



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

Processo nº 10880.724621/2017-24
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-006.869 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de janeiro de 2019
Matéria IRPF - GCAP
Recorrente ADRIANA CRISTINA PANARELLO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2012

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. PARCELA DO PREÇO SEM VALOR DETERMINADO.

A parcela do valor da operação de alienação de participação societária auferida a título de "escrow account" integra o preço de venda da participação societária e deverá ser tributada como ganho de capital quando do seu auferimento.

CUSTO DE AQUISIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE RESERVAS E LUCROS. EFEITOS. RESERVA DE CAPITAL E RESERVAS DE LUCROS. DISTINÇÃO. CONCEITO, NATUREZA E FINALIDADES DISTINTAS.

Somente o aumento de capital, mediante a incorporação de lucros ou de reservas constituídas com lucros, possibilita o incremento no custo de aquisição da participação societária, em valor equivalente à parcela capitalizada dos lucros ou das reservas constituídas com esses lucros que corresponder à participação do sócio ou acionista na investida.

As reservas de capital não se confundem com as reservas de lucros, vez que conceitualmente têm natureza contábil e fiscal distintas e atendem a finalidades completamente diferentes.

A incorporação ao capital social das reservas de capital não permite o aumento do custo de aquisição para fins de apuração do ganho de capital.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. PROCEDÊNCIA. LEGALIDADE. SÚMULA CARF 108.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para que seja aproveitado, no ano-calendário de 2012, nos termos do voto vencedor, o custo total das ações alienadas, apurado pela fiscalização, segundo o critério temporal adotado pela contribuinte. Vencidos os Conselheiros Mauricio Nogueira Righetti (Relator), Luis Henrique Dias Lima e Denny Medeiros da Silveira, que negaram provimento ao recurso. Quanto à glosa do custo de aquisição, por voto de qualidade, negado provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Renata Toratti Cassini e Gregório Rechmann Junior, que deram provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor, quanto ao custo total das ações alienadas, o Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci.

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti - Relator

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Cláudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez, Mauricio Nogueira Righetti, Denny Medeiros da Silveira, Jamed Abdul Nasser Feitoza, João Victor Ribeiro Aldinucci, Luis Henrique Dias Lima, Renata Toratti Cassini e Gregório Rechmann Junior.

Relatório

Cuida o presente de Recurso Voluntário em face do Acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, que considerou improcedente a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Foi lavrado Auto de Infração em face da recorrente para exigência do IR na monta de R\$ 4.032.280,11 (principal) sobre o Ganho de Capital - GCAP experimentado na alienação de 2.610.580 ações da PANPHARMA PARTICIPAÇÕES S/A para a ADMENTA FRANCE, por intermédio da ADMINETA DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA em 10.5.12. (TVF às fls. **566/582**)

O lançamento decorreu do inconformismo do Fisco quanto ao custo de aquisição utilizado pela recorrente no cálculo do GCAP, bem como quanto ao valor da alienação na operação (com ou sem o *escrow account*).

Regulamente cientificado do lançamento, o sujeito passivo apresentou sua Impugnação, nos termos a seguir, que, como já dito, foi julgada improcedente pela DRJ - fls. 625/640.

1 - a impugnante detinha na empresa Panpharma 15,27% do capital social subscrito e integralizado, cuja alienação das ações lhe gerou o valor bruto de R\$ 98.451.342,12, sendo R\$ 86.237.464,20 de recursos disponíveis e R\$ 12.213.877,92 a título de *escrow account* (cláusula suspensiva);

2 - em face da importância não liberada, pendente de evento futuro, a impugnante submeteu à apuração do ganho de capital o valor disponível de R\$ 86.237.464,20, sendo deduzida a comissão de intermediação de R\$ 3.053.469,48, abatidos ainda do valor da venda os custos de aquisição, incluindo as ações recebidas por herança, as adquiridas onerosamente e as decorrentes de incorporação de lucros acumulados e reserva de capital;

3 - o valor líquido da venda apurado pela contribuinte fora o de R\$ 83.183.994,72, ao passo que pela fiscalização, R\$ 87.501.137,04 (bruto de R\$ 90.554.606,52);

4 - houve erro na identificação do aspecto temporal do fato gerador por parte da fiscalização, uma vez que quando da liberação do depósito (*escrow account*), a impugnante promoveu o pagamento do ganho de capital, considerando o valor da receita liberada integralmente, eis que o custo já havia sido utilizado no primeiro cálculo;

5 - o lançamento foi assentado a partir da premissa segundo a qual apenas as ações adquiridas com a integralização em bens, dinheiro ou reserva de lucros poderiam assegurar a dedução dos custos quando da apuração do ganho de capital;

6 - o ágio na subscrição de ações, conforme preceitua a Lei n. 6.404/1976 (art. 181), é recurso que integra o patrimônio da pessoa jurídica, sendo que esse valor, embora represente um acréscimo patrimonial para os detentores das ações da companhia, não sofre tributação por expressa disposição legal do art. 38 do Decreto n. 1.598/1977, ao permitir que o referido importe não seja computado à determinação do lucro real, mas isso não significa a perda do direito ao aproveitamento do custo, submetendo essas ações à regra comum aplicada às demais;

7 - a cobrança de juros Selic sobre a multa de ofício não deve prevalecer, eis que inexistente previsão legal para o mister.

O acórdão de piso foi assim ementado:

CUSTO DE AQUISIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.
CAPITALIZAÇÃO DE RESERVAS E LUCROS. EFEITOS.

Somente o aumento de capital, mediante a incorporação de lucros ou de reservas constituídas com lucros, possibilita o incremento no custo de aquisição da participação societária, em valor equivalente à parcela capitalizada dos lucros ou das reservas constituídas com esses lucros que corresponder à participação do sócio ou acionista na investida.

Dispositivos Legais: Lei nº 7.713, de 1988, art. 16; Lei nº 9.249, de 1995, art. 10.

GANHO DE CAPITAL. ESCROW ACCOUNT (CONTA DE GARANTIA). CONDIÇÃO. EVENTO FUTURO. TRIBUTAÇÃO DIFERIDA AO RECEBIMENTO.

Somente haverá a incidência do Imposto de Renda sobre o ganho de capital, decorrente da alienação de bens e direitos, relativo a rendimentos depositados em Escrow Account (conta-garantia), quando ocorrer a efetiva disponibilidade econômica ou jurídica destes para o alienante, após realizadas as condições a que estiver subordinado o negócio jurídico.

JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

Os juros de mora são devidos sobre os débitos de qualquer natureza com a União, não liquidados nos devidos prazos, dentre os quais se inclui a multa de ofício.

Cientificado do acórdão, apresentou o Recurso Voluntário de fls. 647/665, por meio do qual reafirmou os argumentos de sua Impugnação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Mauricio Nogueira Righetti, Relator

A autuada tomou ciência do acórdão de piso em 27.10.17, consoante se denota de fls. 644 e apresentou, tempestivamente, seu Recurso Voluntário em 10.11.17 (fls. 645). Preenchido os demais requisitos, dele passo a conhecer.

Como já noticiado, a lide versa acerca do valor adotado pelo Fisco no que toca à alienação (critério de cálculo), assim como ao custo de aquisição das ações.

Passo a, doravante, examinar o tema relativo ao valor de alienação.

DA APURAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL - CRITÉRIO ADOTADO.

Em síntese, sustenta a recorrente que a autuação teria se equivocado no aspecto temporal do lançamento, na medida em que teria considerado o valor de alienação no importe de R\$ 90.554.606,52, que seria o valor bruto da venda, abatido da comissão, sem, todavia, deduzir o valor destinado à formação do fundo *escrow*. Assim sendo, haveria vício material no lançamento.

Não é bem assim. Vejamos:

A composição do quadro de acionistas na data da operação pode ser assim representada, no que toca aos alienantes:

ACIONISTAS DA PANPHARMA PARTICIPAÇÕES AS		
	Nº AÇÕES	%
ADMENTA FRANCE	ADQUIRENTE	
ESTER PANARELLO	6.961.546	40,71%
ALEXANDRE PANARELLO	4.916.395	28,75%
ADRIANA PANARELLO	2.610.580	15,27%
ANA PAULA PANARELLO	2.610.579	15,27%
TOTAL =>	17.099.100	100,00%

Tomando a operação como um todo, pode-se dizer que a alienação das ações dos 4 (quatro) últimos acionistas acima dar-se-ia, a rigor, pelo valor total de **R\$ 644.849.033,14**, composto da seguinte forma:

=> R\$ 564.849.033,14 **depositados** em 10/5/12 e os R\$ 80.000.000,00 restantes, relativos à cláusula *escrow accout*, a ser depositados em 2013 e 2014.

Todavia, desses R\$ 80.000.000,00, R\$ 31.731.597,46 teriam sido devolvidos ao adquirente como indenização por despesas de contingência, de categorias pré-definidas, efetuadas por ela, cujas origens foram anteriores ao negócio jurídico e que era, assim, de responsabilidade dos vendedores.

Nesse sentido, o valor remanescente de **R\$ 48.268.402,54** (R\$ 80.000.000,00 - R\$ 31.731.597,46) teria sido creditado aos alienantes da seguinte forma, perfazendo o total de **R\$ 613.117.435,68** (R\$ 564.849.033,14 depositados em 10.5.12, mais os R\$ 48.268.402,54 creditados em 2013 e 2014):

DATA	DEVOLVIDO	VLR CREDITADO	TOTAL	RECORRENTE
10/05/2012 *		564.849.033,14	564.849.033,14	86.238.221,45
22/11/2013	20.683.285,00	19.316.715,00	40.000.000,00	2.949.149,99
02/07/2014	11.048.312,46	28.951.687,54	40.000.000,00	4.420.154,72
TOTAL =>	31.731.597,46	48.268.402,54	80.000.000,00	7.369.304,70
* primeira parcela: não incluída no total da tabela acima, que foca nas parcelas do <i>escrow account</i>				

Já no que diz respeito à recorrente, os valores a ela devido e que foram, acertadamente, considerados pelo autuante, deram-se da seguinte forma:

Processo nº 10880.724621/2017-24
Acórdão n.º 2402-006.869

S2-C4T2
Fl. 673

DATA	VALOR TOTAL	RECORRENTE - 15,27%	COMISSÃO	LEVADO À TRIBUT
10/05/2012	564.849.033,14	86.238.221,45	3.054.000,00	83.184.221,45
22/11/2013	19.316.715,00	2.949.662,38		2.949.662,38
02/07/2014	28.951.687,54	4.420.922,69		4.420.922,69
TOTAL =>	613.117.435,68	93.608.806,52	3.054.000,00	90.554.806,52

Por sua vez, o Custo Unitário Médio - CUM das ações foi determinado da seguinte forma, chegando-se ao valor de **R\$ 21,21699964**:

PANPHARMA PARTICIPAÇÕES S.A. (04.999.473/0001-03)					
Nº de Ações	Entrada/Saída		Doc. Comprobatório	Estoque	
	Data	Custo Total (R\$)		Quantidade	Valor (R\$)
1	06/12/2010	-	Livro de Registro de Ações Nominativas nº 01; Termo de Transferência nº 011	1	-
1.740.386	29/04/2011	1.740.386,00	Formal de Partilha; Livro de Registro de Ações Nominativas nº 01; Termo de Transferência nº 012.	1.740.387	1.740.386,00
870.193	08/02/2012	9.000.000,00	Livro de Registro de Ações Nominativas nº 01; Termo de Transferência nº 016 e Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças de 08/02/2012.	2.610.580	10.740.386,00
-	08/05/2012	44.648.288,92	Ata da AGE de 08/05/2012.	2.610.580	55.388.674,92
-2.610.580	10/05/2012	-	Termo de Transferência nº 021, de 10/05/2012.	0	
					21,21699964

A partir desse Custo Médio, aplicado sobre o total das ações alienadas, chegou-se ao custo total de **R\$ 55.388.674,92** (2.610.580 ações X CUM de 21,21699964), que quando comparado ao valor total devido à recorrente, na monta de R\$ 90.554.806,52, revelou um GCAP de R\$ 35.166.131,60, que correspondeu a 38,83% do valor total de alienação. Confira-se:

AÇÕES ALIENADAS	CUM	CUSTO TOTAL	VLR ALIENAÇÃO	GCAP	% => GCAP/VLR ALIENAÇÃO
2.610.580	21,21699964	55.388.674,92	90.554.806,52	35.166.131,60	38,83%

E foi justamente esse percentual de 38,83% é que foi aplicado sobre cada parcela recebida pela recorrente para se chegar aos respectivos GCAP/IR e posterior comparação com aquele por ela apurado. Veja-se:

DATA	LEVADO À TRIBUT	GCAP FISCO - 38,83%	IR S/GCAP - 15%	IR DECLARADO	LANÇADO
10/05/2012	83.184.221,45	32.303.832,24	4.845.574,84	813.294,02	4.032.280,82
22/11/2013	2.949.662,38	1.145.474,43	171.821,16	442.449,35	0,00
02/07/2014	4.420.922,69	1.716.824,93	666.713,27	663.138,40	0,00
TOTAL =>	90.554.806,52	35.166.131,60	5.684.109,27	1.918.881,77	4.032.280,82

Com isso, como acima demonstrado, pôde-se perceber que a autuação não se deu sobre a parcela denominada *escrow account*, tampouco teria havido lançamento quando de sua liberação em 2013 e 2014.

Em outras palavras, a parcela que integrou a base de cálculo para o lançamento já se encontrava descontada da comissão de R\$ 3.054.000,00, bem como dos valores creditados em 2013 e 2014, que seriam, esses sim, a liberação de parte dos R\$ 80.000.000,00 que cabia à recorrente. Não ha, pois, que se falar em erro no aspecto temporal do lançamento, na medida em que, definitivamente, não teria havido, na prática, a alegada antecipação da tributação.

Vale destacar, que quando o Fisco determinou a relação como sendo o ganho de capital na operação (38,83%), as situações envolvidas já se encontravam consolidadas. É dizer, já se tinha, do total da operação, os valores efetivamente recebidos pela recorrente (R\$

90.554.806,52). Daí, não haveria outro procedimento a ser realizado que não a aplicação, desse percentual, sobre as três parcelas recebidas.

Por sua vez, nota-se que o contribuinte, ao apurar o GCAP sobre as 2º e 3º parcelas, não se valeu de qualquer custo, eis que, em tese, esgotou-o na apuração daquela primeira.

Nesse sentido, reputo até então correto o procedimento fiscal, salientando, ainda, que os valores eventualmente recolhidos a maior em 2013 e 2014 devem ser objeto de procedimento próprio (restituição e/ou compensação) no âmbito da RFB, na medida em que a pretensa utilização dos mesmos neste lançamento caracterizaria compensação de ofício não autorizada em lei, por tratar-se de eventos autônomos, ainda que integrantes de um mesmo negócio.

Por fim, vale destacar que acaso deferido o pleito de restituição/compensação dos valores eventualmente recolhidos a maior nas duas últimas parcelas, o crédito será regularmente corrigido pela Selic.

DA APURAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL - CUSTO DE AQUISIÇÃO.

Prosseguindo na análise, aduz a recorrente que o valor incorporado proveniente de Reserva de Capital formada por ágio na subscrição de ações deveria compor o custo de aquisição das ações alienadas, acarretando, assim sendo, a redução no GCAP tributável.

Por sua vez, o Fisco, ao demonstrar a evolução histórica da participação societária da recorrente, fez registrar que em 8.5.12, pouco antes da celebração do negócio em tela, teria havido um aumento do capital social da empresa em R\$ 879.733.264,00, por meio da capitalização de recursos provenientes de reservas de lucro (R\$ 586.057.937,00) e de reservas de capital (R\$ 293.675.327,00), sem a emissão de novas ações ordinárias.

Todavia, a Fiscalização, para chegar no valor do Custo Unitário Médio das ações em R\$ 21,21700121, considerou tão somente a capitalização dos recursos provenientes das reservas de lucro, desprezado aquela lastreada nas reservas de capital. Eis aí o cerne da questão.

A matéria não é nova neste colegiado.

Na sessão de 13/9/18, foi julgado o processo 10120.722096/2017-12, de relatoria do Conselheiro Luis Henrique Dias Lima, que, após discussão envolvendo tema semelhante ao destes autos, contou com o seguinte acórdão:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar a preliminar e, no mérito, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Renata Toratti Cassini e Gregorio Rechmann Junior.

Naquela oportunidade, votei com o relator por entender pela impossibilidade legal de se adicionar ao custo de aquisição das ações, valores capitalizados que não fossem decorrentes de lucros ou de reservar constituídas a partir desses lucros, pelo simples fato de a

lei assim não o autorizar. Pelo contrário, há expressa restrição no - vigente à época - § único do artigo 10 da Lei 9.249/95, *verbis*:

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

Perceba-se, a pretensão em se aumentar o custo de aquisição, que implicará, em última análise, redução do IR devido sem que para tanto haja um permissivo legal expresso, tende a afrontar, penso eu, o disposto no artigo 111 do CTN.

Nessa linha, peço *venia* para reproduzir excerto do voto proferido na sessão encimada, da lavra do Ilustre Conselheiro Relator, que passo a adotar como razões de decidir, por entender bem resolver a questão.

"Desta forma, o cerne do questionamento em tela concentra-se na possibilidade de se utilizar (ou não) a reserva de capital na composição do custo de aquisição de ações para fins de apuração do ganho de capital quando de sua alienação.

Preliminarmente, é oportuno resgatar o fenômeno contábil de aumento de capital mediante incorporação de reservas, previsto no art. 169 da Lei n. 6.404/76, *verbis*:

Art. 169. O aumento mediante capitalização de lucros ou de reservas importará alteração do valor nominal das ações ou distribuições das ações novas, correspondentes ao aumento, entre acionistas, na proporção do número de ações que possuírem.

§ 1º Na companhia com ações sem valor nominal, a capitalização de lucros ou de reservas poderá ser efetivada sem modificação do número de ações.

§ 2º Às ações distribuídas de acordo com este artigo se estenderão, salvo cláusula em contrário dos instrumentos que os tenham constituído, o usufruto, o fideicomisso, a inalienabilidade e a incomunicabilidade que porventura gravarem as ações de que elas forem derivadas.

§ 3º As ações que não puderem ser atribuídas por inteiro a cada acionista serão vendidas em bolsa, dividindo-se o produto da venda, proporcionalmente, pelos titulares das frações; antes da

venda, a companhia fixará prazo não inferior a 30 (trinta) dias, durante o qual os acionistas poderão transferir as frações de ação.

Entretanto, as reservas em tela possuem conceito, natureza e finalidades distintas.

As reservas de capital são constituídas com valores recebidos pela empresa e que não transitam pelo resultado, por não se referirem à entrega de bens ou serviços pela empresa. Tais reservas devem refletir, essencialmente, as contribuições feitas pelos acionistas que estejam diretamente relacionadas à formação ou ao incremento do capital social. Assim, não são constituídas a partir dos lucros auferidos pela empresa, e, portanto, não se caracterizam como reserva de lucros.

Com efeito, o art. 182, §§ 1º, 2º. e 4º., da Lei n. 6.404/1976, é elucidativo ao esclarecer que:

[...]

*§ 1º Serão classificadas como **reservas de capital** as contas que registrarem:*

a) a contribuição do subscritor de ações que ultrapassar o valor nominal e a parte do preço de emissão das ações sem valor nominal que ultrapassar a importância destinada à formação do capital social, inclusive nos casos de conversão em ações de debêntures ou partes beneficiárias;

b) o produto da alienação de partes beneficiárias e bônus de subscrição;

c) até 31/12/2007 - ex vi Lei n. 11.638/2007 - o prêmio recebido na emissão de debêntures;

d) até 31/12/2007 - ex vi Lei n. 11.638/2007 - as doações e as subvenções para investimentos.

§ 2º Será ainda registrado como reserva de capital o resultado da correção monetária do capital realizado, enquanto não-capitalizado.

[...]

*§ 4º Serão classificados como **reservas de lucros** as contas constituídas pela apropriação de lucros da companhia.*

[...]

A Lei n. 6.404/1976 classifica como reservas de lucros as seguintes reservas: i) reserva legal; ii) reservas estatutárias; iii) reservas para contingências; iv) reserva para incentivos fiscais; e v) reserva de lucros a realizar.

Por sua vez, o art. 200 da Lei n. 6.404/1976 delimita a utilização das reservas de capital, *verbis*:

Art. 200. As reservas de capital somente poderão ser utilizadas para:

I - absorção de prejuízos que ultrapassarem os lucros acumulados e as reservas de lucros (artigo 189, parágrafo único);

II - resgate, reembolso ou compra de ações;

III - resgate de partes beneficiárias;

IV - incorporação ao capital social;

V - pagamento de dividendo a ações preferenciais, quando essa vantagem lhes for assegurada (artigo 17, § 5º).

Parágrafo único. A reserva constituída com o produto da venda de partes beneficiárias poderá ser destinada ao resgate desses títulos.

Nessa perspectiva, não há qualquer resquício de dúvida que as reservas de capital não se confundem com as reservas de lucros, vez que conceitualmente têm natureza contábil e fiscal distintas e atendem a finalidades completamente diferentes.

Não à toa, a Solução de Consulta n. 10 - Cosit, de 03 de fevereiro de 2016, com bastante propriedade, esclarece que a incorporação ao capital social das **reservas de capital não permite o aumento do custo de aquisição para fins de apuração do ganho de capital**, e, que admitir essa possibilidade traria como consequência a redução da base de cálculo do ganho de capital apurado no negócio, devendo-se recordar que a redução de base de cálculo de tributos é matéria reservada exclusivamente a dispositivo de lei, conforme determinação do art. 150, § 6º, da Constituição Federal, e do art. 97, inciso IV, do CTN.

Em face do disposto no art. 16, § 2º, da Instrução Normativa SRF n. 84/2001, em vigor até os dias atuais, estabelecendo que, no caso de ações ou quotas recebidas em bonificação em virtude de incorporação de lucros ou reservas ao capital social da pessoa jurídica, considera-se custo de aquisição da participação o valor do lucro ou reserva capitalizado que corresponder ao acionista ou sócio, independentemente da forma de tributação adotada pela empresa, esclarece a Solução de Consulta n. 10 - Cosit, de 03 de fevereiro de 2016, que, considerando a isenção somente concedida ao valor da parcela da reserva de lucro capitalizada que corresponder ao sócio, estabelecida no parágrafo único (atualmente § 1º) do art. 10 da Lei n. 9.249, de 1995, somente resta concluir que o art. 16 da Instrução Normativa SRF n. 84/2001, e o art. 8º da Instrução Normativa RFB n. 1.500/2014, ao mencionarem “**incorporação de reservas ao capital**”, estão se referindo somente às reservas constituídas com lucros.

O raciocínio esposado na Solução de Consulta n. 10 - Cosit, de 03 de fevereiro de 2016, abarca, por óbvio, o disposto no art. 47, § 1º, da Instrução Normativa RFB n. 1.022/2010, resgatado pela Recorrente em virtude de sua contemporaneidade com o fato gerador, vez que o retrocitado dispositivo, essencialmente, é mera reprodução do art. 16, § 2º, da Instrução Normativa SRF n. 84/2001:

Art. 47. Nos mercados à vista, o ganho líquido será constituído pela diferença positiva entre o valor de alienação do ativo e o seu custo de aquisição, calculado pela média ponderada dos custos unitários.

§ 1º No caso de ações recebidas em bonificação, em virtude de incorporação ao capital social da pessoa jurídica de lucros ou reservas, considera-se custo de aquisição da participação o valor do lucro ou reserva capitalizado que corresponder ao acionista ou sócio, independentemente da forma de tributação adotada pela empresa.

[...]

Desta forma, não prospera a alegação da Recorrente, vez que a reserva de capital não se presta para o aumento do custo de aquisição para fins de apuração do ganho de capital.

Nessa perspectiva, não há reparo a fazer na decisão *a quo* no que tange à apuração do ganho de capital, tendo em vista que o custo de aquisição e o valor de alienação das ações foram devidamente quantificados pela Fiscalização da RFB no lançamento em litígio."

Por fim, no que toca ao pleito de exclusão dos juros sobre a multa de ofício, trago à colação a recente Súmula CARF nº 108, de observância obrigatória por este Colegiado, que assim estabelece:

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Face ao exposto, VOTO no sentido de CONHECER do recurso para NEGAR-LHE provimento.

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti

Voto Vencedor

João Victor Ribeiro Aldinucci - Redator Designado

Com o devido respeito, divirjo do ilustre relator no tocante à sistemática de apuração do ganho de capital. O procedimento adotado pelo sujeito passivo, abstraindo-se a questão relativa à glosa de parte do custo de aquisição, ponto no qual fui vencido, está correto e de acordo com a legislação que rege o imposto de renda sobre o ganho de capital.

Do valor total da operação (R\$ 613.117.435,68), parte foi depositada em conta conjunta entre a compradora e um dos alienantes, como parcela variável e dependente de evento futuro e incerto (R\$ 80.000.000,00), e a outra parte foi paga à vista aos vendedores, mais precisamente em 10/05/2012 (R\$ 564.849.033,14). Àquela parcela variável deu-se o nome de *escrow account*. Da quantia total do *escrow account*, R\$ 31.731.597,46 foram liberados à compradora a título de indenização por despesas com contingências, pré-definidas antes do fechamento do negócio, e o restante foi liberado aos vendedores em duas parcelas, em 22/11/2013 e 02/07/2014, nos valores, respectivamente, de R\$ 19.316.715,00 e R\$ 28.951.687,54. Para facilitar a visualização das parcelas, vale reproduzir (item 52 do TVF):

52. Deste preço total, foram pagos aos vendedores:

52.1. R\$564.849.033,14, imediatamente, em 10/05/2012;

52.2. R\$19.316.715,00 em 22/11/2013 e

52.3. R\$28.951.687,54 em 02/07/2014.

Resumidamente, a negociação previa um valor fixo e um valor variável, este último denominado de *escrow account*, para eventual pagamento de contingências pré-definidas entre as partes. Considerando-se a participação acionária da recorrente, os valores foram pagos na seguinte proporção e nas seguintes datas:

DATA	VALOR TOTAL	RECORRENTE - 15,27%	COMISSÃO	LEVADO À TRIBUT
10/05/2012	564.849.033,14	86.238.221,45	3.054.000,00	83.184.221,45
22/11/2013	19.316.715,00	2.949.662,38		2.949.662,38
02/07/2014	28.951.687,54	4.420.922,69		4.420.922,69
TOTAL =>	613.117.435,68	93.608.806,52	3.054.000,00	90.554.806,52

Pois bem.

A incidência do imposto de renda sobre ganhos de capital na alienação de bens ou direitos está fundamentada nos arts. 117 e seguintes do Regulamento do Imposto de Renda (RIR) vigente à época dos fatos geradores, com a redação da Lei 7713/88. Basicamente, o ganho de capital é determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição (art. 138) e estará sujeito ao pagamento do imposto à alíquota de quinze por cento (art. 142).

Abstraindo-se a temática relativa à incorporação de reservas ao custo de aquisição, ponto no qual fui vencido, tem-se que tal custo era de R\$ 55.388.674,92 (2.610.580 ações x Custo Unitário Médio - CUM de R\$ 21,21699964), conforme apurado pela fiscalização, com a concordância do ilustre conselheiro relator.

Já no tocante ao valor de alienação, não subsiste qualquer lide, de tal modo que a controvérsia se resume à sistemática de cálculo adotada pela recorrente, que apurou, em 2012, o ganho de capital com base nos valores que lhe foram pagos/disponibilizados, comparando-os com o custo de aquisição igualmente conhecido, e desconsiderando-se,

obviamente, as parcelas do *escrow account*, visto que totalmente incertas e indefinidas. A propósito, a incerteza e indefinição da parcela variável é confirmada pelo cotejo entre a sua pré-determinação, de R\$ 80.000.000,00, e os montantes efetivamente recebidos pelos compradores, de R\$ 19.316.715,00 e R\$ 28.951.687,54.

Como, na dicção do art. 2º da Lei 7713/88, o imposto de renda é devido mensalmente, na medida em que os ganhos de capital forem sendo percebidos, devendo o imposto ser apurado no mês em que os ganhos forem sendo auferidos (vide § 2º do art. 117 do Regulamento), a contribuinte, ao fazer tal apuração, em 2012, corretamente calculou o imposto de renda sobre o ganho de capital com base na parcela fixa que lhe foi paga, cotejando-a com o custo integral de aquisição de sua participação acionária. Àquela época, não se poderia exigir que ela tivesse adotado conduta diversa, pois os valores relativos ao *escrow account* eram incertos e inclusive poderiam ser iguais a zero, caso a indenização por contingências pré-definidas em favor da adquirente consumisse toda a parcela variável.

É inegável que, quando a fiscalização efetuou o lançamento, a situação e os valores já estavam consolidados, mas quando a recorrente fez a apuração mensal do imposto, conforme exige a legislação, somente a parcela fixa era realmente conhecida. Como bem alegado pela recorrente, *"eventual resgate posterior do fundo escrow deveria ser tratado como ganho apenas no momento em que não mais pendesse qualquer dúvida sobre sua disponibilidade"*.

Mais ainda, a recorrente também não tinha como desdobrar o custo de aquisição da participação acionária, pois a incerteza e indefinição dos valores do *escrow account* indubitavelmente impedia a proporcionalização de valores. Insista-se que a parcela variável poderia até mesmo ser igual a zero, caso a indenização por contingências fosse igual ou superior a R\$ 80.000.000,00.

Noutro giro, a contribuinte teria que fazer um verdadeiro exercício de adivinhação para, à época da apuração do imposto, chegar ao mesmo valor apurado pelo agente fazendário.

De acordo com a Solução de Consulta nº 282 - Cosit - 2014, *"a parcela do valor da operação de alienação de participação societária auferida a título de valor suplementar integra o preço de venda da participação societária e deverá ser tributada como ganho de capital quando do seu auferimento"*. Isto é, as parcelas complementares pagas em 2013 e 2014 somente deveriam ter sido tributados nos respectivos anos, o que foi feito pela contribuinte.

Conforme preceitua o art. 116, inc. II, do CTN, tratando-se de situação jurídica, considera-se ocorrido o fato gerador desde o momento em que esteja definitivamente constituída, e, sendo suspensiva a condição pactuada em atos ou negócios jurídicos condicionais, o fato gerador considera-se ocorrido desde o momento do implemento da condição. E *"considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto"* (art. 121 do Código Civil), situação que se amolda ao caso concreto, cuja parcela variável era indubitavelmente dependente de evento futuro e incerto.

Logo, as verbas auferidas a título de valor suplementar, ou complementar, relativamente ao preço da alienação de participação societária configuram ganho de capital e se sujeitam à tributação correspondente quando do seu recebimento.

Em sendo assim, divirjo do ilustríssimo relator, para entender que a contribuinte agiu conforme determinado pela legislação, mormente de acordo com o art. 2º da Lei 7713/88 e com o § 2º do art. 117 do Regulamento.

Questão idêntica, e relativa a outro vendedor, foi tratada no acórdão 2401005.811 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, decidido por unanimidade, cujos seguintes fundamentos igualmente adoto como razões de decidir:

[...]. Contudo, o recorrente tem razão quando afirma que a fiscalização se utilizou de informações não conhecidas no momento da apuração do ganho de capital, ou seja, a fiscalização considerou um valor de alienação total de R\$ 170.531.165,43 para apurar percentual de diferimento e, ainda que para tanto, destaque-se, tenha a fiscalização desconsiderado os valores revertidos da conta de depósito em garantia para a compradora.

[...]

Nesse contexto, deve ser observada a resposta à Pergunta nº 555 do Perguntas e Respostas do Exercício 2012:

PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS — ALIENAÇÃO SEM PREÇO PREDETERMINADO

555 — Como devem ser tributados os resultados obtidos em alienações de participações societárias quando o preço não pode ser predeterminado?

Quando não houver valor determinado, por impossibilidade absoluta de quantificá-lo de imediato (ex.: a determinação do valor das prestações e do preço depende do faturamento futuro da empresa adquirida, no curso do período do pagamento das parcelas contratadas), o ganho de capital deve ser tributado na medida em que o preço for determinado e as parcelas forem pagas.

Não obstante ser indeterminado o preço de alienação, toma-se como data de alienação a da concretização da operação ou a data em que foi cumprida a cláusula preestabelecida nos atos contratados sob condição suspensiva.

Contudo, alerte-se que o tratamento descrito deve ser comprovado pelas partes contratantes sempre que a autoridade lançadora assim o determinar.

(PMF nº 454, de 1977; PMF nº 227, de 1980; Parecer Normativo CST nº 70, de 1976; Parecer Normativo CST nº 68, de 1977)

De toda forma, não houve vício material no lançamento, o qual, conforme exposto acima, pode ser ajustado na forma deste voto mediante simples cálculo aritmético.

Processo nº 10880.724621/2017-24
Acórdão n.º **2402-006.869**

S2-C4T2
Fl. 682

Diante do exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso, por considerar que a sistemática de apuração do imposto de renda sobre o ganho de capital utilizada pela contribuinte está em conformidade com a legislação.

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci