



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

Processo n° 12448.728448/2013-44
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-006.004 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de setembro de 2017
Matéria IRPF
Recorrente ROBERTO ABRAHAM BIBAS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2012

INCREMENTO NO CUSTO DE AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. CAPITALIZAÇÃO. LUCROS E RESERVAS DE LUCROS.

É possível o incremento no custo de aquisição participação societária, mediante a incorporação de lucros ou reservas constituídas com esses lucros.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Não há previsão legal para a dedução de honorários advocatícios para o valor de alienação, conforme § 4º do artigo 19 da Instrução Normativa SRF n. 84/2001.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para que seja realizado o recálculo do lançamento considerando as capitalizações de lucros e de reservas constituídas com esses lucros. Vencido o Conselheiro Luís Henrique Dias Lima (Relator), que negava provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor Ronnie Soares Anderson.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

Luís Henrique Dias Lima - Relator

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho, Ronnie Soares Anderson, Luís Henrique Dias Lima, Maurício Nogueira Righetti, João Victor Ribeiro Aldinucci, Jamed Abdul Nasser Feitosa, Fernanda Melo Leal e Theodoro Vicente Agostinho.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário (fls. 482/493) em face do Acórdão n. 12-67.173 - 21ª. Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro - DRJ/RJO (fls. 465/472), que julgou improcedente a impugnação de fls. 357/365 e manteve o crédito tributário consignado no lançamento constituído mediante o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF - Ano-Calendário 2012 - Períodos de Apuração (P.A): 01/2012 e 07/2012 - no montante de R\$ 11.023,86 - sendo R\$ 5.854,10 de imposto - Cód. Receita 2904 -, R\$ 779,18 de juros de mora calculados até 01/2014 e R\$ 4.390,58 de multa proporcional passível de redução (fls. 329/334) - com fulcro em apuração de omissão/apuração incorreta de ganhos de capital obtidos na alienação de ações/quotas não negociadas em Bolsa de Valores, conforme Termo de Verificação Fiscal (TVF) - fls. 335/344.

De acordo com o TVF (fls. 335/344) o procedimento fiscal visou à verificação de rendimentos sujeitos a ganho de capital na alienação de ações da Clínica Médico-Cirúrgica Botafogo S/A - Hospital Samaritano - CNPJ 33.171.638/0001-44, ocorrida em 01/02/2011.

O recorrente impetrou Mandado de Segurança Preventivo - n. 2011.51.01.003391-5 (fls. 500/512) - contra atos do Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro I e do Procurador-Chefe da Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado do Rio de Janeiro postulando fosse concedida a segurança a fim de não ser compelido a pagar Imposto de Renda incidente sobre o ganho de capital decorrente da alienação de 1.317.380.526 ações, as quais haviam sido adquiridas no período de 25/04/1972 a 28/04/1983, considerando as respectivas bonificações (em 30/04/1987 houve grupamento de ações com exclusão dos últimos três dígitos, isto é, trata-se de 1.317.381 ações). Argumentava na ação judicial a existência de direito adquirido à isenção em relação à venda da maior parte das ações prevista na alínea "d", do art 4º, do Decreto n. 1.510/76.

Em 17/06/2011, foi exarada decisão de primeira instância - 23ª. Vara Federal do Rio de Janeiro (fls. 513/516) - favorável ao recorrente, "para determinar às autoridades coatoras que se abstenham de exigir o Imposto de Renda incidente sobre o ganho de capital decorrente da alienação das 1.317.381 de que era titular".

A União Federal/Fazenda Nacional apresentou recurso de apelação ao TRF2 (fls. 517/526), que negou provimento, mantendo a decisão de primeiro grau que concedeu a segurança e determinou que as autoridades coatoras (Delegado da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro I e II) se abstivessem de exigir o Imposto de Renda sobre o ganho de capital decorrente da alienação das ações de que o embargado era titular, em face da isenção prevista no art 4º, alínea "d" do Decreto n. 1.510/76.

A União Federal/Fazenda Nacional opôs embargos de declaração, que teve negado provimento (fls. 527/533).

Em seguida, a União Federal/Fazenda Nacional interpôs o Recurso Especial - REsp (n. 1.588.793-RJ), que foi admitido pelo TRF2 e julgado pelo STJ, que negou seguimento, ocorrendo trânsito em julgado em 22/11/2016 (fls. 536/545).

O Recurso Extraordinário - RE - apresentado pelo recorrente não foi admitido pelo TRF2 (fls. 534/535).

O recorrente efetuou depósito judicial dos valores em lide (fls. 114/117), confirmados pela Fiscalização da RFB e atestado a DRJ/RJO (fl. 467).

Os fatos vinculados à autuação em litígio podem ser assim resumidos:

"Custo de Aquisição Considerado pelo Contribuinte: O contribuinte informou como custo de aquisição para as ações alienadas o valor de R\$ 2.276.326,60. Segunda informa, tal valor representa o custo das ações constantes de sua DIRPF 2010 (1.676.588,60) acrescido de capitalização de lucros de 2010 (R\$ 599.738,09). Tal valor também corresponde à quantidade de ações possuída pelo contribuinte à época da alienação (1.445.335) multiplicada pelo valor de cada ação (R\$1,5749), considerados o valor do capital social (R\$28.014.841,05) da Clínica Médico-Cirúrgica Botafogo S/A – Hospital Samaritano e a quantidade de ações que o compunham (17.787.794), de acordo com ata de assembléia geral ordinária e extraordinária.

Custo de Aquisição Apurado pela Fiscalização: A sistemática utilizada pelo contribuinte para apuração do custo de aquisição das ações não encontra amparo na legislação. O contribuinte adquiriu ações antes e após 31/12/1991, dessa forma, em obediência à legislação regente, a fiscalização apurou o custo de aquisição para as ações adquiridas até 31/12/1991 e este foi adicionado ao custo de aquisição das ações adquiridas após essa data.

Para o cálculo do custo de aquisição das ações adquiridas antes de 1991, foi feita a comparação entre o custo de aquisição calculado pelos incisos I e II do art 126, do Decreto Lei 3.000/99, sendo que para o inciso II a fiscalização considerou o valor de R\$ 492.479,20, para as 1.445.335 ações, valor este declarado da DIRPF (Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física), exercício 1999, visto que não foi apresentada a declaração de bens do exercício 1992.

Para as 44.353 ações adquiridas em 1996, a fiscalização considerou como custo de aquisição o valor de R\$19.875,00.

A fiscalização não considerou o aumento do custo de aquisição constante das DIRPF 2004, 2010 e 2011, pois essas majorações foram feitas sem emissão de novas ações, não sendo permitidas pela legislação.

Valor de Alienação: O valor estabelecido no contrato celebrado em 01/02/2011 para a venda era de R\$ 10,1193 por ação, totalizando para o contribuinte o valor de R\$ 14.625.778,47. O contribuinte considerou como valor de alienação R\$14.797.045,75, valor este acrescido de R\$ 171.267,27, correspondentes a honorários advocatícios (valores também constantes do mesmo contrato).

Ainda de acordo com o contrato, o valor da venda seria recebido em 7 parcelas nas datas, a saber: 02/02/2011, 01/04/2011, 11/07/2011, 10/01/2012, 10/07/2012 (essas objetos de análise do presente procedimento) e 10/01/2013 e 10/07/2013 (fora do escopo do presente procedimento fiscal).

Ganho de Capital e Imposto Devido:

Apuração procedida pelo contribuinte - Conforme planilha em resposta apresentada à fiscalização em 25/07/2012, o contribuinte dividiu as ações entre aquelas por ele consideradas abrangidas pela alínea "d" do art. 4º do Decreto Lei nº 1.510/76 (quantidade de 1.317.381 – percentual de 91,147%), daquelas que considerou não

abrangias pela citada norma (quantidade de 127.954 – percentual de 8,853%). Em seguida procedeu à apuração do ganho de capital e do imposto devido quando do recebimento de cada uma das parcelas estabelecidas no contrato de alienação na proporção dos recebimentos, conforme Planilha 04.

A fiscalização confirmou os depósitos relativos ao imposto incidente sobre 91,147% do ganho de capital, foram confirmados nos valores acima, bem como os recolhimentos relativos aos restantes 8,853%, feitos por DARF.

Em paralelo, e de forma contraditória ao fato de ter impetrado ação judicial para discutir o valor do ganho de capital, o contribuinte declarou a alienação das ações e apurou o ganho de capital como se não estivesse discutindo judicialmente o valor do imposto incidente sobre a operação.

Apuração da Fiscalização

Ganho de capital não discutido judicialmente – a fiscalização considerou custo de aquisição de R\$492.479,20, dessa forma confeccionou novo Demonstrativo da Apuração dos Ganhos de Capital – Participações Societárias (em anexo) utilizando-se o custo de aquisição apurado pela fiscalização, chegando-se ao ganho de capital total na alienação das ações de R\$14.304.566,54 (Valor de Alienação R\$14.797.045,74 – Custo de Aquisição R\$492.479,20).

A fiscalização apresenta a Planilha 05, fls 342, na qual acosta os valores advindos do Demonstrativo apurado pela fiscalização, com a divisão dos valores do IR devido em “sub judice” e “não contestado”.

Os cálculos deste auto de infração, relativos ao imposto devido quanto à parcela a lançar com multa de ofício de 75% e juros, se referem apenas à parte não contestada (8,853% do total apurado) e, portanto, são menores do que os valores já declarados pelo contribuinte para 2011. Não há, portanto, lançamento de imposto sobre esta parcela para o ano calendário 2011.

Com relação a 2012, no entanto, não foi apresentado o anexo do ganho de capital na alienação das ações com a declaração do imposto devido sobre as parcelas recebidas naquele ano calendário. Quanto às parcelas recebidas no ano calendário 2012 (10/01/2012 e 10/07/2012), portanto, não houve declaração prestada pelo contribuinte e o imposto apurado, relativo à parte não contestada (8,853%), está sendo lançado através deste auto de infração, com cobrança regulamentar de multa de ofício de 75%, conforme planilha 06, fls 343, com dedução dos valores do IR pago.

Ganho de capital sub judice: Trata-se da parte da alienação relativa às ações (91,147%) que, segundo o contribuinte, estão abrangidas pelo DL 1.510/76, sendo discutida judicialmente através do processo nº 2011.51.01.003391-5. Como já explicitado, o contribuinte realizou depósitos judiciais do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital, sob o código 7416, nas datas e valores relativos às parcelas recebidas. Houve decisão judicial favorável ao contribuinte e os créditos deste auto de infração são constituídos com exigibilidade suspensa, para garantia dos créditos tributários até o trânsito em julgado do processo judicial. No entanto, como já exposto, o cálculo do custo de aquisição das ações utilizado pelo contribuinte para apurar o ganho de capital, e, conseqüentemente, o valor do imposto de renda incidente sobre as parcelas, não está amparado pela legislação de regência e o custo das ações foi reduzido, de acordo com a apuração desta fiscalização, gerando novos valores de ganho de capital e de imposto devido, Planilha 07. Todavia, em atendimento à decisão judicial, os créditos foram constituídos sem cobrança de multa e juros e com exigibilidade suspensa.

Conclusão: O crédito tributário apurado para o presente processo, n. 12448.728448/2013-44, foi de R\$11.023,86 sendo R\$5.854,10 de imposto, R\$779,18 de juros e R\$4.390,58 de multa proporcional passível de redução.

O crédito tributário apurado para o processo n° 12448.728447/2013-08 foi de R\$1.472.454,71 de imposto."

É relevante destacar que as ações consideradas no lançamento de fls. 329/334 **referem-se a 8,853% do total das ações (127.954 de 1.445.335 ações) que o recorrente detinha à data da alienação (01/02/2011)**, não estando assim abrangidas pela decisão judicial transitada em julgado (fls. 542/551) - isenção nos termos do alínea "d", do art 4º, do Decreto n. 1.510/76 -, em conformidade com planilhas apresentadas pelo recorrente à fl. 113, cujos percentuais informados (91,147% e 8,853%) não foram questionados pela Fiscalização da RFB.

Cientificado do Auto de Infração (fls. 329/334) em 29/01/2014 (fl. 350), o recorrente apresentou impugnação (fls. 357/365) em 07/02/2014, aduzindo em síntese:

"Da tempestividade; dos fatos e do Auto de Infração – discorre sobre os fatos.

Da possibilidade de discussão, na via administrativa, de matérias não tratadas na via judicial – Cita jurisprudência e entende que o MS n° 2011.51.01.003391-5 tem como objetivo de impedir a cobrança do imposto de renda sobre o ganho de capital decorrente da alienação de parte das ações sob o argumento de que tal ganho seria isento, por força do art. 4º, alínea "d", do DL n° 1.510/76.

Já na presente impugnação, o que está sendo questionado nos autos são os procedimentos adotados pela fiscalização para a apuração do ganho de capital relativo à venda das ações.

Assim, resta claro que o disposto na letra "b" do ADN COSIT n° 03/96 dá respaldo à apreciação na via administrativa da matéria que será tratada na presente impugnação.

Dos erros cometidos pela fiscalização na determinação do custo de aquisição das ações – entende que a fiscalização cometeu um equívoco ao desconsiderar o custo de aquisição utilizado pelo impugnante para fins de apuração do ganho de capital.

Informa que a fiscalização deixou de considerar no custo de aquisição das ações os valores proporcionais relativos às capitalizações de lucros ocorridos nos anos de 1996, 1997, 2009 e 2010, devidamente comprovadas por meio de documentação apresentada por petição protocolada em 25.07.2012.

Apresenta suas razões e entende que há a possibilidade de incremento do custo de aquisição de ações em razão da capitalização de lucros e reservas ocorridos a partir de janeiro/1996 já foi objeto em Soluções de Consulta pela própria Receita Federal do Brasil (RFB), como segue. Cita trecho das Soluções de Consulta n°s 53, 54, 55, 56, 57, 58 de 08/05/2008.

Têm-se, portanto, que os valores proporcionais das capitalizações realizadas pela Clínica nos anos de 1996, 1997, 2009 e 2010, que totalizam 1.431.593,82, também devem compor o custo de aquisição das alienadas pelo impugnante para fins de apuração de eventual imposto de renda sobre ganho de capital.

Por fim, deve-se destacar que o efetivo valor de venda das ações a ser considerado no cálculo o ganho de capital deve ser de apenas R\$ 14.625.778,47, e não de R\$ 14.797.045,74. De fato, conforme se depreende pelo Contrato de Compra e Venda das Ações (apresentado no curso da fiscalização e ora reapresentado – doc 03), o valor efetivo da venda das ações do Impugnante foi de R\$ 14.625.778,47, sendo que o valor de R\$ 171.267,27, corresponde a honorários advocatícios, pagos te pelos compradores.

Pelo exposto, pede e espera o impugnante a retificação do valor lançado no auto.

Recepcionada a impugnação de fls. 357/365, a DRJ/RJO exarou decisão abrigada no Acórdão n. 12-67.173 (fls. 465/472), sumarizada na ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2012

OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES.

Sujeita-se à incidência do Imposto de Renda o ganho de capital correspondente à diferença entre o valor de alienação das ações pelo acionista pessoa física e o respectivo custo de aquisição, que não pode ser majorado sem o amparo legal.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Não há previsão legal para a dedução de honorários advocatícios para o valor de alienação, conforme § 4º do artigo 19 da Instrução Normativa SRF nº 84/2001.

ÔNUS DA PROVA.

Havendo incongruência entre as informações declaradas à RFB e informadas pelo contribuinte, este deve apresentar documentos hábeis e inequívocos para refutar a base de cálculo do imposto de renda.

*Impugnação Improcedente
Crédito Tributário Mantido*

O contribuinte foi cientificado do teor do Acórdão n. 12-67.173 (fls. 465/472) em 22/08/2014 (fl. 474) e, irresignado, interpôs recurso voluntário em 18/09/2014 (fls. 482/493), tempestivo, portanto, no qual repisa, em linhas gerais, os mesmos argumentos apresentados na impugnação de fls. 357/365.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luís Henrique Dias Lima - Relator.

O Recurso Voluntário (fls. 482/493) é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n. 70.235/72 e alterações posteriores, portanto dele CONHEÇO.

Consoante relatado, a autuação em lide recai sobre o ganho de capital decorrente da alienação de 8,853% das ações (ou seja, 127.954 ações) de titularidade do recorrente, referentes à Clínica Médico-Cirúrgica Botafogo S.A, as quais não são abrangidas pelo Mandado de Segurança por ele impetrado visando elidir a incidência de imposto de renda com fulcro na isenção prevista no art. 4º, “d”, do Decreto-Lei n. 1.510/76.

A Fiscalização da RFB informa da ocorrência de recolhimento de DARF sobre o ganho de capital considerado pelo recorrente relativo à alienação das 127.954 ações (8,853%).

Foi desconsiderado pela Fiscalização da RFB a capitalização de lucros e reservas de lucros, nos 1996, 1997, 2009 e 2010, feita pelo recorrente para aumentar o custo de aquisição, por ausência de previsão legal. Dessa forma, foi apurado imposto de renda sobre o ganho de capital calculado com base no custo de aquisição levantado pela Fiscalização, deduzindo-se, todavia, os valores recolhidos através de DARF.

Em sua peça recursal de fls. 482/493, o recorrente denuncia que houve equívoco por parte da Fiscalização ao não considerar o custo de aquisição por ele utilizado para fins de apuração do ganho de capital ao fixar o valor de R\$ 492.479,20, ressaltando que a possibilidade de incremento do custo de aquisição das ações já existentes, em razão da capitalização de lucros e reservas ocorridos a partir de janeiro/1996, já foi reconhecida em Soluções de Consulta pela própria Receita Federal do Brasil (RFB).

Neste ponto é oportuno destacar que soluções de consultas exaradas pela RFB são desprovidas de qualquer efeito vinculante para o julgador de segunda instância, constituindo-se, quando for o caso, mero elemento a ser considerado na formação de sua convicção, tendo em vista que não constam do rol de dispositivos (legais e infralegais) de observância obrigatória elencados no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria MF n. 343, de 09 de junho de 2015, e alterações posteriores.

A pretensão do recorrente no sentido de aumentar o custo de aquisição das ações já existentes, em razão da capitalização de lucros e reservas ocorridos a partir de janeiro/1996, não encontra guarida na legislação, não podendo assim prosperar.

Com efeito, a Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988, em seu art. 16, define o que será considerado como custo de aquisição dos bens e direitos para fins de apuração do ganho de capital, *verbis*:

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;

II - o valor que tenha servido de base para o cálculo do Imposto de Importação acrescido do valor dos tributos e das despesas de desembaraço aduaneiro;

III - o valor da avaliação do inventário ou arrolamento;

IV - o valor de transmissão, utilizado na aquisição, para cálculo do ganho de capital do alienante;

V - seu valor corrente, na data da aquisição.

§ 1º O valor da contribuição de melhoria integra o custo do imóvel.

§ 2º O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital e dos bens fungíveis será a média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses bens.

§ 3º No caso de participação societária resultantes 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. (grifei)

§ 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." (grifei)

Ou seja, somente se os lucros e reservas incorporados ao capital tivessem sido tributados na fonte - IRRF - à alíquota de 8% sobre o Lucro Líquido, na forma do art. 35 da Lei n. 7.713/88, o custo de aquisição da participação societária seria incrementado em valor equivalente à parcela dos lucros ou reservas capitalizados correspondente à participação do sócio beneficiado. Caso esses lucros e reservas capitalizados não tivessem sido oferecidos à tributação, o aumento no custo de aquisição seria **zero**.

Entretanto, a Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, revogou tacitamente o art. 35 da Lei n. 7.713/88, ao isentar do imposto de renda os lucros distribuídos, e, em razão disso, autorizou o incremento no custo de aquisição da participação societária **somente** da parcela capitalizada dos lucros e das reservas constituídas com esses lucros correspondente ao sócio beneficiado:

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. (grifei)

Ad argumentandum tantum, vez que não se aplica ao caso concreto em virtude de a este não ser contemporânea, a Lei n. 12.974, de 13 de maio de 2014, introduziu novos parágrafos no art. 10 da Lei n. 9.249/95, mas manteve o texto anterior:

"§ 1º 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. (Incluído pela Lei n. 12.973, de 2014)." (grifei)

Noutro giro, o Decreto n. 3.000/99 (RIR/99) assim estabelece:

"Art. 130. O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital e de bens fungíveis será a média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses bens (Lei n. 7.713, de 1988, art. 16, § 2º).

§ 1º No caso de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros ou reservas de lucros, que tenham sido tributados na forma do art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, ou apurados no ano de 1993, o custo de aquisição é igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista beneficiário (Lei n. 7.713, de 1988, art. 16, § 3º, e Lei n. 8.383, de 1991, art. 75). (grifei)

§ 2º O custo é considerado igual a zero (Lei n. 7.713, de 1988, art. 16, § 4º):

I - no caso de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros ou reservas apurados até 31 de dezembro de 1988, e nos anos de 1994 e 1995;

II - no caso de partes beneficiárias adquiridas gratuitamente;

III - quando não puder ser determinado por qualquer das formas descritas neste artigo ou no anterior."

"Art. 135. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou 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 (Lei n. 9.249, de 1995, art.10, parágrafo único)." (grifei)

A bonificação de ações está diretamente relacionada ao aumento do capital social por meio da capitalização de reservas, sem que haja incremento do patrimônio líquido, ocorrendo apenas movimentação contábil. Trata-se, pois, de aumento mediante capitalização de lucros ou de reservas, assim decorrendo alteração do valor nominal das ações ou distribuições de ações novas, correspondentes ao aumento, entre acionistas, na proporção do número de ações que possuírem, conforme previsão do art. 169 da Lei n. 6.404/76.

Na letra exata da legislação - art. 10, § 1º, da Lei n. 9.249/1995 e art. 135 do Decreto n. 3.000/99 (RIR/99) - apenas as quotas ou ações **distribuídas** em decorrência de aumento de capital ou 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.

Repisando: a legislação é clara e expressa ao referir-se às ações distribuídas e não às **existentes**.

Com efeito, a regra plasmada no art. 10, § 1º, da Lei n. 9.249/1995 e art. 135 do Decreto n. 3.000/99 (RIR/99) não deixa dúvidas que é aplicável apenas quando há distribuição de novas ações nos casos em que a pessoa jurídica (sociedade anônima) aumenta seu capital mediante capitalização de lucros e de reservas de lucros.

Sem adentrar no mérito (jurídico, econômico, fiscal ou contábil) no que tange à sua pertinência e acerto, o entendimento esposado nas soluções de consulta referenciadas pelo recorrente extrapola o comando legal insculpido no art. 10, § 1º, da Lei n. 9.249/1995, reproduzido no art. 135 do Decreto n. 3.000/99 (RIR/99), ao estender o benefício de aumento do custo fiscal de aquisição do investimento às ações já existentes, quando a legislação é expressa em restringi-lo apenas àquelas distribuídas.

Não há que se discutir na presente análise, até por fugir ao seu escopo, se os dispositivos legais em apreço são anacrônicos e dissociados da realidade econômica, fiscal e contábil, como sugere a argumentação desenvolvida pelo recorrente na peça recursal de fls. 482/493.

É fundamental resgatar os termos do art. 142, parágrafo único, do CTN quando estabelece que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Nessa perspectiva, a Fiscalização, ao observar a regra do art. 10, § 1º, da Lei n. 9.249/1995, reproduzido no art. 135 do Decreto n. 3.000/99 (RIR/99), agiu nos estritos limites da lei, não havendo por que dela se desviar para atender a entendimento esposado em soluções de consulta isoladas e desprovidas de qualquer força vinculante.

Por outro lado, não obstante as atas de assembléias acostadas às fls. 237/260 informarem a capitalização dos lucros nos períodos e nos montantes pretendidos pelo recorrente, não restam evidenciados nos autos elementos de prova contábeis/fiscais vinculados à Clínica Médico-Cirúrgica Botafogo S/A - CNPJ 33.171.638/0001-44, com a devida autenticação nos órgãos competentes, que atestem e respaldem a concretização daquelas capitalizações.

No que tange ao efetivo valor de venda das ações a ser considerado no cálculo do ganho de capital, não há previsão legal para dedução de honorários advocatícios no respectivo valor de alienação, na forma pleiteada pelo recorrente.

O art. 19, § 4º. da Instrução Normativa SRF n. 84/2001 prevê apenas a dedução, no valor de alienação, do valor da corretagem (instituto previsto no art. 722 do Código Civil), que não se aplica ao caso concreto.

Assim, não obstante o contrato de compra e venda de ações de fls. 371/459 informar valor de alienação de R\$ 14.625.778,47, restou caracterizado na planilha de fl. 103, acostada aos autos pelo próprio recorrente, que o valor total de alienação o valor de R\$ 14.797.045,74 (R\$ 14.625.778,47 + R\$ 171.267,27 de honorários advocatícios pagos diretamente pelos compradores das ações e descontados dos valores devidos ao recorrente).

Com efeito, na planilha de fl. 103 o recorrente assim informou:

Total de ações à venda:	1.445.335
% ações sob DL 1510:	91,147%
% ações fora do DL 1510:	8,853%
Preço total de venda:	R\$ 14.797.045,74
Preço do contrato (R\$ 10,1193 por ação):	R\$ 14.625.778,47
Honorários UCRG:	R\$ 171.267,27

Desta forma, não parece razoável, uma vez caracterizado *venire contra factum proprium*, que em sede de recurso voluntário o recorrente venha contestar as informações que ele mesmo apresentou à Fiscalização da RFB e que subsidiaram a apuração de ganho de capital que ele mesmo efetuou, conforme afirma nos tópicos 2.2 e 2.5 da peça recursal de fls. 482/493, *verbis*:

2.2. O valor de venda das AÇÕES considerado pelo RECORRENTE foi de R\$ 14.797.045,74, que seriam pagos em 7 (sete) parcelas nas seguintes datas: 01.02.2011, 01.04.2011, 10.07.2011, 10.01.2012, 10.07.2012, 10.01.2013 e 10.07.2013.

...

2.5. De acordo com o preço de venda das AÇÕES por ele considerado, R\$ 14.797.045,74, e o custo de aquisição de R\$ 2.276.326,69, o RECORRENTE apurou o ganho de capital relativo à venda das AÇÕES e realizou os seguintes depósitos judiciais e pagamentos a título de imposto de renda sobre esse ganho de capital (as demais parcelas foram recebidas em 2013 e não estão abrangidas pelo AUTO):

Parcela	Valor da Parcela	Percentual da parcela no preço total de venda	IR devido sobre a parcela	IR depositado (relativo às ações sob o DL 1510/76 - 91,147%)	IR pago (relativo às ações fora do DL 1510/76 - 8,853%)
1ª parcela (02/02/2011)	R\$ 1.623.607,08	10,9725%	R\$ 206.075,54	R\$ 187.831,89	R\$ 18.243,65
2ª parcela (01/04/2011)	R\$ 2.370.838,69	16,0224%	R\$ 300.917,55	R\$ 274.277,63	R\$ 26.639,92
3ª parcela (11/07/2011)	R\$ 3.489.710,74	23,5838%	R\$ 442.929,84	R\$ 403.717,73	R\$ 39.212,12
4ª parcela (10/01/2012)	R\$ 1.828.222,31	12,3553%	R\$ 232.046,23	R\$ 211.503,42	R\$ 20.542,81
5ª parcela (10/07/2012)	R\$ 1.828.222,31	12,3553%	R\$ 232.046,23	R\$ 211.503,42	R\$ 20.542,81

Ante o exposto, voto no sentido de **CONHECER** do Recurso Voluntário (fls. 482/493) e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

(assinado digitalmente)

Luís Henrique Dias Lima - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Ronnie Soares Anderson - Redator Designado

A decisão contestada, ao examinar a legislação aplicável, assim se pronunciou:

Note-se que os parágrafos 1º e 2º, inciso I, do artigo 130 e o artigo 135 do RIR/1999 tratam da determinação do custo de aquisição relativo às quotas ou ações recebidas em bonificação.

Veja-se o conceito de “bonificação em ações”, colhido na rede mundial de computadores, no endereço “<http://www.shopinvest.com.br/Acoes/ativos.asp>”:

Advém do aumento de capital de uma sociedade, mediante a incorporação de reservas e lucros, quando são distribuídas gratuitamente novas ações a seus acionistas, em número proporcional às já possuídas.

No caso concreto, não houve recebimento de bonificações a partir do ano-calendário de 1996, conforme documentos apresentados durante a fiscalização e demonstrados por esta através da Planilha 01 do Termo de Verificação Fiscal.

Logo, correto o entendimento da fiscalização que desconsiderou o custo de aquisição incrementado através da capitalização de lucros e reservas de lucros feita nos 1996, 1997, 2009 e 2010.

Em outras palavras, entendeu que apenas no caso de distribuição de bonificação de ações é que poderia se considerar a majoração do custo de aquisição em virtude de capitalização de lucros ou reservas de lucros; no mesmo sentido, orientou o seu voto o D. Relator.

Necessário, para verter outra compreensão sobre a matéria, transcrever novamente os arts. 130 e 135 do RIR/99:

Art.130.O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital e de bens fungíveis será a média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses bens (Lei nº 7.713, de 1988, art. 16, §2º).

§1º No caso de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros ou reservas de lucros, que tenham sido tributados na forma do art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, ou apurados no ano de 1993, o custo de aquisição é igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista beneficiário (Lei nº 7.713, de 1988, art. 16, § 3º, e Lei nº 8.383, de 1991, art. 75).

§2º O custo é considerado igual a zero (Lei nº 7.713, de 1988, art. 16, §4º):

I - no caso de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros ou reservas apurados até 31 de dezembro de 1988, e nos anos de 1994 e 1995;

II - no caso de partes beneficiárias adquiridas gratuitamente;

III - quando não puder ser determinado por qualquer das formas descritas neste artigo ou no anterior.

(...)

Art.135. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou 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 (Lei nº 9.249, de 1995, art.10, parágrafo único).(grifei)

A leitura das disposições supra revela que a prescrição do artigo 130, § 1º, que tem por base legal o artigo 16, § 3º, da Lei nº 7.713/88, aplica-se até o ano-calendário de 1993. Ressalte-se que a tributação do lucro “na forma do art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988”, mencionada no referido parágrafo 1º, não mais vigorou a partir do ano-calendário de 1993, por força do disposto no artigo 75 da Lei nº 8.383/91.

Já o artigo 135 do RIR/99, cuja matriz legal é o artigo 10, parágrafo único, da Lei nº 9.249/95, aplica-se a partir de janeiro de 1996.

Na verdade, tratam-se de regras que concernem a períodos distintos, pois anteriormente a 1996 o lucro distribuído era passível de tributação, inclusive na fonte, não sendo alterado o custo de aquisição da participação societária quando da capitalização dos lucros pela pessoa jurídica. Sendo tal participação alienada, o lucro dantes capitalizado sofria a incidência "cheia" do ganho de capital.

Com o advento do art. 10º da Lei nº 9.249/95, os lucros passaram a ser tributados somente na pessoa jurídica. A partir de então os dividendos passaram a ser isentos, o que poderia ensejar a preferência pela sua distribuição frente à sua retenção e reinvestimento, dando azo à descapitalização das empresas. Para evitar tal situação, e estimular a retenção dos lucros de modo a possibilitar a realização de investimentos e formação bruta de capital sem endividamento perante terceiros, com o conseqüente crescimento da economia e geração de empregos, o regramento do parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249/95 (art. 135 do RIR/99, acima reproduzido) previu uma "compensação" para que os sócios não decidissem priorizar a distribuição de lucros.

Com efeito, para que os lucros não fossem distribuídos como dividendos aos sócios mas sim incorporados mediante aumento de capital da empresa, foi possibilitado o ajuste no custo de aquisição das participações societárias dos acionistas, na proporção em que fossem aqueles capitalizados, balizando-se assim o alcance do benefício legal da isenção dos dividendos.

Assim, adicionou-se ao natural efeito diferimento do ganho de capital na postergação da alienação das ações, a vantagem de que esse ganho sujeito à tributação ver-se-ia diminuído do montante dos lucros que foram capitalizados e não distribuídos aos sócios.

Destarte, ainda que o art. 135 do RIR/99 refira-se tão-somente às quotas e ações distribuídas em razão da capitalização de lucros ou reservas constituídas com esses lucros, sob o ponto de vista teleológico-sistemático não há motivo para que essa capitalização não reflita, igualmente, acréscimo do custo de aquisição de ações já detidas pelos sócios.

Traga-se à colação as ponderadas palavras de Paulo Cezar Aragão e Fernanda Mattar Mesquita a respeito do tema:

Em outras palavras: se o acionista receber ações com base em reservas e lucros cuja capitalização não seria tributada, por haverem sido apurados a partir de janeiro de 1996, a parcela de tais lucros ou reservas que caberia ao acionista não apenas está isenta de tributação para a pessoa jurídica que os capitalizar, como também atualizará a base de custo do acionista pessoa física ou jurídica, para uma eventual apuração futura do ganho de capital tributável.

Dessa forma, sem descapitalizar a companhia com distribuições de dividendos acima do obrigatório, o acionista vê aumentado o seu custo de aquisição que serve de base para a apuração do ganho de capital em caso de venda de ações.

Uma leitura literal do texto da lei, reproduzida no RIR, que alude a “quotas ou ações distribuídas”, tem feito com que algumas companhias abertas, ao capitalizarem lucros ou reservas, adotem ainda a prática, até certo ponto ultrapassada, de distribuírem novas ações aos seus acionistas (por exemplo, as aqui tratadas bonificações), que na reforma se buscou desestimular, para evitar uma “ilusão de ganho” característica de um mercado de capitais incipiente e de uma economia inflacionária.

*Sempre foi objeto de análise a possibilidade de que esta capitalização de lucros ou reservas fosse feita **sem a distribuição de novas ações**, pelos custos de implantação que as bonificações representam e, acima de tudo, pelo custo adicional que geram, principalmente, nos casos das companhias brasileiras com certificados de depósito de ações no exterior (“ADRs”), para os titulares dos referidos ADRs, já que, no mercado externo, o número de ações alienadas usualmente impacta o custo de transferência junto aos bancos depositários (uma vez que novos ADRs serão emitidos, fazendo com que uma mesma operação passe a envolver um número maior e custos de transação aumentados), tornando as operações mais onerosas para os investidores estrangeiros de portfólio (por exemplo, feitos com base na Resolução CMN nº 2.689), que estariam, em qualquer caso, isentos de tributação sobre ganho de capital.*

Para esses investidores de portfólio, desse modo, a distribuição de novas ações em bonificação não tem real sentido econômico, apenas aumentando o custo de transação.

Nos últimos anos, contudo, a Receita Federal do Brasil divulgou Soluções de Consulta com base nas quais se reconhece que, em ambos os casos (por exemplo, na capitalização de reservas com

ou sem a emissão de novas ações), o custo (fiscal) de aquisição dos acionistas pode sofrer ajuste.

Assim, segundo esse novo entendimento, a distribuição de novas ações não é necessária para o gozo do benefício de aumento do custo (fiscal) de aquisição para as pessoas físicas ou jurídicas, ainda que os citados arts. 135 e 383, parágrafo único, do RIR aludam a esse fato, uma vez que – como lembrado – com ou sem a emissão de novas ações, estão sendo incorporadas, ao capital social, reservas que, se distribuídas como dividendos e imediatamente capitalizadas, resultariam em um aumento da base de cálculo do investimento total realizado, também sem tributação.

E, como visto acima, é perfeitamente justificável que assim seja, já que não apenas o resultado econômico é o mesmo para o acionista, com ou sem emissão de novas ações, como também não há razão para que a capitalização de reservas nessas circunstâncias tenha tratamento menos favorecido, se a companhia pode proceder a essa capitalização de suas reservas sem alterar o número de ações (inclusive aumentando o valor nominal das existentes, quando for o caso).¹ (grifos do original).

Como observado pela contribuinte e no excerto acima, o entendimento ora partilhado vem ao encontro de diversas manifestações da Receita Federal do Brasil acerca do assunto, como a Solução de Consulta nº 45/13 da Disit SRRF 4ª Região, e a Solução de Consulta nº 53/08, da Disit da SRRF 6ª Região.

Mais recentemente, foi exarada a Solução de Consulta Cosit nº 10/16, consolidando o posicionamento do órgão fazendário sobre o tema, dado seu caráter vinculante no âmbito da Receita Federal do Brasil por força do art. 9º da IN RFB nº 1.396/13, com a redação dada pela IN RFB nº 1.424/2013:

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.

Veja-se que a possibilidade de capitalização de lucros ou de reservas constituídas com esses lucros não foi restringida à situação em que fossem emitidas ações em bonificação, ao contrário do que defende o acórdão guerreado.

Logicamente, a Solução de Consulta em comento alertou que:

Deste modo, 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. Admitir essa possibilidade traria como consequência a redução da base de cálculo do ganho de capital apurado no negócio. Há que se recordar que a redução de base de

¹ Cfr. Considerações a respeito da capitalização de reservas e lucros à luz da lei das sociedades por ações. In: WALD, Arnoldo; GONÇALVES, Fernando; SOARES DE CASTRO, Moema Augusta (coord.); FREITAS, Bernardo Vianna; CARVALHO, Mário Tavernard Martins de (org.). Sociedades anônimas e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 79-104.

Processo nº 12448.728448/2013-44
Acórdão n.º **2402-006.004**

S2-C4T2
Fl. 109

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 harmonia com essas manifestações da própria autoridade fazendária, deve ser permitido o incremento do custo de aquisição da participação societária do recorrente, levando-se em conta as capitalizações de lucros ou reservas constituídas com esses lucros, efetuadas no período posterior a 1996.

Ante o exposto, voto no sentido de que seja realizado o recálculo do lançamento considerando-se as capitalizações de lucros ou reservas de lucro.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson