme será abordado nos itens adiante, ver-se-á que no caso concreto ora analisado, foi constatada a hipótese de ocorrência de dolo, fraude e simulação, prevista no artigo 71 a 73 da Lei 4.502/64, e à luz do disposto no parágrafo 4º, do artigo 150 da Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional - CTN), a constatação de conduta fraudulenta, praticada pelo sujeito passivo, afasta a aplicação dessa regra, prevalecendo o disposto no artigo 173, inciso I, deste mesmo diploma legal, bem como na previsão contida no parágrafo 1º do artigo 44 da Lei 9.430/96.

Cabe ressaltar que os fatos apurados na presente ação fiscal, de constituição da Daycoval Holding Financeira S/A, CNPJ nº 08.693.834/0001-31, e as alterações de participações societárias nesta empresa e no Banco Daycoval S/A, CNPJ nº 62.232.889/0001-90, ocorreram em um contexto de processo de abertura de capital, com início das negociações das ações do banco na bolsa de valores, BM&Fbovespa, conforme verificado em pesquisas na internet, e confirmado pelo procurador do(a) contribuinte, Sr José Roberto Mayer, CPF 531.278.038-34, durante a fiscalização.

[...]

4.1) Participação no capital social do Banco Daycoval S/A:

Conforme declarado em sua DIRPF 2007/2008 (ND: 08/37.289.732), e registrado na Lista de Subscrição de Ações de Aumento de Capital, anexa à Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 08/03/2007, do Banco Daycoval S/A, CNPJ nº 62.232.889/0001-90, registrada na JUCESP sob o nº 111.027/07-0, o(a) contribuinte detinha em 31/12/2006, 830.413 ações ON e 180.084 ações PN, totalizando 1.010.497 ações, pelo valor de R\$ 52.325.375,97.

4.2) Aumento de Capital do Banco Daycoval S/A em 08/03/2007:

Na Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 08/03/2007, do Banco Daycoval S/A, CNPJ nº 62.232.889/0001-90, registrada na JUCESP sob o nº 111.027/07-0, consta a aprovação do aumento de capital, com emissão de novas ações, e a subscrição pelo(a) contribuinte de 8.933 ações, pelo valor de R\$ 1.185.529,93, o qual foi integralizado com créditos oriundos da distribuição de juros sobre capital próprio do banco, aprovados na Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 07/03/2007, registrada na JUCESP sob o nº 98.259/07-6.

Referido procedimento está descrito na carta-protocolo, assinada pelo(a) procurador(a) do(a) contribuinte, Sr José Roberto Mayer, CPF 531.278.038-34, entregue em 30/05/2012, e docs. 01 a 10, anexos a esta carta.

Assim em 08/03/2007 a participação societária capitalizada do(a) contribuinte passou a ser a seguinte:

Histórico de Eventos	Quantidade de Ações	Custo de Aquisição (R\$)
Saldo em Banco em 31/12/2006	1.010.497	52.325.375,97
Aumento de Capital – AGE de 08/03/2007	8.933	1.185.529,93
Saldo do Banco após a AGE de 08/03/2007	1.019.430	53.510.905,90

4.3; Aumento de Capital com Incorporação de Reservas em 09/03/2007:

Na Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 09/03/2007, do Banco Daycoval S/A, CNPJ nº 62.232.889/0001-90, registrada na JUCESP sob o nº 114.297/07-0, foi aprovado o aumento de capital, sem emissão de novas ações, com incorporação das reservas a seguir, no valor de R\$ 230.278.670,07, passando o capital social do banco de R\$ 192.458.391,40 para R\$ 422.737.061,47, dividido em 3.351.016 ações nominativas, sem valor nominal, sendo 1.675.508 ações ordinárias e 1.675.508 ações preferenciais.

Balanço Patrimonial do Banco de 31/12/2006

Reservas	Valor (RS)
Reserva de Capital	135.095,00
• Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais	317.594,48
• Outras Reservas de Capital	
Reserva de Lucros	20.573.323,61
• Reserva Legal	
Lucros Acumulados	209.252.656,98
Total Incorporado	230.278.670,07

Referido procedimento está descrito na carta-protocolo, assinada pelo(a) procurador(a) do(a) contribuinte, Sr José Roberto Mayer, CPF 531.278.038-34, entregue em 30/05/2012, e docs. 11 a 14, anexos a esta carta.

Dessa forma, considerando que o(a) contribuinte detinha, em 08/03/2007, 1.019.430 ações do Banco Daycoval S/A (item 4.2), e o total de ações do banco era de 3.351.016 ações, sua participação societária era de 30,4215% do capital social (= 1.019.430 / 3.351.016 ações).

Assim, como o valor total da capitalização das reservas foi de R\$ 230.278.670,07, c que o(a) contribuinte detinha 30,4215% das ações do Banco Daycoval S/A a parcela do aumento da capitalização que coube ao(a) contribuinte foi de R\$ 70.054.204,40 (= R\$ 230.278.670,07 x 30,4215%).

Com isso, a evolução dos custos das ações pertencentes ao(a) contribuinte no Banco Daycoval S/A passou a ser a seguinte, conforme demonstrada no quadro:

Histórico de Eventos	Quantidade de Ações	Custo de Aquisição (R\$)
Saldo do Banco em 08/03/2007	1.019.430	53.510.905,90
Aumento de Capital - AGE de 09/03/2007	0	70.054.204,40
Saldo do Banco após a AGE de 09/03/2007	1.019.430	123.565.110,30

4.4) Desdobramento de Ações de 1 para 50 em 09/03/2007:

Na mesma Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 09/03/2007, do Banco Daycoval S/A, CNPJ nº 62.232.889/0001-90, registrada na JUCESP sob o nº 114.297/07-0, foi deliberado o desdobramento das ações do banco na proporção de substituição de 1 (uma) ação por 50 (cinquenta) ações.

Referido procedimento está descrito na carta-protocolo, assinada pelo(a) procurador(a) do(a) contribuinte, Sr José Roberto Mayer, CPF 531.278.038-34, entregue em 30/05/2012, e seu doc. 11 anexo.

Como o(a) contribuinte possuía 1.019.430 ações pelo valor capitalizado de RS 123.565.110,30, após o desdobramento dessas ações ele(a) passou a deter 50.971.500 ações, pelo mesmo valor de custo integralizado.

Histórico de Eventos	Quantidade de Ações	Custo de Aquisição (RS)
Saldo do Banco em 08/03/2007	1.019.430	123.565.110,30
Desdobramento de Ações - AGE de 09/03/2007	50.971.500	0
Saldo do Banco após a AGE de 09/03/2007	50.971.500	123.565.110,30

4.5 Integralização de Ações da Daycoval Holding Financeira S/A com a transferência da Nua- Propriedade das Ações do Banco Daycoval S/A. em 19/03/2007:

De acordo com a Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 19/03/2007, da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, CNPJ nº 08.693.834/0001-31, registrada na JUCESP sob o nº 110.884/07-3, foi aprovado o aumento de capital social da referida empresa, com emissão de novas ações, as quais foram integralizadas com a nua-propriedade de ações do Banco Daycoval S/A, CNPJ nº 62.232.889/0001-90.

Cabe ressaltar que, em 01/03/2007, foi constituída a sociedade Daycoval Holding Financeira S/A, com capital social de RS 10.000,00, divididos em 5.000 ações ordinárias e 5.000 ações preferenciais, sem valor

nominal, totalizando 10.000 ações nominativas, das quais o(a) contribuinte subscreveu e integralizou 3.042 ações, sendo 2.500 ações ordinárias e 542 ações preferenciais, pelo valor de R\$ 3.042,00.

Referidos procedimentos estão descritos na carta-protocolo, assinada pelo(a) procurador(a) do(a) contribuinte, Sr José Roberto Mayer, CPF 531.278.038-34, entregue em 30/05/2012, e documentos 15 a 19 anexos a esta carta.

Dessa forma, o(a) contribuinte cedeu a nua-propriedade de todas as suas 50.971.500 ações do Banco Daycoval S/A, das quais era titular, para a empresa Daycoval Holding Financeira S/A, pelo valor de alienação de R\$ 123.565.100,30, e reservando para si o usufruto vitalício desses títulos mobiliários.

Assim, segundo o(a) contribuinte, suas participações societárias no Banco Daycoval e na empresa Daycoval Holding Financeira S/A passaram a ser as seguintes:

Banco Daycoval S/A

Histórico de Eventos	Quantidade de Ações	Custo de Aquisição (RS)
Saldo do Banco em 09/03/2007	50.971.500	123.565.110,30
Transferência da nua-propriedade das ações para a Daycoval Holding Financeira S/A - AGE de 19/03/2007 da Holding	(50.971.500)	(123.565.110,30)
Saldo do Banco após a AGE de 19/03/2007 da Holding	0	0

Daycoval Holding Financeira S/A

Histórico de Eventos	Quantidade de Ações	Custo de Aquisição (RS)
Saldo da Holding em 01/03/2007 - AGC da Holding	3.042	3.042,00
Integralização das ações emitidas da Daycoval Holding Financeira S/A - AGE de 19/03/2007 da Holding	50.971.500	123.565.110,30
Saldo da Holding após a AGE de 19/03/2007 da Holding	50.974.542	123.568.152,30

Do exposto, segundo o(a) contribuinte, após a Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 19/03/2007, da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, CNPJ nº 08.693.834/0001-31, registrada na JUCESP sob o nº 110.884/07-3,

a qual aprovou o aumento de capital social da referida empresa de R\$ 10.000,00, para R\$ 254.998.749,74, com emissão de 105.184.700 novas ações, totalizando 105.194.700 ações na holding, o(a) contribuinte, ao efetuar a subscrição e integralização de 50.971.500 ações, pelo valor de R\$ 123.565.110,30, passou a deter nesta sociedade 50.974.542 ações, pelo valor de R\$ 123.568.152,30, correspondentes a 48,45904% ($= 50.974.542 / 105.194.700$) do capital social da entidade.

4.6) Ganho de Capital na Integralização de Ações da Daycoval Holding Financeira S/A com a transferência da Nua-Propriedade das Ações do Banco Daycoval S/A. em 19/03/2007 4.6.1) Integralização de Bens e Laudo de Avaliação Conforme descrito no item anterior, o(a) contribuinte integralizou a emissão de novas ações da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, CNPJ nº 08.693.834/0001-31, com a transferência da nua- propriedade de ações de sua titularidade do Banco Daycoval S/A, CNPJ nº 62.232.889/0001-90.

Para fundamentar esta operação, o(a) contribuinte apresentou cópia da Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 19/03/2007, da Daycoval Holding Financeira S/A, registrada na JUCESP sob o nº 110.884/07-3, anexa à carta-protocolo, entregue em 30/05/2012, e Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido do Banco Daycoval S/A, anexo à carta-protocolo, entregue em 16/02/2011.

O capital social representa a totalidade expressa, ou o numerário, dos contingentes realizados ou prometidos pelos sócios para a constituição da sociedade, sendo a primeira das garantias oferecidas a terceiros, e caracterizando-se, portanto, como o fundamento da entidade.

[...]

Assim, a lei 6.404/76, na seção II - Formação, do Capítulo II - Capital Social, estabelece o rito, as regras sobre a integralização do capital social da pessoa jurídica.

Segundo esta lei, o capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro, e esta avaliação dos bens será feita por três peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembleia geral dos subscritores, convocados pela empresa e presidida por um dos fundadores.

Esses peritos deverão AVALIAR OS BENS A SEREM INCORPORADOS, e emitir um laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação e de elementos de comparação adotados e instruído com os documentos relativos AOS BENS AVALIADOS.

Se os subscritores aceitarem o valor aprovado pela assembleia, os bens se incorporarão ao patrimônio da empresa, cabendo àqueles cumprirem as formalidades necessárias para serem efetuadas as respectivas transmissões. Ademais, estabelece o § 4º do artigo 8º que os bens não poderão ser incorporados ao patrimônio da empresa por valor acima do que lhes tiver dado o subscritor.

No caso em tela, é incontroverso que a integralização de capital mencionada na Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 19/03/2007, da Daycoval Holding Financeira S/A foi realizada com bens.

Entretanto, ao se analisar referida Ata de Assembleia Geral Extraordinária, juntamente com o respectivo Laudo de Avaliação nela descrito, constata-se que a avaliação exigida pelo artigo 8º da Lei 6.404/76 foi realizada para as AÇÕES (PROPRIEDADE PLENA) do Banco Daycoval S/A e não para a NUA-PROPRIEDADE desses títulos mobiliários.

Ou seja, para fins de integralização de capital social, avaliou-se um BEM X. mas foi integralizado outro BEM Y em seu lugar, configurando um grave vício nesse processo de integralização de capital.

Com efeito, o(a) contribuinte ao transferir a titularidade da NUA-PROPRIEDADE das ações do banco para a holding, automaticamente constituiu para si, como reserva, um usufruto vitalício dessas ações.

Ademais, conforme expressamente disposto no item 4 da Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 19/03/2007, da Daycoval Holding Financeira S/A, o(a) contribuinte reservou para si exclusivamente os direitos econômicos dessas ações, transferindo para a holding todos os demais direitos a elas relativos, tais como, direitos políticos, de votação, de nomeação aos órgãos da entidade, de gestão, de fiscalização, entre outros.

[...]

A. sim, ao se excluir os direitos econômicos dessas ações, no processo de integralização, cria-se um o bem Y, com valor depreciado em relação ao bem X, E NÃO AVALIADO NESSE PROCESSO. segundo as regras dos artigos 7º e 8º da lei 6.404/76.

Para se ter uma idéia do potencial de depreciação ocorrido na integralização da NUA- PROPRIEDADE. ao invés da PROPRIEDADE PLENA dessas ações, vale lembrar que se trata da exclusão dos direitos econômicos da propriedade das ações de um banco lucrativo, direitos estes que consistem em uma parcela significativa para aferição do valor dessas ações.

Além disso, conforme anteriormente relatado, à época dessa integralização de capital, com a concomitante instituição de usufruto das ações do Banco Daycoval S/A, estava transcorrendo o processo de abertura de capital dessa instituição financeira, com início das negociações de suas ações na bolsa de valores, BM&Fbovespa, fato extremamente relevante a ser considerado em uma avaliação de nua-propriedade, com exclusão dos direitos econômicos, quando comparada a sua plena propriedade, em perspectivas futuras.

No entanto, apesar de analisado e transcrito parcialmente em ata de assembleia, o laudo de avaliação da PROPRIEDADE PLENA das ações do Banco Daycoval S/A foi desconsiderado pelos acionistas, que procederam, à

revelia do referido laudo, a incorporação da NUA-PROPRIEDADE, conforme demonstrado na parte final do item 3 da Ata da AGE de 19/03/2007 da holding.

Ressalta-se que no item 1 do Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido do Banco Daycoval S/A anexo à carta-protocolo, entregue em 16/02/2011, está disposto expressamente que seu objeto é a avaliação das ações, para a finalidade de aumentar o capital social da Daycoval Holding Financeira S/A. Ou seja, o objetivo do laudo era a avaliação da PROPRIEDADE PLENA das ações e não da sua NUA- PROPRIEDADE.

Em decorrência deste fato, por meio do Termo de Constatação e Intimação Fiscal 02/2012, em seu item 1, o(a) contribuinte foi intimado(a) a apresentar cópia do laudo de avaliação da NUA-PROPRIEDADE das ações, do Banco Daycoval S/A citado na Ata de Assembléia Geral Extraordinária de 19/03/2007, registrado na JUCESP sob o nº 110.884/07-3, da Daycoval Holding Financeira S/A, utilizado no processo de integralização das ações desta S/A, indicando os critérios da referida avaliação.

h.i resposta à referida intimação, o(a) contribuinte se limitou a juntar ao processo o mesmo laudo de avaliação, entregue em 16/02/2011, sem apresentar qualquer justificativa, quanto a apresentação de um laudo de avaliação sobre a NUA-PROPRIEDADE das ações do Banco Daycoval S/A.

Constata-se, portanto, que foi produzido UM laudo de avaliação de UM bem, no caso, as ações (PROPRIEDADE PLENA) do Banco Daycoval S/A apenas para atender formalmente à exigência do artigo 8º da lei 6.404/76, mas quando da efetivação da incorporação desse bem pela Daycoval Holding Financeira S/A, o que seria decorrência lógica do processo de integralização, o mesmo foi trocado, com inclusão expressa, no item 3 da Ata da AGE de 19/03/2007, pela NUA-PROPRIEDADE dessas ações.

Este fato é tão relevante, que macula não apenas o procedimento de avaliação, mas também vicia todo o processo de integralização de capital da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, na determinação do real valor dos bens integralizados, pois com a transferência da nua-propriedade das ações, surge concomitantemente a reserva de usufruto vitalício, que é um contrato aleatório, dependendo da expectativa de vida do usufrutuário, e influenciando diretamente no valor da nua-ropriedade das ações transferidas.

Com efeito, por se tratar de uma aleatoriedade, consistente no tempo de duração do usufruto, que coincide com o restante de vida do usufrutuário, a fixação do preço da nua-propriedade possui algumas peculiaridades.

Além dos elementos para a determinação do preço de uma ação, pelos critérios de valor capitalizado, de valor patrimonial, ou valor de mercado, com fundamentos diversos a serem abordados em laudo de avaliação, o valor da nua-propriedade, no caso em exame, também levará em consideração a idade do usufrutuário, haja vista que a suspensão dos direitos de uso e gozo do bem, para o nu-proprietário, enquanto durar o usufruto, será maior, por exemplo, para um usufrutuário de 30 anos do que para um de 80 anos, acarretando, conseqüentemente, uma depreciação proporcional no valor da

nua-propriedade alienada, segundo a variável atuarial introduzida pela constituição de um usufruto vitalício.

Assim, ao trocar a incorporação da propriedade plena das ações do Banco Daycoval S/A, pela incorporação da nua-propriedade destas, no processo de integralização de capital da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, o(a) contribuinte e os demais 05 (cinco) acionistas criaram uma diferenciação de valor das nuas-propriedades em questão, conforme a idade de cada um deles, de tal maneira que um único bem suscetível de avaliação, segundo o artigo 7º da Lei 6.404/76, ação do banco, ou BEM X, foi transformado em 06 (seis) bens diferentes, BEM Y1, BEM Y2, BEM Y3, BEM Y4, BEM Y5 e BEM Y6.

Ou seja, a ação do Banco Daycoval S/A, que foi avaliada no laudo de avaliação apresentado, seguindo um critério objetivo e uniforme para todos os 06 (seis) acionistas do banco, passou a sofrer a sujeição de um critério subjetivo, dependente de cada acionista, de acordo com sua expectativa de vida, em decorrência da conferência da nua-propriedade destas ações no processo de integralização de capital analisado, no lugar da incorporação da propriedade plena.

Esse subjetivismo introduzido no processo de incorporação por si só invalida o mencionado laudo de avaliação como documento hábil e idôneo, demonstrando que tal documento contém a análise e avaliação de um bem diverso daqueles realmente integralizados na holding, os quais não foram submetidos a um laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação exigidos pelo parágrafo 1º do artigo 8º da Lei 6.404/76.

Dever-se-ia realizar 06 (seis) laudos de avaliações diversos, um para cada acionista da sociedade, avaliando cada uma das nuas-propriedades em questão, BEM Y1, BEM Y2, BEM Y3, BEM Y4, BEM Y5 e BEM Y6, de forma a atender as exigências dos artigos 7º e 8º da lei 6.404/76, mesmo que ao final dessas análises fosse feita uma média de todas as 06 (seis) precificações das nuas-propriedades, para posterior integralização a um valor único, porém fundamentado e com critério expresso e estabelecido, o que não ocorreu, conforme exhaustivamente já demonstrado neste Termo de Verificação Fiscal.

[...]

4.6.2) Alienação da Nua-Propriedade

Conforme descrito nos itens anteriores, o(a) contribuinte integralizou a emissão de novas ações da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, CNPJ nº 08.693.834/0001-31, com a transferência da nua-propriedade de ações do Banco Daycoval S/A CNPJ nº 62.232.889/0001-90, de sua titularidade.

O(A) contribuinte ao transferir a nua-propriedade de suas ações do banco, na integralização de aumento de capital social subscrito da holding, efetivamente realiza uma alienação em sentido amplo, pois passa a ser

proprietário de títulos representativos deste capital, os quais foram integralizados com os bens ou direitos anteriormente possuídos, trocados como contrapartida pela aquisição dos ativos transmitidos pela empresa Daycoval Holding Financeira S/A.

Não se trata, portanto, de transmissão gratuita da nua-propriedade das ações do Banco Daycoval S/A, haja vista que há por parte do(a) adquirente (holding) a entrega, ao(à) alienante (contribuinte), de ativos (ações integralizadas) de seu patrimônio, os quais se destinaram, exclusivamente, ao pagamento da nua-propriedade de ações do banco, usadas como bens suscetíveis de avaliação em dinheiro, no processo de integralização do aumento do capital social da Daycoval Holding Financeira S/A.

Embora não tenha havido qualquer fluxo financeiro, o valor dessa operação, para cada acionista-subscritor, é o valor da transmissão, constante nas tabelas dos itens 3 e 5 da Ata de Assembleia Geral Extraordinária de 19/03/2007, da Daycoval Holding Financeira S/A, registrada na JUCESP sob o nº 110.884/07-3, anexa à carta-protocolo, entregue em 30/05/2012.

Os valores constantes nas referidas tabelas representam os preços das operações que se liquidaram pelo pagamento na forma de instrumentos patrimoniais.

Dessa forma, analisando-se o item 3 da Ata da AGE de 19/03/2007, da Daycoval Holding Financeira S/A, verifica-se que o valor unitário de alienação da nua-propriedade das ações do Banco Daycoval S/A, foi de R\$ 2,4242, equivalente ao valor unitário das novas ações emitidas pela holding, as quais foram integralmente transferidas ao(à) contribuinte na data da alienação, 19/03/2007, em caráter pro soluto, quitando totalmente a operação de integralização de capital supramencionada.

Logo, a entrega ao(à) contribuinte das ações integralizadas da holding, como contrapartida daquele ter transferido a esta a nua-propriedade das ações do banco, apresenta caráter pro soluto, recebido como se dinheiro fosse, com efeito de pagamento à vista, servindo como ato jurídico que, efetivamente, salda, quita ou extingue a dívida ou obrigação, sem depender de qualquer evento posterior, pois a alienação é efetuada sob caráter irrevogável, considerando-se que o preço pago foi recebido como se venda à vista o fosse.

Assim, no processo em questão de integralização do aumento do capital social da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, o(a) contribuinte alienou, em 19/03/2007, a NUA-PROPRIEDADE de todas as suas 41.887.700 ações ON e 9.083.800 ações PN, totalizando 50.971.500 ações nominativas do Banco Daycoval S/A, pelo valor total de R\$ 123.565.110,30.

4.6.3) Apuração do Ganho de Capital na Integralização de Bens

Conforme demonstrado nos itens anteriores deste Termo de Verificação Fiscal, efetivamente o ato jurídico de integralização do caso em tela, encerra uma das espécies do gênero alienação, a qual pode gerar ganho ou perda de capital para o alienante, haja vista que se materializa a transmissão onerosa

da propriedade de ativos, sempre passível de avaliação em termos de moeda corrente.

[...]

Como verificado na análise precedente, no caso em tela ocorre a subsunção dos fatos às normas transcritas, pois houve alienação, a título oneroso de integralização de capital, da NUA-PROPRIEDADE de todas as ações do Banco Daycoval, de titularidade do(a) contribuinte, que foram transferidas, em caráter pro soluto, para a empresa Daycoval Holding Financeira S/A, em 19/03/2007, pelo valor total de R\$ 12.565.110,30.

Por outro lado, a determinação do custo da nua-propriedade das ações do Banco Daycoval S/A alienadas no processo de integralização não foi realizada pelo(a) contribuinte, apesar de regularmente intimado(a), no item 2 do Termo de Constatação e Intimação Fiscal 02/2012, a comprovar, mediante documentação hábil e idônea (documentos societários, laudos, relatórios, pareceres de auditoria, etc.), o custo das mesmas, indicando, inclusive, os critérios da referida avaliação, caso existisse.

Em resposta ao Termo de Constatação e Intimação Fiscal 02/2012, o(a) contribuinte alegou, por meio da carta-protocolo datada de 03/09/2012, e respectivos anexos, que a comprovação do custo da nua-propriedade das ações do Banco Daycoval S/A estava discriminada nos itens 1.1, 1.2, e 1.3 da carta-protocolo entregue em 30/05/2012, e analisada nos itens 4.1 a 4.4 deste Termo de Verificação Fiscal.

Cabe ressaltar que o custo alegado pelo(a) contribuinte, em sua resposta ao Termo de Constatação e Intimação Fiscal 02/2012, não se trata do custo da NUA-PROPRIEDADE de suas ações do Banco Daycoval S/A, mas sim, do custo da PROPRIEDADE PLENA dessas ações, as quais, como já demonstrado, têm valor superior ao custo de uma nua-propriedade.

[...]

Constata-se, portanto, que assim como não foi produzido um laudo de avaliação da NUA-PROPRIEDADE das ações do Banco Daycoval S/A, para atender à exigência do artigo 8º da lei 6.404/76, também não houve qualquer preocupação, por parte do(a) contribuinte, em determinar o custo desta, e conseqüentemente, em se apurar o ganho de capital ocorrido na operação de integralização.

Dessa forma, para se apurar o ganho de capital ocorrido no processo de integralização de capital da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, é necessário que se determine o custo da nua-propriedade das ações integralizadas.

Para isso, o artigo 16 da Lei 7.713/88 impõe como custo de aquisição dos bens e direitos alienados, para efeito de apuração do ganho de capital, o preço da aquisição, destacando que se poderá tomar por "preço da aquisição", o valor pago em situação de ter ocorrido fluxo financeiro e, vai mais além

para listar alternativas secundárias de determinação do custo de aquisição quando não for possível se ter o preço da aquisição.

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

I - o valor atribuído para efeito de pagamento do imposto de transmissão;

[...]

§ 3º No caso de participação societária resultante de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, (que tenham sido tributados na forma do art. 36 desta Lei), o custo de aquisição é igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista beneficiário.

§ 4º O custo é considerado igual a zero no caso das participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, no caso de partes beneficiárias adquiridas gratuitamente, assim como de qualquer bem cujo valor não possa ser determinado nos termos previsto neste artigo.

Logo, de acordo com o inciso I do artigo 16 da lei 7.713/88, o custo da nova-propriedade das ações supramencionadas poderá ser determinado pelo valor atribuído ao respectivo ativo mobiliário, para efeito de pagamento do imposto de transmissão, quando da aquisição desse bem.

São dois os impostos sobre transmissão de bens e direitos previstos na CF/88: o Imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos - ITCMD, de competência estadual (art. 155, I da CF/88), e o Imposto sobre transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição - ITBI, de competência municipal (art. 156, II da CF/88).

Assim, considerando que o domicílio tributário do contribuinte era, à época dos fatos, e ainda é, a cidade de São Paulo/SP, bem como os fatos jurídicos analisados ocorreram nesta mesma localidade, o imposto de transmissão que serve de base para o cálculo do custo dos bens em questão, é o Imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos do Estado de São Paulo - ITCMD/SP, regido pela Lei Estadual nº 10.705/2000,, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.992/2001.

O § 2º do artigo 9º da Lei Estadual nº 10.705/2000, prescreve o seguinte:

Art. 9º (...)

§ 2º - Nos casos a seguir, a base de cálculo é equivalente a:

1. 1/3 (um terço) do valor do bem, na transmissão não onerosa do domínio útil;

2. 2/3 (dois terços) do valor do bem, na transmissão não onerosa do domínio direto;

3. 1/3 (um terço) do valor do bem, na instituição do usufruto, por ato não oneroso;

4. 2/3 (dois terços) do valor do bem, na transmissão não onerosa da nua-propriedade.

A legislação do ITB1/SP também prevê a base de cálculo para transações envolvendo a nua-propriedade de bens imóveis, no artigo 9º da municipal Lei nº 11.154/1991:

Art. 9º. O valor mínimo fixado no artigo anterior será reduzido:

I - na instituição de usufruto e uso, para 1/3 (um terço);

II - na transmissão de nua propriedade, para 2/3 (dois terços);

III - na instituição de enfiteuse e de transmissão dos direitos do enfiteuta, para 80% (oitenta por cento);

IV - na transmissão de domínio direto, para 20% (vinte por cento).

Parágrafo único. Consolidada a propriedade plena na pessoa do proprietário, o imposto será calculado sobre o valor do usufruto, uso ou enfiteuse.

Dessa forma, na ausência do custo de aquisição da nua-propriedade das ações do Banco Daycoval S/A, POR MEIO DE DOCUMENTAÇÃO HÁBIL E IDÔNEA. À ÉPOCA DOS FATOS, o valor desse custo será igual a 2/3 do valor do custo de aquisição da propriedade plena dessas ações, de acordo com as formas de cálculos previstas nos impostos de transmissão de bens e direitos, vigentes no direito tributário brasileiro, e prescrita no inciso I do artigo 16 da lei 7.713/88.

[...]

Em face das normas supramencionadas, e conforme demonstrado nos itens 4.1 a 4.4 deste Termo de Verificação Fiscal, o custo de aquisição da participação societária (propriedade plena) do(a) contribuinte, junto ao Banco Daycoval S/A, era, em 19/03/2007. de R\$ 123.565.110,30.

Logo, o custo de aquisição da nua-propriedade dessas ações é igual a 2/3 (dois terços) do custo da propriedade plena, que era igual a R\$ 123.565.110,30, totalizando, assim, R\$ 82.376.740,20.

Ressalta-se que o cálculo do custo da nua-propriedade das ações analisadas, de acordo com as prescrições do inciso I do artigo 16 da lei 7.713/88, é o procedimento mais equânime para o(a) contribuinte, e se coaduna com o artigo 108 do Código Tributário Nacional - CTN, a seguir transcrito:

Como se observa, na Declaração de Bens e Direitos da DIRPF 2007/2008 do(a) contribuinte em tela, simplesmente houve uma troca dos dados históricos da coluna “Discriminação”, dos bens avaliados em R\$ 123.565.110,30, como se a propriedade plena das ações do Banco Daycoval S/A tivessem sido trocadas pelas ações integralizadas da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, mantendo o mesmo valor histórico, apenas para enquadrar, forçosamente, referida operação à hipótese prevista no parágrafo 1º do artigo 23 da Lei nº 9.249/95, e com isso, escapar da subsunção ao parágrafo 2º desse mesmo artigo, simulando uma não ocorrência de ganho de capital na referida operação.

Por todo o exposto, conforme anteriormente demonstrado, foi apurado no processo de integralização de ações da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, um ganho de capital no valor de RS 41.188.370,10, e um imposto de renda devido de RS 6.178.255.51.

4.7) Lançamento e Decadência

O Imposto de Renda da Pessoa Física — IRPF obedece ao regime de caixa, sendo devido, à medida que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, e o IRPF decorrente do ganho de capital apurado pelo(a) contribuinte não integra a base de cálculo do imposto na declaração de ajuste anual, sendo tributado em separado.

[...]

No caso presente, conforme descrito nos itens anteriores, havendo evidências de que tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, com o objetivo de se ocultar o ganho de capital do processo de integralização em análise, não se aplica a regra geral para o prazo decadencial, prevista para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, qual seja, 05 (cinco) anos a contar da data da ocorrência do fato gerador (19/03/2007), mas sim a regra de contagem prevista no artigo 173,1, na qual o termo inicial do prazo de 05 (cinco) anos começa no primeiro dia do exercício seguinte em que o tributo deveria ser lançado, ou seja, 01/01/2008.

[...]

Ou seja, neste item 3, também ficou demonstrado que o(a) contribuinte, bem como os demais acionistas, tinham plena noção que o valor dos bens, suscetíveis de avaliação, no Banco Daycoval S/A, correspondente ao valor das novas ações emitidas pela holding era o VALOR DA PROPRIEDADE PLENA DAS AÇÕES. E NÃO O VALOR DA NUA-PROPRIEDADE DELAS.

Dessa forma, a conduta dolosa adotada pelo(a) contribuinte, e demais acionistas da holding, tinha como objetivo fraudar a legislação tributária, por meio da burla à lei das sociedades anônimas, simulando um negócio jurídico de alienação de ações (propriedade plena) do Banco Daycoval S/A, na integralização das ações da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, mas realizando um outro negócio jurídico, pela mudança do objeto da prestação, e

entregando à holding, ao invés da propriedade plena das ações (bem X), apenas a nua- propriedade destes títulos mobiliários (bem Y), excluindo os direitos econômicos daqueles, no processo de transferência de titularidade, mas adotando o mesmo valor da propriedade plena.

Por todo o exposto, e conforme relatado nos itens anteriores, durante o processo de integralização de capital da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, o(a) contribuinte burlou os artigos 7º e 8º da Lei 6.404/76, os artigos 1º, 2º, 3º e 16 da Lei 7.713/88, e o artigo 23 da Lei nº 9.249/95, transferindo o bem Y, nua-propriedade, pelo valor do bem X, propriedade plena, dando baixa, em sua DIRPF 2007/2008, no valor histórico deste bem, e lançando na sua declaração de bens e direitos, as ações subscritas da holding, pelo mesmo valor dos bens simuladamente transferidos (as ações plenas do banco), mas que não foram, e entregando à Daycoval Holding Financeira S/A, somente a nua-propriedade das ações do banco.

Sendo assim, comprovando-se no caso em tela, pelos fatos expostos, a ocorrência de dolo, fraude e simulação, com a finalidade de se dissimular e ocultar o fato gerador do ganho de capital na alienação de nua-propriedade de ações, não se aplica o prazo decadencial de 05 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador (19/03/2007), mas sim o prazo previsto no artigo 173,1, no qual o termo inicial é de 05 (cinco) anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o tributo deveria ser lançado, ou seja, 01/01/2008.

O contribuinte foi cientificado do lançamento em 06/12/2012 (AR de fl. 368 e informação de fl. 441).

Apresentou em 04/01/2013 a impugnação (fls. 372/430), instruída com os documentos (fls. 431/608), aduzindo, em síntese:

- que discorda da autuação, em face:

II.a) Da Decadência;

II.b) Da Legalidade do Procedimento do Requerente; II.c) Da Invenção da Base de Cálculo do IRPF e Erro quanto à Redução de Valor da Nua-Propriedade, por inexistência de apuração do bem a valor de mercado e interpretação equivocada da Legislação de ITCMD/SP;

II.d) da Inexistência de Acréscimo Patrimonial;

II.e) Da Ilegalidade da Hipótese de Incidência e da Base de Cálculo, pela utilização da Lei Estadual do ITCMD e descabimento da utilização da analogia e da equidade;

II.f) Do Desrespeito ao Princípio da Isonomia;

II.g) Da inconsistência do arbitramento da base de cálculo do IRPF;

II.h) Da Inexistência de Fraude, Dolo e Simulação;

II.i) Da Não Incidência do Imposto de Renda da Pessoa Física – direito adquirido do Requerente (DL 1.510/1976);

Ao final, postulou pelo cancelamento integral do lançamento, além das condenações dele advindas; e/ou cancelada a multa qualificada de 150%.

A Turma de Primeira Instância, julgou improcedente a impugnação, conforme ementa abaixo transcrita:

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

Data do fato gerador: 31/03/2007

DECADÊNCIA. GANHO DE CAPITAL.

Comprovada a ocorrência de dolo, fraude e simulação, com a finalidade de dissimular e ocultar o fato gerador do ganho de capital na alienação de bens e direitos, não se aplica o prazo decadencial de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, deslocando-se a contagem para a regra geral estatuída no art. 173, inciso I, do mesmo diploma legal.

*GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS.
PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.*

Considera-se ganho de capital a diferença positiva entre o valor de alienação de bens ou direitos e o respectivo custo de aquisição.

Se a transferência de bens e direitos, a título de integralização de capital, não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior é tributável como ganho de capital.

*GANHO DE CAPITAL. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.
ISENÇÃO.*

A isenção prevista no art. 4º do Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, não se aplica a fato gerador ocorrido a partir de 1º de janeiro de 1989, por ter sido expressamente revogada pelo art. 58 da Lei nº 7.713, de 1988, mesmo depois de decorrido o período de cinco anos da data da subscrição ou aquisição da participação. Não há que se falar em direito adquirido.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Configurada a ocorrência de dolo, fraude e simulação, impõe-se ao infrator a aplicação da multa qualificada prevista na legislação de regência.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte foi cientificado do Acórdão nº 16-45.136 da 18ª Turma da DRJ/SP1 em 18/06/2013 (fl. 658 pdf).

Sobreveio Recurso Voluntário em 17/07/2013 (fls. 659/727), no qual repisou os fundamentos da impugnação e argüiu principalmente quanto:

a) Decadência:

Alegou que a DRJ/SPO ignorou o fato de o AFRFB fazer a segunda intimação após mais de um ano da primeira intimação, deixou transcorrer o prazo de decadência, sendo que o suposto fato jurídico tributário ocorreu em marco/2007 e a segunda intimação ter ocorrido em abril/2012; que o desleixo do AFRFB justifica a necessidade de sustentar que houve "dissimulação", como forma de afastar a decadência; justifica que deve ser observada a regra geral de decadência, pois inexistiu qualquer tipo de dissimulação.

Citou legislação e jurisprudência que embasam sua tese.

b) Legalidade do Procedimento do Recorrente:

Em síntese, sustenta que o procedimento adotado encontra amparo legal e "pela inexistência de norma que distinga a nua-propriedade da propriedade plena de ações para feito de integralização de capital, o Recorrente seguiu à risca os ditames da Lei nº 9.249/95 e **utilizou o valor de custo** (ou de declaração) contido em sua DIRPF no momento da cessão da nua-propriedade das ações do Banco em favor da Holding, para efeito de aumento de seu capital social."

c) A invenção da Base de Cálculo do IRPF e o Erro quanto à Redução de Valor da Nua-Propriedade:

Justificou sua defesa informando que o órgão julgador "a quo" *não diz se foi apurado valor de mercado ou utilizado valor da declaração, apenas assente à posição verificado no TVF, que, a partir do valor histórico das ações do Banco, o AFRFB construiu um montante a título de ganho de capital (fls. 634)*

Asseverou que o Agente Fiscal partiu do custo das ações do Banco como parâmetro para reduzir o "custo da nua-propriedade", chegando numa quantia que ele entende como ganho de capital tributável.

Informou que inexistiu apuração do valor de mercado do bem integralizado na Holding, motivo pelo qual, sob a égide da Lei nº 9.249/95, não se justifica a exigência de IRPF sobre ganho de capital.

d) Inexistência de Acréscimo Patrimonial:

Nesse ponto, aduz que a DRJ/SPO, não se manifesta quanto à existência de acréscimo patrimonial do recorrente, mas tão somente baliza seus fundamentos na ideia que de a propriedade tem valor diferente da nua-propriedade.

Resumidamente, justifica que ao integralizar as ações do Banco na Holding com reserva de usufruto para si, não houve qualquer modificação positiva de ganho de acréscimo patrimonial ao recorrente que pudesse embasar a incidência de IRPF.

e) A Ilegalidade da Hipótese de Incidência e da Base de Cálculo:

Nesse ponto, asseverou que o AFRFB criou uma nova incidência do IRPF, **dado que não foi apurado o valor de mercado e o montante tributável escapa à regra da utilização do montante de custo contido na DIRPF do Recorrente.**

Argumenta que foi utilizada base de cálculo para o IRPF que não encontra guarida na legislação federal.

f) Desrespeito ao Princípio da Isonomia:

Neste quesito, discorre acerca da isonomia prevista na Carta Magna. Entende que contribuintes na mesma situação, domiciliados em estados diferentes, teriam, pelo critério adotado pela fiscalização, bases de cálculo do IRPF completamente distintas, o que fere o princípio constitucional.

g) Inconsistência do arbitramento da base de cálculo do IRPF:

O contribuinte/recorrente, alega que o Fiscal deixou de apurar o valor de mercado da sua propriedade e ao mesmo tempo indicou que o montante de custo das aludidas ações descrito na DIRPF do recorrente seria inferior ao valor adotado na cessão.

Informa que o arbitramento não foi pelo valor de mercado; que inexistiu laudo da Receita Federal e que foi aplicada apenas a legislação do ITCMD, que é regra geral.

Rebate que o lançamento todo foi feito à margem da Lei e que o arbitramento feito pelo AFRFB não possui respaldo nenhum.

h) A Inexistência de Fraude, Dolo e Simulação:

O recorrente defende sua tese alegando que o lançamento foi efetuado, pois houve colaboração do contribuinte ao fornecer os documentos. Asseverou que para que houvesse fraude, deveria ter a intenção de esconder a ocorrência do fato jurídico tributário e que isso não aconteceu.

Entende que o lançamento se deu por uma interpretação equivocada do direito, que discordou do montante que deveria ter sido baixado da DIRPF, utilizando-se de regras estaduais que o Recorrente jamais teria consultado para compor sua declaração.

Aduz que a fraude, dolo ou simulação devem ser minuciosamente comprovados e que, portanto, deve ser cancelada a multa qualificada e afastada para efeito da decadência, a aplicação do art. 173, do CTN.

i) A Não Incidência do Imposto de Renda da Pessoa Física - Direito Adquirido do Recorrente (DL 1.510/76)

Em apertada síntese, defende-se alegando que *"ainda que se considere a hipótese do AFRFB de que teria havido ganho de capital na integralização na Holding, o Recorrente possuiu o direito à não-incidência do IRPF, dado que a participação societária foi adquirida anteriormente ao prazo de 5 anos a contar da vigência da Lei 7.713/88, nos termos do Decreto-lei 1.510/76, art. 4º, "d".*

Destaca jurisprudência.

Ao final, requer cancelamento do lançamento em face da decadência ou pelas razões de mérito.

É o relatório.

Passo a decidir.

CÓPIA

Voto Vencido

Conselheira Relatora Alice Grecchi

O recurso voluntário ora analisado possui os requisitos de admissibilidade do Decreto nº 70.235/72, motivo pelo qual merece ser conhecido.

Inicialmente cabe analisar a **prejudicial de mérito**, isto é, a **decadência**.

Assiste razão o recorrente quanto a alegação de decadência do lançamento, a um – porque no presente caso, evidentemente, o contribuinte não agiu com dolo, portanto não se aplica o art. 173, I do CTN, a dois - tendo em vista que a tributação sobre o ganho de capital é definitiva, ou seja, não se sujeita a ajuste na declaração e independe de prévio exame da autoridade administrativa, de modo que o lançamento é por homologação (art. 150, § 4º do CTN), devendo o prazo decadencial ser contando da ocorrência do fato gerador.

Neste sentido este E. Conselho vem decidindo sobre a matéria, conforme se constata nas decisões a seguir:

Processo nº. : 13726.000510/2002-13

Recurso nº. : 137.781

Matéria : IRPF - Ex(s): 1998

Recorrente : SÍLVIO COSTA DE CARVALHO

Recorrida : 3ª TURMA/DRJ no RIO DE JANEIRO – RJ II

Sessão de : 12 DE AGOSTO DE 2004

Acórdão nº. : 106-14.144

IRPF - GANHO DE CAPITAL - DECADÊNCIA - Sendo a tributação sobre o ganho de capital definitiva, não sujeita a ajuste na declaração e independente de prévio exame da autoridade administrativa, o lançamento é por homologação (art. 150, § 4º do CTN), devendo o prazo decadencial ser contando da ocorrência do fato gerador.

Decadência acolhida.

Processo nº 11516.005320/200917

Recurso nº Voluntário

Acórdão nº 2801003.557

– 1ª Turma Especial

Sessão de 15 de maio de 2014

Matéria IRPF

Recorrente ARMANDO LIRANI

Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Exercício: 2005

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÕES A PRAZO. MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

Nas alienações de bens a prazo, o fato gerador ocorre no momento da alienação e o ganho de capital deverá ser apurado como venda à vista, com vencimento do imposto, de forma proporcional, na medida em que os pagamentos forem sendo realizados.

O recebimento de valores de forma parcelada não altera e nem fraciona a data da ocorrência do fato gerador referente ao ganho de capital.

Recurso Voluntário Provido.

Constata-se, dessa forma, que o lançamento ocorreu passados mais de cinco anos da data do fato gerador do Imposto sobre a Renda incidente sobre ganhos de capital, tendo em vista que o fato gerador ocorreu em 31.03.2007 e o contribuinte fora cientificado do lançamento em 05.12.2012, conforme Carta A.R. fl. 368. Ainda que o Contribuinte seja obrigado a reportar tal ocorrência em sua declaração de rendimentos, é assente que tal não desvirtua o momento em que é devido o imposto, inclusive sujeito a cálculo em apartado.

Cumpra esclarecer que no caso dos autos não se aplica a **qualificação da multa**.

No Termo de Verificação Fiscal constante em fls. 329/367 o Auditor Fiscal autuante fundamenta a qualificação da multa aplicada discorrendo que no presente caso houve dolo do contribuinte em fraudar a legislação tributária e deixar de recolher os tributos lançados, conforme segue:

*"[...] a conduta dolosa adotada pelo(a) contribuinte, e demais acionistas da holding, tinha como objetivo **fraudar a legislação tributária**, por meio da burla à lei das sociedades anônimas, **simulando um negócio jurídico de alienação de ações** (propriedade plena) do Banco Daycoval S/A, na integralização das ações da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, mas realizando um outro negócio jurídico, pela mudança do objeto da prestação, e entregando à holding, ao invés da propriedade plena das ações (bem X), apenas a nua-propriedade destes títulos mobiliários (bem Y), excluindo os direitos econômicos daqueles, no processo de transferência de titularidade, mas adotando o mesmo valor da propriedade plena." (grifei)*

[...]

*No caso presente, conforme descrito nos itens anteriores, **havendo evidências de que tenha ocorrido dolo, fraude ou***

simulação, com o objetivo de se ocultar o ganho de capital do processo de integralização em análise, não se aplica a regra geral para o prazo decadencial, prevista para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, qual seja, 05 (cinco) anos a contar da data da ocorrência do fato gerador (19/03/2007), mas sim a regra de contagem prevista no artigo 173, I, na qual o termo inicial do prazo de 05 (cinco) anos começa no primeiro dia do exercício seguinte em que o tributo deveria ser lançado, ou seja, 01/01/2008.

Na hipótese dos autos, não obstante o esforço do fiscal autuante, o mesmo se equivocou ao afirmar que o contribuinte agiu com dolo objetivando suprimir tributos, pois não há dolo no agir do contribuinte em alienar a sua propriedade das ações pelo valor constante da Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física, mantendo para si a reserva do usufruto, atribuindo-lhe valor zero, pois esta é, inclusive, a orientação da própria Receita Federal. Ademais, o contribuinte efetuou todos os registros necessários, bem como apresentou as respectivas alterações na sua declaração de ajuste anual.

Este entendimento, aliás, encontra-se sedimentado no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, conforme se extrai dos julgados com suas ementas abaixo transcritas:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA
IRPF - Exercício: 2006*

[...]

*MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.
COMPROVAÇÃO.*

Ante à ausência de demonstração e comprovação de que o contribuinte agiu com evidente intuito de fraude, incabível a aplicação da multa de ofício qualificada.

(Acórdão nº 2201-002.223 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Processo nº 19515.002134/201073, Sessão de 15 de agosto de 2013) (grifei)

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA
IRPF - Ano-calendário: 2003, 2004, 2005*

IRPF. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. MULTA QUALIFICADA. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. NÃO COMPROVADOS. SIMPLES CONDUTA REITERADA. IMPOSSIBILIDADE QUALIFICAÇÃO.

De conformidade com a legislação tributária, especialmente artigo 44, inciso I, § 1º, da Lei nº 9.430/96, c/c Sumula nº 14 do CARF, a qualificação da multa de ofício, ao percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), condiciona-se à comprovação, por parte da fiscalização, do evidente intuito de fraude do contribuinte. Assim não o tendo feito, não prospera a qualificação da multa, sobretudo quando a autoridade lançadora utiliza como lastro à sua empreitada a simples reiteração da conduta do contribuinte, fundamento que,

isoladamente, não se presta à aludida imputação, consoante jurisprudência deste Colegiado.

(Acórdão nº 9202-003.195 – 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Processo nº 10215.720176/200885, Sessão de 08 de maio de 2014) (grifei)

Ainda que superada a questão da decadência, verifica-se que no **mérito** também assiste razão ao recorrente em face do exame dos fundamentos constantes do Termo de Verificação Fiscal que levaram a fiscalização a concluir que o contribuinte omitiu ganho de capital.

Extraí-se do referido Termo de Verificação Fiscal, parte integrante do Auto de Infração, que o contribuinte visou ocultar os ganhos de capital na integralização do capital social da empresa Daycoval Holding Financeira S/A com a transferência da nua-propriedade das 50.971.500 ações do Banco Daycoval S/A pelo valor total de R\$ 123.565.100,30.

Considerou o Auditor Fiscal que *"o bem transferido do patrimônio da pessoa física para a pessoa jurídica não foi a propriedade plena (bem X) das ações, mas sim a nua-propriedade dessas ações (bem Y), as quais foram transmitidas pelo mesmo valor daquelas e, portanto, por um valor histórico superior ao que efetivamente possuíam."* Ainda, referiu o Auditor Fiscal que *"em qualquer tempo a nua-propriedade sempre terá valor inferior a sua propriedade plena, por ser parte desta."*

Concluiu o Fisco que *"Houve uma troca dos dados históricos da coluna "Discriminação", dos bens avaliados em R\$ 123.565.110,30, como se a propriedade pela das ações do Banco Daycoval S/A tivessem sido trocadas pelas ações integralizadas da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, mantendo o mesmo valor histórico, apenas para enquadrar, forçosamente, referida operação à hipótese prevista no parágrafo 1º do artigo 23 da Lei nº 9.249/95 [...]"*

A fiscalização intimou o contribuinte a informar o custo de aquisição da nua-propriedade das ações para fins de verificar se houve ganho de capital e o contribuinte acostou o Laudo de Avaliação das ações, no qual o Auditor autuante entendeu que neste estava sendo avaliado a propriedade plena dessas ações, e por esta razão, utilizou-se da analogia para criar uma hipótese de base de cálculo para a apuração do ganho de capital. Vejamos:

"[...] Dessa forma, para se apurar o ganho de capital ocorrido no processo de integralização de capital da empresa Daycoval Holding Financeira S/A, é necessário que se determine o custo da nua-propriedade das ações integralizadas.

Para isso, o artigo 16 da Lei 7.713/88 impõe como custo de aquisição dos bens e direitos alienados, para efeito de apuração do ganho de capital, o preço da aquisição, destacando que se poderá tomar por "preço da aquisição", o valor pago em situação de ter ocorrido fluxo financeiro e, vai mais além para listar alternativas secundárias de determinação do custo de aquisição quando não for possível se ter o preço da aquisição.

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

I - o valor atribuído para efeito de pagamento do imposto de transmissão;

[...]

§ 3º No caso de participação societária resultante de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, (que tenham sido tributados na forma do art. 36 desta Lei), o custo de aquisição é igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista beneficiário.

§ 4º O custo é considerado igual a zero no caso das participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, no caso de partes beneficiárias adquiridas gratuitamente, assim como de qualquer bem cujo valor não possa ser determinado nos termos previsto neste artigo.

Logo, de acordo com o inciso I do artigo 16 da lei 7.713/88, o custo da nua-propriedade das ações supramencionadas poderá ser determinado pelo valor atribuído ao respectivo ativo mobiliário, para efeito de pagamento do imposto de transmissão, quando da aquisição desse bem.

São dois os impostos sobre transmissão de bens e direitos previstos na CF/88: o Imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos - ITCMD, de competência estadual (art. 155, I da CF/88), e o Imposto sobre transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição - ITBI, de competência municipal (art. 156, II da CF/88).

Assim, considerando que o domicílio tributário do contribuinte era, à época dos fatos, e ainda é, a cidade de São Paulo/SP, bem como os fatos jurídicos analisados ocorreram nesta mesma localidade, o imposto de transmissão que serve de base para o cálculo do custo dos bens em questão, é o Imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos do Estado de São Paulo - ITCMD/SP, regido pela Lei Estadual nº 10.705/2000, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.992/2001.

O § 2º do artigo 9º da Lei Estadual nº 10.705/2000, prescreve o seguinte:

Art. 9º (...)

§ 2º - Nos casos a seguir, a base de cálculo é equivalente a:

[.];

4. 2/3 (dois terços) do valor do bem, na transmissão não onerosa da nua-propriedade.

A legislação do ITBI/SP também prevê a base de cálculo para transações envolvendo a nua-propriedade de bens imóveis, no artigo 9º da municipal Lei nº 11.154/1991:

Art.9º. O valor mínimo fixado no artigo anterior será reduzido:

[...]

II - na transmissão de nua propriedade, para 2/3 (dois terços);

[...]

Parágrafo único. Consolidada a propriedade plena na pessoa do proprietário, o imposto será calculado sobre o valor do usufruto, uso ou enfiteuse.

Dessa forma, na ausência do custo de aquisição da nua-propriedade das ações do Banco Daycoval S/A, POR MEIO DE DOCUMENTAÇÃO HÁBIL E IDÔNEA. À ÉPOCA DOS FATOS, o valor desse custo será igual a 2/3 do valor do custo de aquisição da propriedade plena dessas ações, de acordo com as formas de cálculos previstas nos impostos de transmissão de bens e direitos, vigentes no direito tributário brasileiro, e prescrita no inciso I do artigo 16 da lei 7.713/88.

[...]

Em face das normas supramencionadas, e conforme demonstrado nos itens 4.1 a 4.4 deste Termo de Verificação Fiscal, o custo de aquisição da participação societária (propriedade plena) do(a) contribuinte, junto ao Banco Daycoval S/A, era, em 19/03/2007. de R\$ 123.565.110,30.

Logo, o custo de aquisição da nua-propriedade dessas ações é igual a 2/3 (dois terços) do custo da propriedade plena, que era igual a R\$ 123.565.110,30, totalizando, assim, R\$ 82.376.740,20.

Ressalta-se que o cálculo do custo da nua-propriedade das ações analisadas, de acordo com as prescrições do inciso I do artigo 16 da lei 7.713/88, é o procedimento mais equânime para o(a) contribuinte, e se coaduna com o artigo 108 do Código Tributário Nacional - CTN, a seguir transcrito:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

§1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

Dessa forma, apesar de no caso em tela, estar-se diante de alienação, a título oneroso, de bens móveis, o que excluiria esse processo de integralização de capital do campo de incidência de

tributação do ICMD e ITBI, respectivamente, a norma contida no inciso I do artigo 16 da lei 7.713/88, aplica, por analogia e equidade, o regramento de determinação de base de cálculo de nua-propriedade de bens, utilizadas nesses dois tributos, por não haver esta previsão expressa e direta na legislação do imposto de renda da pessoa física - IRPF.

O inciso I do artigo 16 da lei 7.713/88, combinado com artigo 108 do CTN, apenas interpreta e integra a legislação do imposto de renda para casos de ausência de custo de aquisição de bens e direitos, pois se assim não o fosse, dever-se-ia aplicar, ao caso concreto, o § 4º desse artigo, atribuindo-se custo igual a zero como valor de aquisição da nua-propriedade das ações do Banco Daycoval S/A, fato este, que evidentemente seria muito mais prejudicial ao (à) contribuinte.

Não obstante tais fundamentos, não poderia o Auditor Fiscal utilizar-se da analogia para criar uma base de cálculo inexistente para fins de cálculo do ganho de capital na alienação de ações, uma vez que é facultado ao contribuinte integralizar o capital social com a transferência de ações pelo seu valor histórico, em consonância com a sua Declaração de Bens e Direitos, conforme fez o contribuinte, de acordo com o art. 23 da Lei 9.249/95.

Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.

Dá análise da fundamentação supratranscrita, verifica-se que o Auditor Fiscal utilizou-se de presunções legais estabelecidas nas legislações do ITBI e do ITCMD do Estado de São Paulo para determinar o custo da aquisição da nua-propriedade. Referidas legislações presumem que o valor da nua-propriedade equivale à 2/3 (dois terços) do valor do bem, no entanto, esta base de cálculo não pode ser utilizada para fins de apuração de ganho de capital por falta de previsão legal específica.

Isso porque, à título de exemplo, a legislação do Estado do Rio Grande do Sul, Lei nº 8.821/1989, utiliza como base de cálculo para o ITCMD sempre o valor total do bem, independentemente se a transmissão é da propriedade plena ou da nua-propriedade (art. 7º, Inciso II e VI, e art. 12), portanto para o mesmo tributo federal, qual seja, Imposto de Renda sobre Ganhos de Capital, não haveria tratamento isonômico entre os contribuintes domiciliados no estado de São Paulo e aqueles domiciliados no estado do Rio Grande do Sul, o que é vedado pela Constituição Federal.

Inclusive, repiso, é inaplicável ao caso, as legislações do Estado de São Paulo acerca do ITBI e ITCMD, uma vez que estas não guardam qualquer relação com o tributo lançado, o qual é de competência Federal, não podendo ter sua base de cálculo prevista, ainda que por analogia, em legislações Estaduais e Municipais.

Verifica-se, ainda, que o usufruto não pode ser alienado, conforme art. 1.393 do Código Civil.

Art. 1.393. Não se pode transferir o usufruto por alienação, mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso. (grifei)

Acerca da aplicação da analogia no direito tributário, cabe transcrever as palavras do Professor Leandro Paulsen:

Analogia e interpretação extensiva: Não se pode confundir a analogia com a chamada interpretação extensiva. Na analogia, há a integração da legislação tributária mediante aplicação da lei a situação de fato nela não prevista [...] em homenagem ao princípio da legalidade dos tributos, cabe excluir a aplicação analógica da lei, toda vez que dela resulte a criação de um débito tributário.

(PAULSEN, Leandro. Direito Tributário Constituição e Código Tributária à luz da doutrina e da jurisprudência, 13ª edição, 2011, p. 911/912)

Desse modo, não poderia o Fisco utilizar-se da analogia para criar uma base de cálculo que resulte em um débito tributário como sói ocorrer no presente caso.

Inclusive, cabe salientar, que o agir do contribuinte encontra-se respaldado nas orientações da própria RFB em 2007 (data do fato gerador) e em 2012 em suas "Perguntas e Respostas". Vejamos:

Perguntas e Respostas 2007:

"435 — Como declarar imóvel recebido em doação com cláusula de usufruto?

a) o imóvel doado deve ser baixado da Declaração de Bens e Direitos do doador, informando na coluna Discriminação o nome e o CPF do beneficiário da doação;

b) se ele permaneceu com o usufruto esta situação deve ser informada na coluna Discriminação, sem indicação de valor;"

Perguntas e Respostas 2012:

"447 — Como declarar imóvel recebido em doação com cláusula de usufruto?

[...] Em ambos os casos, quando o doador permaneceu com o usufruto, esta situação deve ser informada em novo item da Declaração de Bens e Direitos, na coluna Discriminação, sem indicação de valor, salvo se foi atribuído valor ao usufruto no documento de transmissão, correspondente ao valor efetivamente pago como parte total da aquisição ou que deve ser calculado pela proporção relativa ao usufruto constante deste documento aplicada sobre o valor total declarado ou de aquisição do imóvel doado."

Assim, o recorrente agiu conforme orientações da própria RFB.

Portanto, sendo facultado pela Lei 9.249/1995, que trata do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, no seu art. 23, as pessoas físicas transferir às pessoas jurídicas, a

titulo de integralização de capital social, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens, e assim agindo o contribuinte, não há que se falar em Ganho de Capital.

Ademais, ainda que o lançamento não estivesse decaído, o mesmo seria nulo, tendo em vista que houve erro no enquadramento legal, pois o Fisco utilizou-se de legislações referentes ao ITBI e ITCMD do Estado de São Paulo, deixando de observar que referidas legislações tratam de impostos Municipais e Estaduais, cujas bases de cálculos não podem ser utilizadas, ainda que por analogia, na apuração do imposto de renda sobre o ganho de capital que é tributo de competência Federal.

Ante o exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso tanto na Prejudicial de Decadência, bem como no Mérito no qual resta comprovado não haver ganho de capital.

(Assinado digitalmente)

Alice Grecchi - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes

Com todas as vênias à conselheira relatora, apresento o voto divergente vencedor quanto à decadência.

Em sentido contrário, entendo que o ganho de capital na alienação de bens ou ativos, embora sujeito a tributação definitiva e exclusiva, exige do contribuinte o recolhimento do imposto no prazo legal, que no caso seria realizado no mesmo ano-calendário da ocorrência do fato gerador.

Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça STJ no Recurso Especial nº 973.733, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC (recurso repetitivo), nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação:

...

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, ineludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

Conforme dispõe o artigo 62-A do Regimento Interno deste CARF, o entendimento do STJ em sede de recurso repetitivo é de observância obrigatória pelos Conselheiros do CARF, , *verbis*:

Art. 62A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

O recorrente pleiteia a aplicação do art. 150, §4º do CTN sob alegação de que os fatos geradores do imposto de renda sobre o ganho de capital em exame ocorreram no ano-calendário e, assim, desde então já iniciara a contagem do prazo decadencial.

Ocorre que o ganho de capital na alienação de bens ou ativos está sujeito ao pagamento do imposto de renda de forma definitiva e exclusiva, traduzindo modalidade de

tributo sujeito ao regime do lançamento por homologação, uma vez que a apuração do imposto é realizada pelo próprio contribuinte.

No caso concreto, não se tem notícia de recolhimento antecipado do imposto de renda sobre o ganho de capital, ainda que parcial. Aplicável, portanto, conforme a orientação do STJ, a regra do art. 173, I do CTN, cujo termo *a quo* é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, 31 de janeiro do ano seguinte aos fatos geradores, ano-exercício.

De acordo com o §1º do artigo 52 da Lei nº 8.383, de 30/12/91, o contribuinte tem até o último dia útil do mês subsequente àquele em que os ganhos foram auferidos para efetuar o pagamento do respectivo imposto; momento a partir do qual, e somente a partir do qual, poderia ser constituído o crédito tributário. Fica evidente assim que comparadas as respectivas datas trazidas pela ilustre relatora não ocorreu a decadência do direito de constituição do referido crédito tributário.

Por tudo, voto por rejeitar a preliminar de decadência.