



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 12448.736592/2011-92
Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Resolução nº **9202-000.015 – 2ª Turma**
Data 16 de fevereiro de 2016
Assunto Diligência para saneamento do Despacho de Admissibilidade do Recurso Especial do Contribuinte
Recorrentes GUY PERELMUTER
FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto da Relatora.

(Assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

(Assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente), Maria Teresa Martinez Lopez (Vice-Presidente), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo, Patricia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Gerson Macedo Guerra.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração referente a crédito tributário do Imposto de Renda da Pessoa Física – IRPF, apurado sobre a **omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa**, relativo aos anos-calendário 2006 e 2009, em face do contribuinte GUY PERELMUTER, no montante de R\$ 10.309.839,04, sendo R\$ 3.632.806,68, de imposto; R\$ 1.227.822,34 de juros de mora calculados até 31/10/2011 e R\$ 5.449.210,02 de multa proporcional calculada sobre o principal.

De acordo com o termo de verificação fiscal (fls. 784 a 827), a fiscalização teve como objeto a análise da operação de alienação das ações do Banco Pactual S/A, CNPJ nº 30.306.294/0001-45, de propriedade do sócio GUY PERELMUTER, precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades holdings, que detinham todas as ações do Banco Pactual. Assim, descreveu o Auditor:

A ação fiscal teve como objeto a análise da operação de alienação das ações do Banco Pactual S/A, CNPJ nº 30.306.294/000145, de propriedade do sócio Pedro Batista de Lima Filho, precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades holdings, as quais detinham todas as ações do Banco Pactual.

A referida reorganização consistiu na extinção das holdings que detinham participação societária no Banco, por meio de sucessivas incorporações às avessas, culminando com a alienação das ações do Banco Pactual diretamente pelos acionistas pessoas físicas da instituição. Por meio da reorganização societária foi adotado um planejamento tributário inconsistente, por meio do qual se verificou a majoração ilícita do custo das ações alienadas, gerando, como consequência, a redução indevida do ganho de capital tributável obtido pelo acionista pessoa física.

Verificou-se um acréscimo no custo das ações alienadas do Banco Pactual S/A pertencentes ao acionista Guy Perelmutter da ordem de 324%, na data da alienação em dezembro de 2006, enquanto o aumento de patrimônio líquido do Banco Pactual S/A, entidade que concentrava toda a riqueza efetiva do grupo, no mesmo período, foi de 89% conforme Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica DIPJ da instituição financeira relativa ao ano calendário de 2006. Constatou-se, assim, uma total discrepância entre a evolução da riqueza da instituição financeira alienada com o acréscimo patrimonial do custo das respectivas ações pertencentes a um dos seus acionistas.

Tais processos de reorganizações societárias não teriam como produzir efeitos econômicos que justificassem o acréscimo patrimonial da pessoa física, tendo como objeto tão somente a majoração irregular do custo de aquisição das ações alienadas do Banco Pactual S/A e, conseqüentemente, a supressão de tributos devidos pela pessoa física relativos à operação de alienação do Banco.

Através de contrato firmado em 09/05/2006, entre a pessoa jurídica UBS AG, a pessoa jurídica Pactual S.A (controladora direta do Banco Pactual S.A.) e as pessoas físicas que possuíam participação indireta

sobre o patrimônio do Banco Pactual S.A., ficou definido, entre outras cláusulas, que as **holdings** detentoras de todas as ações do Banco Pactual S.A. seriam extintas mediante a reorganização, para que os sócios pessoas físicas assumissem a condição de proprietários diretos das ações negociadas.

O pagamento pela compra das ações do Banco Pactual S.A. foi dividido em parcelas, sendo a primeira paga na data de "Fechamento" da compra e venda das ações, ocorrido em dezembro de 2006, e a segunda em data posterior denominada de "Pagamento Diferido". Além desses pagamentos, os alienantes das ações receberiam ainda outros valores denominados "Pagamentos Especiais; Usufruto".

Os sócios pessoas físicas providenciaram uma reestruturação societária no ano calendário 2006, mediante incorporações às avessas das **holdings** controladoras do Banco, para permitir que a transferência das ações do Banco Pactual S.A. ao UBS AG fosse feita diretamente pelos sócios pessoas físicas.

Em 28/12/2004 e em 31/12/2005, foram realizados os aumentos do capital social de Pactual Participações Ltda nos montantes de R\$ 210.000.000,00 e R\$ 130.000.000,00, respectivamente, passando de R\$ 125.000.321,05 para R\$ 335.000.321,71 em 28/12/2004 e R\$ 465.000.320,61 em 31/12/2005, mediante capitalização de parte dos lucros retidos na conta lucros acumulados da sociedade.

Em 31/12/2005 a Pactual Participações Ltda é incorporada por Pactual Participações S/A, cujo capital social passou de R\$ 26.969.514,00 para R\$ 70.118.786,40 (aumento de R\$ 43.149.272,40). Posteriormente, a Pactual Participações S/A transformouse em Nova Pactual Participações Ltda.

Em 13/10/2006, foi realizado o aumento do capital social da Nova Pactual Participações Ltda no montante de R\$ 686.000.000,00, passando de R\$ 70.118.786,40 para R\$ 756.118.786,40, mediante capitalização dos créditos detidos pelos sócios quotistas contra a sociedade.

Em 13/10/2006 a Pactual Holdings S/A, aumentou seu capital social em R\$ 202.500.000,00, mediante a capitalização de créditos detidos contra a sociedade e a capitalização da reserva legal da Companhia.

Em 13/10/2006 a Pactual Holdings S/A é incorporada por Pactual S/A, passando o capital social da incorporadora de R\$ 34.498.190,25 para R\$ 64.248.147,47. Também nesta data, a Nova Pactual Participações Ltda é incorporada por Pactual S/A, cujo capital social passou de R\$ 64.248.147,47 para R\$ 97.841.295,93.

Em 01/11/2006, o capital social da Pactual S/A foi aumentado em R\$ 3.862.542,92, passando para R\$ 101.698.838,85, com a conseqüente emissão de duas ações preferenciais subscritas pelos acionistas André Santos Esteves e Gilberto Sayão da Silva e integralizadas mediante a capitalização de créditos por eles detidos contra a sociedade.

Em 03/11/2006 a Pactual S/A aumenta seu capital social em R\$ 996.087.876,00, passando este para R\$ 1.097.786.714,85, mediante a capitalização de créditos detidos pelos acionistas contra a Companhia.

Em 01/12/2006 a Pactual S/A é incorporada pelo Banco Pactual S/A, sendo vertido para o incorporador o patrimônio líquido da incorporada, de R\$ 1.149.597.660,18. A partir deste último evento societário, os acionistas pessoas físicas passaram a ter participação direta no Banco Pactual S/A, detendo as ações que, posteriormente, foram alienadas.

Observa-se um padrão nos eventos societários. Após o incremento dos respectivos Patrimônios Líquidos das companhias em decorrência dos ajustes de equivalência patrimonial originados pelo lucro do Banco Pactual S/A, todas as companhias Investidoras (Nova Pactual Participações Ltda, Pactual Holdings S/A e Pactual S/A) tiveram seus lucros e reservas capitalizados e posteriormente foram incorporadas pelas suas Investidas, operações essas inversas ao processo normal que é o da Investidora incorporar a Investida.

Nos processos de incorporação reversa houve majoração irregular no custo das ações alienadas, tendo em vista que o processo de extinção das holdings Pactual Participações Ltda, Nova Pactual Participações Ltda e Pactual Holdings S/A, com a anterior capitalização de dividendos nos valores de R\$ 210.000.000,00, R\$ 130.000.000,00, R\$ 43.149.272,40, R\$ 202.500.000,00, R\$ 686.000.000,00, não poderiam gerar o aumento no custo das ações alienadas do Banco Pactual S/A, uma vez que, posteriormente, houve acréscimo cumulativo do custo das aludidas ações alienadas com a incorporação do acervo líquido da Pactual Holdings S/A e da Nova Pactual Participações Ltda e, mais tarde, a capitalização dos dividendos da companhia Pactual S/A, anteriormente à sua incorporação pelo Banco Pactual S/A, no montante de R\$ 1.063.293.524,60, que representa a soma das parcelas R\$ 29.749.957,22, R\$ 33.593.148,46, R\$ 3.862.542,92 e R\$ 996.087.876,00. Com o evento de incorporação, todo o acervo líquido da Pactual S/A (PL), no montante de R\$ 1.149.610.206,41, foi incorporado pelo Banco Pactual S/A.

As ações ou quotas recebidas pelo sócio ou acionista, em decorrência do aumento de capital subscrito pela sociedade fundida, incorporada ou cindida, continuam sendo basicamente as mesmas de antes, ainda que qualitativamente tenha sofrido alteração, da mesma forma como se aceitaria indiscutivelmente como inalterada a participação societária dos sócios ou acionistas que participavam em uma sociedade que tenha incorporado patrimônio de outra.

Conclui-se que o custo da ação alienada por cada acionista tem como base a participação de cada um deles no capital social da Pactual S/A, em 01/12/2006. Todavia, o contrato firmado na compra e venda do Banco Pactual S/A determinava que, entre a data da celebração do negócio e a data da efetivação do mesmo os lucros auferidos seriam objeto de distribuição aos antigos proprietários, de tal forma, que em 22/02/2007, os acionistas alienantes, àquela época exacionistas, receberam de dividendos o montante de R\$ 290.754.000,06. Tal

mas ofenderia o espírito dela, envolvendo o abuso do direito, intimamente ligado à idéia segundo a qual não há direito ilimitado.

O abuso do direito pode ser definido como o exercício egoístico, normal do direito, sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou voluntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao critério econômico e social do direito em geral.

Foi aplicada a multa de 150% com base no art. 957, II, do RIR/99, tendo em vista a intenção do fiscalizado de majorar o custo de suas ações e permanecer com esse valor de custo majorado, mesmo após o recebimento de dividendos previstos no contrato de compra e venda das ações do Banco Pactual S/A em fevereiro de 2007, momento em que deveria recalcular o imposto apurado referente à primeira parcela, deduzindo-se tal valor do custo.

Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais – Processo nº 12448.735834/2011-21, para comunicação ao Ministério Público da prática de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária.

Em decorrência do procedimento adotado pelo recorrente, o aumento de capital da pessoa jurídica incorporada com os lucros de equivalência patrimonial auferidos no exercício em que ocorreu a incorporação (sem que estes restassem capitalizados ao fim do processo de reorganização societária) possuiria a finalidade de inflar os lucros isentos. Com isso, o benefício fiscal de isenção seria, indevidamente, maior do que o de possível fruição.

Foi proferida decisão da 21ª Turma de Julgamento da DRJ do Rio de Janeiro/RJ, fls. 916 a 943, que manteve a autuação do IRPF nos anos calendários 2006 e 2009.

Inconformado o recorrente apresentou recurso voluntário, abaixo transcrito (é incluída transcrição de parte do acórdão recorrido):

a) o auto de infração não indica o dispositivo infringido, se limitando a citar uma variedade de dispositivos genéricos. A falta de indicação do dispositivo infringido é facilmente explicável: não houve infração alguma na reestruturação social ou na apuração de ganho de capital do caso;

b) a estrutura de holdings sobrepostas era existente há mais de 10 anos, e servia para facilitar a distribuição dos resultados, bem como preservar o controle por seus principais acionistas;

c) a venda poderia ter ocorrido de duas formas: compra das ações pelo UBS AG diretamente dos acionistas, ou da Pactual S.A. Como o contrato envolveu diversas obrigações aos sócios, a UBS AG tinha interesse de que a transação fosse efetuada diretamente pelos sócios pessoas físicas. É importante ressaltar que grande parte dos sócios era gerente de investimento do Banco Pactual, enquanto outros dos sócios eram famosos investidores, e que o interesse da UBS AG era mantê-los operando o fundo de comércio até a consolidação desse, bem como impedi-los de competir com a instituição financeira durante certo período de tempo. Ao mesmo tempo, seria interessante aos alienantes receber a quantia pessoal e individualmente, já que desse modo não

seriam impactados caso um dos outros alienantes violasse a cláusula de não concorrência, que ensejava redução do valor da alienação;

d) ainda, após a venda das ações, as holdings deixariam de ter serventia, motivo pelo qual deveriam ser extintas. O processo de liquidação, contudo, é longo e relativamente complexo, motivo pelo qual a forma mais simples de encerrar as empresas seria através de incorporação;

e) no entanto, a incorporação de instituições financeiras é processo extremamente trabalhoso e delicado, devido ao sem número de regulamentações e restrições impostas ao setor, ainda mais quando a incorporadora não é uma instituição financeira. Por esses motivos, as holdings controladoras é que deveriam ser incorporadas pelo Banco Pactual, e não o inverno, como seria o costumeiro;

f) sendo assim, a incorporação reversa era o modo mais eficiente, pelo viés prático, operacional, negocial e fiscal de, ao mesmo tempo, extinguir as sociedades e passar a posse das ações do Banco Pactual aos acionistas das holdings;

g) o procedimento de incorporação se dá, via de regra, pelo aumento de capital da empresa incorporadora, que é capitalizado com o patrimônio líquido da incorporada. Nesta operação os sócios da incorporada recebem ações da incorporadora equivalentes a sua participação no aumento do capital. Desse modo, a substituição de ações é feita sem apuração de resultado, e é mantido o custo de aquisição do investimento;

h) no entanto, há uma particularidade nas incorporações reversas, como a do caso: como parte do patrimônio da incorporada é formado por ações da incorporadora, e essas ações são canceladas ou mantidas em tesouraria quando da incorporação, o capital social é aumentado e logo sofre redução pelo cancelamento das ações.

i) a capitalização dos lucros da incorporada ocorreria de qualquer modo, pois, ao incorporar o patrimônio líquido, também seriam incorporados os lucros a distribuir aos acionistas, e os acionistas da incorporada receberiam ações equivalentes a este valor, sem ganho de capital, mas com aumento do custo de aquisição;

j) não procede o argumento da Fiscalização de que as operações tiveram como intuito apenas aumentar o custo de aquisição. Em realidade, a distribuição prévia dos lucros teve como intuito distribuir os lucros de forma desproporcional, de modo a acertar as participações societárias.

Caso fosse realizada a incorporação sem a distribuição dos lucros, todos os acionistas teriam o resultado distribuído em forma de ações da empresa incorporadora de modo proporcional a sua participação conforme explicado no ponto acima; k) é errôneo o entendimento da Fiscalização de que os lucros de equivalência patrimonial não podem ser capitalizados. Esta é, inclusive, a justificativa para a tributação do lucro das coligadas e controladas no exterior mesmo antes da distribuição às controladas e coligadas em território nacional: o

aumento patrimonial das controladas/coligadas repercute no patrimônio da controladora/coligada;

l) ainda, se fosse realizada a extinção das holdings ao invés das incorporações, os acionistas receberiam a restituição da participação no capital social da holding, que é completamente formado pelas ações da empresa controlada. Ainda, os bens são recebidos pelo valor contábil ou de mercado, e o ganho de capital em relação aos bens devolvidos é isento de imposto de renda, por força do art. 29, III, da IN nº 84, de 2001. Ou seja, pelo exemplo de Alfa e Beta utilizado no termo de verificação fiscal, a situação acabaria do mesmo jeito. No entanto, conforme já foi exaustivamente dito, a incorporação era o método mais racional, eficiente e veloz de fazer com que as ações chegassem às mãos dos acionistas;

m) a legislação fiscal é falha, e possui casos em que o contribuinte sai prejudicado injustamente, assim como outros em que o contribuinte se beneficia da estrutura legal. Um exemplo no qual o contribuinte é prejudicado é quando existem reservas de reavaliação reflexa. Uma empresa com controladoras diretas e indiretas reavaliou um bem de seu ativo. Essa reavaliação gerou um aumento na participação dos controladores. Após esta reavaliação, um dos controladores vendeu a participação na controlada e apurou ganho de capital na venda, pagando imposto de renda. Logo em seguida, a controlada vende o bem do ativo e apura ganho de capital, pagando novamente imposto de renda. Ou seja, assim como uma reavaliação pode gerar duas riquezas tributáveis, uma mesma reavaliação pode gerar duas riquezas isentas, como no caso em liça;

n) o critério de apuração do custo de aquisição utilizado pelo Fisco é desprovido de fundamento legal. Ainda, no eventual caso de haver irregularidade na capitalização dos lucros da equivalência, deveria ter sido era desconsiderada a capitalização dos lucros da Pactual S.A., e apenas esta capitalização;

o) a reestruturação não foi abuso de direito, nem fraude. Os meios utilizados foram os mais eficientes, práticos e adequados às vontades das partes envolvidas no negócio jurídico, dos vieses negocial, econômico, fiscal e societário. Ademais, todo o negócio foi feito às claras. Conforme defende Marco Aurélio Greco, que é utilizado pelo Fisco como referência em matéria de fraude à lei, nos casos em que há a pretensa "fraude à lei" não deve ser aplicada multa, visto que a atuação se dá de acordo com o Direito vigente. Ou seja, mesmo que, em último caso, se entenda que o tributo é devido, a multa é inaplicável;

p) a qualificação da multa também é incabível, vez que em nenhum momento foi configurado o intuito doloso do recorrente, mas tão somente a existência de divergência quando ao critério de apuração do custo de aquisição; q) por último, caso se considere que é devida a multa, sobre ela não devem incidir juros de mora, vez que isto agravaria a penalidade, e não podese falar em mora na exigência de multa.

a) o MEP é obrigatório quando existe participação societária expressiva em coligada, ou no caso de controladas. Este método pode resultar em receita ou despesa de equivalência, que integrará as parcelas que comporão o resultado da empresa que avaliar seus investimentos pelo MEP. Esta receita de equivalência é isenta de Imposto sobre a Renda, exceto no caso de empresas coligadas/controladas no exterior. A receita de MEP, embora represente entrada financeira ainda potencial, constituiu uma receita definitiva da sociedade investidora;

b) por outro lado, isto não faz com que o lucro da investida tornese o lucro da investidora, são lucros diferentes, e considerar que seja o mesmo é desconsiderar a existência da sociedade investidora e da autonomia das pessoas jurídicas e patrimônios;

c) ainda, a simplificação efetuada pelo lançamento é perigosa, pois deveria ao mesmo tempo impedir a dupla incidência já explicada na impugnação no caso de reavaliação de investimento da investidora decorrente de reavaliação de bem do ativo da investida, com posterior venda das ações da investida e do bem do ativo dessa, com conseqüente apuração de duplo ganho de capital;

d) esta suposta justiça econômica não se coaduna com a norma jurídica, violandoa, inclusive, e trazendo grave insegurança jurídica;

e) a tese de que a capitalização dos lucros decorrentes de MEP da investidora bloqueia a distribuição/capitalização pela investida é desprovida de fundamento legal, e consiste em inovação da Fiscalização, respaldada pela decisão da DRJ;

f) outro dos acionistas teve seu recurso julgado procedente no CARF, no acórdão nº 210201.938, da 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção do CARF, sob o fundamento de que em nenhum momento foi demonstrada na autuação a violação ao art. 135 do RIR/99;

g) o critério de apuração do custo de aquisição dos investimentos no Banco deve ser realizado a partir da evolução do custo dos investimentos adquiridos pelo recorrente, não o de participação no capital social. Nesse contexto, a incorporação desencadeia substituição de ações, operação essa que possui caráter neutro, transportando o custo de aquisição do bem substituído para o bem substituinte;

h) quanto à multa, a própria Fazenda não conseguiu ao certo definir qual foi a infração cometida pelos acionistas, tanto que em diversos autos sobre o mesmo caso foram utilizados fundamentos diferentes, em relação aos mesmos fatos. Além disso, se existe alguma falha no raciocínio do recorrente quanto ao cálculo do custo de aquisição, o problema é de interpretação do art. 135, e não intuito de fraude; i) por último, diversas são as decisões do CARF que afastam a incidência

Em sessão plenária de 17/09/2013, foi concedido provimento parcial ao recurso voluntário para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%, prolatando-se o Acórdão nº 2201-002.428 (fls. 1055 a 1071), assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Ano calendário: 2006, 2009

*OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES.
DUPLICIDADE DE CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS.*

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, seguida de incorporações reversas e nova capitalização, em nítida inobservância da primazia da essência sobre a forma, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

MULTA QUALIFICADA Em suposto planejamento tributário, quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

TAXA SELIC. JUROS DE MORA INCIDENTE SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE.

Os juros de mora equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC não incidem sobre a multa de ofício lançada juntamente com o tributo ou contribuição, por absoluta falta de previsão legal.

Recurso voluntário provido em parte.

Foi dada ciência à PGFN, que interpôs Recurso Especial fls. 1066 a 1079, em relação as seguintes matérias: **desqualificação da multa de ofício; exclusão dos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício.** Conforme despacho fls. 1081 a 1087, foi dado seguimento apenas em relação a **exclusão dos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício.**

Devidamente cientificado da decisão proferida, o contribuinte interpôs Recurso Especial, fls. 1184 a 1230. De acordo com recorrente, o Acórdão teria divergido em relação à forma de apuração do custo de aquisição a ser considerado no cálculo do ganho de capital na operação de alienação da participação societária no Banco Pactual S/A, comparativamente ao decidido no Acórdão CARF nº 2102-01.938, prolatado pela 2ª. Turma Ordinária da 1ª Câmara da 2ª Seção, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Ano calendário:2006

IRPF. GANHO DE CAPITAL. INEXISTÊNCIA DE SIMULAÇÃO.

Há um consenso entre a Doutrina e a Jurisprudência quanto ao fato de que são considerados simulados os atos realizados pelas partes quando a intenção delas não corresponde àquela expressa pelos atos efetivamente realizados (ou exteriorizados). Por outro lado, quando os atos praticados revelam exatamente a intenção das partes, não há que

Documento assinado digitalmente com *se falar em simulação.* 08/2001

Autenticado digitalmente em 02/05/2016 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 02/05/2016 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 03/05/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Impresso em 10/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

IRPF. GANHO DE CAPITAL NA VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. APURAÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO. INCORPORAÇÃO REVERSA. CAPITALIZAÇÃO DOS LUCROS. APLICAÇÃO DO ART. 135 DO RIR/99.

O art. 135 do RIR/99 prevê expressamente que “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”. A lei não prevê qualquer exceção à aplicação da norma, de forma que, para afastá-la, deverá ser demonstrada pela fiscalização a sua inaplicabilidade ao caso concreto. Diante da falta de tal demonstração, não pode prevalecer o lançamento.

Tal recurso foi regularmente admitido, conforme despacho de fls. 1235 a 1238.

No que concerne às alegações de mérito no Recurso Especial, o Contribuinte repisa os argumentos apresentados em seu recurso voluntário, porém ressalta que, pelas autuações, não haveria divergência pela fiscalização quanto ao fato de o custo dos investimentos dos acionistas não poder ser realizado como feito. Destaca que a forma da quantificação do ganho de capital tem variado de uma fiscalização para outra, mostrando a precariedade dos argumentos utilizados pela RFB ao promover os lançamentos. Essa diversidade de critérios na quantificação do ganho de capital dos acionistas evidenciaria que o lançamento se baseou exclusivamente no efeito econômico gerado pela reestruturação, e não na lei, violando o princípio da legalidade. Por fim, requer que fosse reformado o Acórdão Recorrido e cancelado o auto de infração. Subsidiariamente, requer que fossem canceladas as multas e juros de mora, com base no art. 100, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, tendo em vista a observância plena, pelo recorrente, da Instrução Normativa SRF 84/2001.

Relativamente ao Recurso Especial interposto pelo contribuinte, a Fazenda Nacional ofereceu contrarrazões, de fls. 1240 a 1248, nas quais requer a negativa de provimento ao recurso, argumentando em síntese:

Primeiramente, importante transcrever o art. 135 do RIR/99, que dispõe sobre os efeitos do aumento de capital social por meio da utilização de dividendos não repassados aos sócios:

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).

Conforme preceitua o dispositivo acima transcrito, se houver aumento de capital social com a utilização de lucros ou reservas de lucros, o custo de aquisição das quotas ou ações da pessoa jurídica sofrerá o reflexo dessa operação. Assim, o custo de aquisição das ações ou quotas passará a ser integrado pelos lucros que forem consumidos na capitalização da empresa.

A equivocada interpretação adotada pelo contribuinte teve como resultado prático a utilização sucessivas vezes de um único lucro,

mesmo não havendo suporte econômico para tanto. Em outras palavras, o contribuinte capitalizou uma empresa com um lucro ou reserva de capital que já foi utilizado. Isso somente ocorreu, repita-se, porque o recorrente tratou de forma autônoma o patrimônio das controladoras e das controladas mesmo havendo, é bom frisar, a apuração de lucros por equivalência patrimonial. Pensar dessa forma é totalmente ilógico e incoerente com o próprio método da equivalência patrimonial.

O objetivo do art. 135 do RIR/99 é assegurar uma espécie de compensação ao contribuinte que optou por não receber os dividendos da empresa para reinvestir esse capital na pessoa jurídica. Assim, diminuir-se-ia da base de cálculo do IRPF, que seria utilizada na apuração de eventual ganho de capital, o valor dos lucros e reservas de capital utilizados no aumento do capital social da empresa. Portanto, contraria o sentido e a lógica dessa norma o aproveitamento em duplicidade de lucros e reservas de capital para aumentar o custo de aquisição de ações de uma empresa.

É o relatório.

VOTO

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

PRELIMINARES AO JULGAMENTO

Em que pese existirem recursos especiais já admitidos tanto da Procuradoria da Fazenda Nacional como do Contribuinte, detectei existir uma falha no despacho de admissibilidade do Recurso Especial do Contribuinte que merece ser sanado.

No item 4 do Recurso especial do Contribuinte consta a insurgência em relação a possibilidade de aplicação de juros de mora sobre multa de ofício, trazendo, nos termos do RICARF, acórdãos paradigmas para demonstrar sua divergência.

Todavia, ao apreciarmos o despacho de admissibilidade do Recurso Especial do Contribuinte identificamos que não se apreciou o conhecimento da referida insurgência, razão pela qual entendo deva o processo retornar a 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento para que se possa complementar a apreciação do seguimento desta questão.

Tão logo seja saneado a admissibilidade do recurso especial interposto pelo contribuinte, e devidamente cientificadas as partes, deve o processo retornar a esse colegiado para que se possa dar continuidade ao julgamento.

CONCLUSÃO

Face o exposto, voto por converter o julgamento em diligência, para que seja promovida a complementação da admissibilidade do Recurso especial do Contribuinte.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.