



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

Processo nº 12448.734343/2011-62
Recurso nº 999 Voluntário
Acórdão nº 2201-002.153 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de junho de 2013
Matéria IRPF - Ganho de Capital
Recorrente PEDRO HAWTREY DE LAPORT
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2008

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE AÇÕES. MAJORAÇÃO ARTIFICIAL DO CUSTO DE AQUISIÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS DE LUCROS REFLETIDOS NAS EMPRESAS HOLDINGS PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL.

É indevida a majoração do custo de aquisição na capitalização de lucros ou reservas de lucros apurados na empresa investidora pelo Método de Equivalência Patrimonial refletidos nas empresas holdings investidoras, do mesmo lucro da sociedade investida, disponível para capitalização ou retiradas.

MULTA QUALIFICADA. REQUISITOS.

Em toda infração esta presente a culpa ou dolo genérico, sujeito a multa de ofício de 75%. Na imposição da multa qualificada de 150% também se exige o dolo, mas o dolo específico, a vontade livre, consciente e deliberada de sonegar, de cometer a infração ou assumir o risco consciente da conduta.

Incabível assim a imposição da multa qualificada quando não restar comprovado de forma firme e estreme de dúvidas o dolo específico, aspecto subjetivo do infrator, na vontade deliberada ou assunção consciente da sonegação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%. Vencida a Conselheira Nathália Mesquita Ceia, que deu provimento integral ao recurso. Fez sustentação oral pelo Contribuinte o Dr. Rodrigo Brunelli Machado, OAB/SP 154.354 e pela Fazenda Nacional a Dra. Indiara Arruda de Almeida Serra. O Advogado do

Contribuinte requereu a retirada de pauta do processo, com fundamento na ausência de paridade, o que foi indeferido pela Presidência da Turma, por falta de previsão regimental.

(Assinatura digital)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente.

(Assinatura digital)

Odmir Fernandes – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Eduardo Tadeu Farah, Márcio de Lacerda Martins, Nathália Mesquita Ceia, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente) e Odmir Fernandes. Ausente o Conselheiro Rodrigo Santos Masset Lacombe.

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário** da decisão da 3ª Turma de Julgamento da DRJ de Salvador/BA, que manteve parte da autuação do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF, sobre apuração incorreta de ganhos de capital auferidos na alienação de ações ou quotas não negociadas em bolsa de valores.

Auto de infração (fls. 03 a 08) com ciência em 30.09.2011 (AR fls. 545) teve origem após constatações das irregularidades apontadas no Termo de Verificação Fiscal (fls. 09 a 50).

Impugnação (fls. 556 a 586).

A **decisão recorrida** (fls. 594 a 600) com ciência em 03.04.2012 (fls. 607), manteve em parte da autuação em razão de o custo de aquisição das novas ações deve corresponder ao valor das antigas ações subtraído dos lucros e reservas de lucros a distribuir ou a capitalizar existentes na incorporadora no momento da incorporação. A exigência inicial de R\$ 707.698,69, teve exoneração de R\$ 69.914,90.

A decisão esta assim ementada:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2008

É cabível o lançamento fiscal para constituir crédito tributário decorrente da majoração do custo de aquisição das ações alienadas na apuração do ganho de capital.

LANÇAMENTO. MULTA QUALIFICADA.

É cabível o lançamento da multa qualificada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) quando for verificada a majoração indevida do custo de aquisição das ações vendidas na apuração do ganho de capital com o claro intuito de reduzir o imposto devido.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

No **Recurso Voluntário** (fls. 612 a 645), protocolado em 25.04.2012 sustenta em síntese:

a) Os lucros da investida não são os lucros da investidora, sendo uma holding pura ou não;

b) As cisões com as incorporações reversas foram adotadas por representarem a forma mais rápida, prática e eficiente de se fazer com que as ações da SOTEP chegassem aos compradores;

c) A opção pela capitalização de lucros, antes das incorporações (ou cisões com incorporações com o mesmo tratamento) era irrelevante em termos fiscais, é só ocorreu para identificar com clareza o montante dos lucros e reservas convertidos em capital e afastar dúvidas quanto à existência da capitalização;

d) A bonificação de R\$ 3.382.873,22 não foi propiciada pelas operações de reestruturação (incorporações e cisões com incorporações inversas), pois são resultados da distribuição e/ou capitalização de lucros da empresa que participava antes da reestruturação;

e) Não cabe aplicação da multa qualificada de 150%.

É o breve relatório.

Voto

Conselheiro Odmir Fernandes - Relator

Cuida-se de autuação do Imposto de Renda Pessoa Física IRPF mantida pela decisão recorrida, com a multa qualificada de 150%, sobre ganho de capital na apuração do *custo de aquisição* das ações alienadas, após a reorganização societária de incorporações inversas e extinção das sociedades investidoras (holdings) detentoras das ações alienadas.

O Relatório de Fiscalização e a decisão recorrida dão conta que os lucros e reservas de lucros foram capitalizados nas investidoras (holdings) e na investida com a incorporação e utilização dos mesmos lucros ou reservas causado pelo efeito *reflexo* nas sociedades incorporadas.

Entendeu a autuação e a decisão recorrida que houve *majoração artificial* do custo da participação societária alienada com a apropriação indevida - *dos mesmos* lucros e reservas de lucros - refletidos da sociedade da investida (geradora dos lucros) e nas sociedades investidoras - holdings na apuração dos resultados pelo método da equivalência patrimonial.

A autuação não admitiu os acréscimos artificiais do *duplo custo de aquisição* causado pela incorporação dos mesmos lucros e/ou reserva de lucros da sociedade investida e investidora, reajustou a base de calculo e tributou o efetivo ganho de capital na alienação ações pelo Recorrente.

Sustenta o Recorrente que o art. 135, do RIR/99, que regulamentou o Parágrafo Único art.10, da Lei nº 9.249, de 1995, ampara seu procedimento tributário. Vejamos:

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).

De fato, o dispositivo autoriza computar no custo de aquisição, para efeito da apuração do ganho de capital, os lucros ou reservas de lucros em razão do aumento de capital ou incorporação dos resultados apurados pela sociedade.

A conduta do Recorrente estaria perfeita se a *qualificação do fato* – que é único – os lucros ou reservas de lucros – gerados pela sociedade operacional, pudesse existir de forma isolada nas sociedades.

O efeito contábil de os mesmos resultados da investida, geradora dos lucros, *refletir* nas sociedades investidoras existe apenas para fins contábeis da apuração dos resultados, pelo método da equivalência patrimonial e demonstração dos resultados exigidos pela legislação societária, mas isso não significa existir lucros isolados nas investidoras se elas não geram resultado próprio para compor o custo de aquisição na alienação da participação societária como entendeu o Recorrente na leitura do art. 135, do RIR/99.

A independência e a autonomia patrimonial das sociedades que são distintas da investida, investidoras, sócios, acionistas e controladores, não socorre o Recorrente para permitir a dupla ou tripla utilização dos mesmos lucros e reservas de lucros no custo de aquisição, se eles apenas refletem na demonstração dos resultados das sociedades coligadas, advindos da investida.

Necessário destacar, o efeito da dupla ou tripla capitalização dos mesmos lucros somente se tornou possível no imaginário do autuado em razão da incorporação. Não houvesse essa incorporação não apareceria a possibilidade da dupla utilização, diante da autonomia e independência patrimonial de bens, embora reflexo.

Não há equívoco na lei e nem na sua interpretação. O detalhe é qualificação do fato - *único* – os lucros ou reservas de lucros - da sociedade operacional da investida refletir nas holdings, mas isto, repetimos, não permite - artificialmente – computar duplo ou triplo custo de aquisição, caudado pela incorporação das sociedades como se pudesse existir lucro autônomo nas sociedades investidoras e na investida.

O duplo ou triplo efeito é mera ficção, necessária para apuração da demonstração dos resultados na participação acionária em cada sociedade. No Balanço Patrimonial Consolidado, se houvesse, seria estaria espelhada a total impropriedade da tese do Recorrente, que não se sustenta ao menor argumento com o conhecimento dos fatos.

A decisão recorrida com inteira propriedade fixou exatamente esse entendimento que temos sustentado em diversos votos com a mesma natureza da autuação. Pela importância didática do tema passamos a reproduzir a decisão da DRJ de Salvador/BA, da Relatoria do julgador *a quo*, José Lacerda Valadão Neto:

O art. 135 do RIR/1999 prevê que o custo de aquisição de ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros ou reservas de lucros será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio.

O impugnante entende que não há restrição na aplicação do referido dispositivo quando o lucro capitalizado decorrer da avaliação de investimento em empresa controlada pelo método da equivalência patrimonial, mesmo nos casos em que os lucros não tenham sido distribuídos pela empresa controlada.

Apesar de não haver qualquer restrição legal neste sentido, é importante identificar corretamente qual é o custo de aquisição das ações recebidas em decorrência da incorporação inversa da investidora/controladora pela investida/controlada, quando ainda existam lucros a distribuir e reservas de lucros na investida/controlada no momento da incorporação.

Nos termos do art. 227 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), na incorporação a incorporadora deve aumentar seu capital no valor equivalente ao acervo líquido da incorporada, sendo que as ações representativas desse aumento são entregues aos acionistas da incorporada.

Na incorporação inversa, deve-se perceber que, caso ainda existam lucros a distribuir e reservas de lucros na investida/controlada no momento da incorporação, o investidor troca as antigas ações da incorporada pelas novas ações da incorporadora, juntamente com o direito de receber ou capitalizar os lucros e reservas de lucros existentes nesta última. Ou seja, o custo de aquisição das antigas ações se desdobrará em dois valores: o valor de aquisição das novas ações e o valor correspondente ao direito que o investidor passa a ter de receber ou capitalizar os lucros e reservas de lucros existentes na incorporadora.

Diante do exposto, conclui-se que o valor de aquisição das novas ações é o valor das antigas ações subtraído do valor dos lucros e reservas de lucros a distribuir ou capitalizar existentes na incorporadora no momento da incorporação. Caso tais lucros e reservas de lucros venham a ser futuramente capitalizados, constituirão o custo de aquisição das novas ações, caso sejam distribuídos aos sócios não haverá que se falar em acréscimo no custo das ações.

*Perceba-se que no lançamento o fiscal buscou eliminar as distorções no custo de aquisição das ações, apurado pelo contribuinte, que capitalizou sucessivamente lucros apurados com base na avaliação de investimentos mediante a aplicação do método de equivalência patrimonial, e que ao mesmo tempo recebeu dividendos distribuídos. **A distorção decorre da falta de segregação entre o custo de aquisição das ações recebidas nas sucessivas incorporações inversas e o direito aos lucros que passou a ter em decorrência de cada uma destas alterações societárias.***

A decisão recorrida após fazer diversos cálculos aumentou o custo de aquisição e cancelou parte da autuação.

O Recorrente sustenta ainda em memórias e na tribuna, em sustentação oral - não no recurso, erro e defeito no *critério* da apuração do custo de aquisição do ganho de capital, diz que em várias autuações com a mesma natureza a fiscalização utilizou formas diferentes de apuração do custo de aquisição, buscando com isso a nulidade da autuação.

Contudo, são alegações com cálculos matemáticos, sem se demonstrar e comprovar, no devido contraditório, onde estaria defeito, o erro ou o possível prejuízo ao autuado no *critério* de cada situação.

Alguns critérios de apuração podem ser apontados, sem que um ou outro possa desqualificado na ausência de prova técnica firme e segura do acerto ou desacerto, com o devido contraditório. São elas sem exclusão de outros:

- (a) Custo inicial de aquisição da participação societária, com as incorporações dos lucros e reservas de lucros capitalizados;
- (b) Exclusão do custo artificial (indevido); ou
- (c) Participação societária do autuado, após a incorporação e a extinção das holdings, em relação ao PL -Patrimônio Líquido, da sociedade investida (operacional).

Erro ou defeito do *critério* da apuração do custo de aquisição pode até existir, mas é necessário demonstrar e comprovar a sua existência e o prejuízo para o autuado. Comprovado prejuízo, poda-se o excesso, sem que isso seja causa de nulidade da autuação.

Ademais, nesse critério pode existir também prejuízo à Fazenda, em benefício e vantagem ao autuado, com a apuração e a constituição do crédito tributário *do possível*, sem existir qualquer reparo na autuação, apenas lamento justo do *jus esperniandi*.

Multa qualificada.

A decisão recorrida manteve a qualificadora por entender que houve **dolo** do autuado ao *majorar artificialmente* o custo de aquisição das ações alienadas. Confira-se:

Multa qualificada

O documento intitulado "reestruturação 2007/2008" mostra que os atos foram praticados seguindo um plano prévio, orquestrado com o claro propósito de reduzir o imposto de renda a pagar sobre ganho de capital.

A conduta das pessoas físicas mostra a disposição de, deliberadamente, buscar reduzir o ganho de capital e a base de cálculo do imposto de renda. O resultado dessa conduta foi a declaração de ganho de capital com o custo de aquisição majorado artificialmente, e o recolhimento do imposto de renda calculado sobre uma base de cálculo indevida, resultando em um recolhimento inferior ao efetivamente devido.

A Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, define a fraude tributária:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Por sua vez, a lei nº 9.430/96 trata das multas de ofício:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

.....

§ 7º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Desta forma, a multa de ofício será aplicada no percentual de 150%

Houve de fato majoração artificial do custo de aquisição, mas daí a qualificar a existência de dolo nesse fato, isto é, a vontade livre e consciente de sonegar, com a duplicação da penalidade, vai uma distancia longe pela falta de elemento objetivo e seguro para aferir esse comportamento subjetivo do agente sujeito da infração.

O negócio existiu; as incorporações e a extinção das empresas holdings existiram.

Observando os resultados de forma individualizada, na figura da autonomia patrimonial das sociedades investida e holdings eles existem, a diferença é de serem *os mesmos resultados* de uma ou de outra sociedade, face à incorporação realizada.

Portanto, os resultados aparentes existem e possuem representação necessária nas sociedades investidas e investidoras por decorrência da contábil da equivalência patrimonial, da legislação societária e fiscal. Não há falsidade nos resultados refletidos, a lei exige que sejam assim, mas são apenas resultados aparentes, reflexos de uma em outra.

Também não houve fraude ou simulação no negócio realizado, qualifica-se a penalidade apenas pelo *dolo*, conforme se lê no relatório de fiscalização, situação que exige, pela natural subjetividade, maiores elementos da intenção ou do concurso deliberado e consciente de sonegar.

Sem isso, permeando dúvida entre o elemento subjetivo, intencional do agente de aproveitar a *brecha da lei*, levar vantagem da interpretação do art. 135, do RIR/99, e o dolo - a vontade livre, deliberada e consciente de sonegar, a qualificadora deve ser cancelada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço e dou parcial provimento** ao recurso para excluir a multa qualificada, mantendo a multa de ofício de 75%.

(Assinatura digital)

Odmir Fernandes - Relator

Processo nº 12448.734343/2011-62
Acórdão n.º **2201-002.153**

S2-C2T1
Fl. 6

CÓPIA