



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

**Processo n°** 10880.721351/2014-57  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2301-005.261 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 08 de maio de 2018  
**Matéria** IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA FÍSICA  
**Recorrente** RODOLFO RIECHERT  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2010, 2011

IRPF. DECADÊNCIA. GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE DIREITOS COM PAGAMENTO DIFERIDO. TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL.

1. O art. 62-A do Ricarf obriga a utilização da regra do REsp nº 973.733 - SC, decidido na sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, o que faz com a ordem do art. 150, §4º, do CTN, só deva ser adotada nos casos em que o sujeito passivo antecipar o pagamento e não for comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, prevalecendo os ditames do art. 173, nas demais situações.

2. Em regra, no ganho de capital, não há falar em ocorrência de pagamento antecipado, pois sua tributação se dá em separado, não integrando o ajuste anual, sendo que os pagamentos que podem ser computados no ajuste anual não se aproveitam para fazer incidir a regra decadencial prevista no art. 150, §4º, do CTN.

3. No caso concreto, houve pagamento parcial do imposto referente ao ganho de capital apurado sob litígio. Assim, aplicável a regra do art. 150, §4º, do CTN, iniciando-se a contagem do prazo decadencial na data do fato gerador.

4. Em se tratando de pessoas físicas, caso em que se aplica o regime de caixa, antes do efetivo recebimento dos valores decorrentes de alienação com pagamento diferido (a prazo), não há falar em acréscimo patrimonial a justificar a apuração do ganho de capital. O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, sendo esse recebimento o marco para a contagem do prazo decadencial.

5. Dessa forma, não correu a decadência do poder-dever de constituir o crédito tributário no presente caso, em que a operação objeto do ganho de

capital realizou-se em 03/2010 e o lançamento foi cientificado ao sujeito passivo em 26/05/2014.

6. A decadência do poder-dever de lançar o ganho de capital auferido em 2006 não atinge o ganho de capital percebido em 2009.

OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. LUCROS SOCIETÁRIOS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM HOLDINGS. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO EM DESCOMPASSO COM O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 10 DA LEI 9.249, de 1995 (ART. 135 DO RIR 99).

A capitalização de lucros societários, não tributados, sem substrato econômico e meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial em holdings puras, seguidas de correspondentes incorporações reversas, não se subsume ao parágrafo único do art. 10 da Lei 9.249, de 1995 (art. 135 do RIR 99), para fins de majoração do custo da aquisição de ações a serem alienadas e consequente apuração de ganho de capital.

BENEFÍCIOS FISCAIS INSTITUÍDOS PELO ART. 10 DA LEI 9.249, de 1995. DISTRIBUIÇÃO OU CAPITALIZAÇÃO DOS LUCROS.

O lucro que foi distribuído ao sócio/acionista, passando a integrar o patrimônio econômico deste como rendimento isento, não pode ser utilizado, concomitantemente, para a capitalização de lucros na sociedade que o distribuiu.

DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS EM SOCIEDADES QUE APURAM O LUCRO REAL. LIMITES AOS BENEFÍCIOS FISCAIS QUE VERSAM SOBRE O LUCRO.

No caso de sociedades que apurem o lucro real, o montante do lucro que pode ser distribuído encontra limite no lucro real, somente o qual, por ser elemento da hipótese de incidência do imposto sobre a renda, pode ser objeto de benefícios fiscais, como isenção do imposto em caso de sua distribuição aos sócios/acionistas ou majoração do custo de aquisição de ações.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. SUJEITO PASSIVO SEM CONTROLE DOS ATOS QUE DERAM ORIGEM À ATUAÇÃO.

Não tendo o sujeito passivo poder para determinar ou impedir os atos que deram origem ao auto de infração, descabe a aplicação da multa qualificada.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.

A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre a qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, (i) por maioria de votos não reconhecer a decadência do crédito tributário, vencidos os conselheiros Wesley Rocha e Juliana Marteli Fais Feriato, que a reconheceram; (ii) pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso, à exceção da matéria referente à multa qualificada, vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto (relator), Wesley Rocha, Marcelo Freitas de Souza Costa e Juliana Marteli Fais Feriato, que deram provimento ao recurso (iii) por unanimidade de votos, reduzir a multa qualificada ao percentual de 75%. Designado para fazer o voto vencedor o conselheiro João Bellini Júnior.

*(assinado digitalmente)*

João Bellini Junior - Presidente e Redator

*(assinado digitalmente)*

Alexandre Evaristo Pinto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrea Brose Adolfo, Alexandre Evaristo Pinto, João Maurício Vital, Wesley Rocha, Antônio Sávio Nastureles, Marcelo Freitas de Souza Costa, Juliana Marteli Fais Feriato e João Bellini Júnior (Presidente).

## **Relatório**

### **DO LANÇAMENTO**

Trata o presente processo do Auto de Infração de fls. 265/272, lavrado pela DRF/RIO DE JANEIRO I/RJ em 19/05/2014, e complementado pelo Termo de Verificação Fiscal de fls. 273/322, parte integrante daquele, contra o contribuinte retro identificado, que resultou na cobrança do crédito tributário relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, referente aos exercícios financeiros de 2011 e 2012, no montante de R\$ 7.272.093,11, sendo R\$ 2.590.330,24 de imposto de renda, R\$ 3.885.495,36 de multa proporcional (passível de redução), e R\$ 796.267,51 de juros de mora calculados até maio de 2014.

O lançamento em foco decorreu da apuração pela Autoridade Fiscal da seguinte infração: “GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS OMISSÃO/APURAÇÃO INCORRETA DE GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES/QUOTAS NÃO NEGOCIADAS EM BOLSA DE VALORES”, a qual repercutiu nos anos-calendário de 2010 e 2011, consoante fls. 266, conforme descrito no já mencionado Relatório Fiscal.

Protocolizou-se, ainda, o processo administrativo nº 10880.721.352/2014-00, também em nome do autuado, o qual trata da Representação Fiscal para Fins Penais visto que a Autoridade Fiscal lançadora entendeu ter ficado demonstrada, em tese, a ocorrência de fatos que configuram crime contra a Ordem Tributária, consoante definido pelos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90.

Passo a descrever a ação fiscal, como descrita no relatório fiscal, que teve como objeto a análise da operação de alienação das AÇÕES DO BANCO PACTUAL S/A

(**Banco Pactual**), CNPJ nº 30.306.294/0001-45, ocorrida no ano-calendário de 2006, das quais o sujeito passivo detinha parte minoritária.

A operação de alienação das ações do **Banco Pactual** pelos acionistas pessoas físicas, ocorrida em dezembro de 2006, foi precedida por reorganização societária cujo objetivo foi transferir a propriedade das quotas/ações que os acionista detinham nas holdings controladoras do **Banco Pactual**, de modo que as pessoas físicas alienantes passassem a ter a propriedade direta das ações do **Banco Pactual**, em atendimento ao Contrato de Compra e Venda das Ações do Banco Pactual S/A, firmado em 09/05/2006 com a adquirente UBS AG. a referida reorganização consistiu na extinção das holdings que detinham participações societárias no Banco, por meio de sucessivas incorporações às avessas, culminando com a alienação das ações do Banco Pactual S/A. diretamente pelos acionistas pessoas físicas da instituição.

#### GRUPO PACTUAL

O Grupo Pactual, antes da reorganização societária, era formado pelas seguintes pessoas jurídicas:

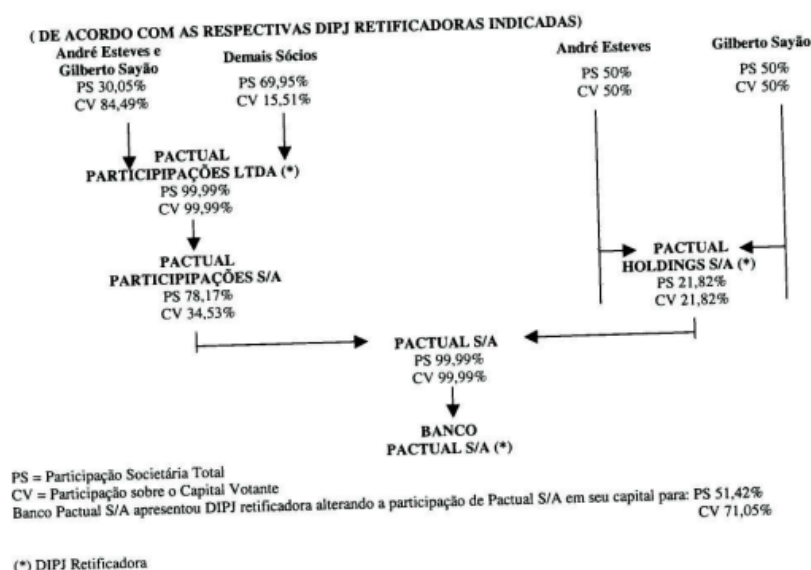
NOME EMPRESARIAL	CNPJ
BANCO PACTUAL S/A	30.306.294/0001-45
PACTUAL S/A	02.220.758/0001-60
PACTUAL HOLDINGS S/A	02.220.757/0001-16
NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA (PACTUAL PARTICIPAÇÕES S/A)	02.220.756/0001-71
PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA	02.244.808/0001-40

As pessoas jurídicas integrantes do Grupo Pactual apresentaram a seguinte evolução patrimonial, no período de 2005/2006:

NOME EMPRESARIAL	Patrimônio Líquido 31/12/2005	Patrimônio Líquido 2006
BANCO PACTUAL S/A	625.223.115,04	1.200.480.531,05
PACTUAL S/A	535.103.542,23	1.149.597.660,18
PACTUAL HOLDING S/A	147.009.935,61	248.464.012,98
PACTUAL PARTICIPAÇÃO S/A / NOVA PACTUAL PART. LTDA.	471.521.906,90	817.026.864,44

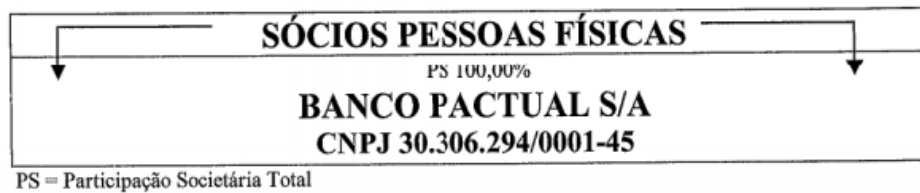
#### A REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

A estrutura societária antes da reorganização societária era a seguinte:



Ao final da reorganização, a estrutura societária pode ser assim representada:

**ESTRUTURA SOCIETÁRIA APÓS A REORGANIZAÇÃO PREVISTA NO  
CONTRATO DE COMPRA E VENDA DAS AÇÕES DO BANCO PACTUAL S.A.**



Mediante contrato celebrado em 09/05/2006 entre a pessoa jurídica UBS AG, a pessoa jurídica **Pactual S.A.** (controladora direta do **Banco Pactual**, doravante nominada de **PSA**) e as pessoas físicas que possuíam participação indireta sobre o patrimônio do **Banco Pactual**, ficou definido, entre outras cláusulas, que as holdings detentoras de todas as ações do **Banco Pactual** seriam extintas por meio de reorganização societária, para que os sócios pessoas físicas assumissem a condição de proprietários diretos das ações negociadas. Nenhuma das holdings extintas pela reorganização societária possuía outra atividade que não fosse a participação acionária no Banco Pactual e nas sua subsidiárias, seja de forma direta ou indireta (cláusula 3.30 do contrato de compra e venda - CCV).

O pagamento pela compra das ações do **Banco Pactual** 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".

A compra e venda das ações foi firmada em 09/05/2006, porém o controle acionário somente foi transferido à UBS AG com o evento denominado "Fechamento", o qual necessitava de diversas providências a serem previamente cumpridas antes da efetiva transferência das ações ao Adquirente (Capítulo VII do CCV), entre as quais estavam as (i) "Aprovações Regulatórias Necessárias" - que incluíam desde a aprovação do CADE e do BACEN até os arquivamentos das alterações contratuais/estatutárias nos órgãos competentes; e (ii) as obrigações da adquirente, da controladora (PSA antes da reorganização societária) e dos sócios (após a reorganização societária) - que visavam à obtenção de declarações, garantias e certificados de ambos os contratantes, além de outras providências operacionais.

O período entre a data de celebração do CCV e a data de "Fechamento", foi denominado de "Período Intermediário", durante o qual o controle acionário permaneceria com os alienantes das ações do Banco Pactual.

A "Contraprestação do Fechamento em Dinheiro" (primeira parcela do pagamento pela venda das ações do Banco Pactual) ficou definida para ser paga aos sócios pessoas físicas (uma vez que as holdings deveriam ser extintas durante o "Período Intermediário") na "Data do Fechamento" (Cláusula 1.2). De fato, o recebimento dessa primeira parcela ocorreu em dez/2006, conforme a DAAS 2007/2006.

O "Pagamento Diferido" foi a parcela restante que integrou a "Contraprestação Total" (valor de alienação das ações do Banco Pactual), para ser pago em data posterior ao "Fechamento" (Cláusula 1.3 do CCV). O montante do "Pagamento

Diferido" convencionado deveria variar com base no desempenho econômico do Banco Pactual, e sua quantificação estaria submetida a limites máximos e mínimos de valores.

Além da "Contraprestação do Fechamento em Dinheiro" e do "Pagamento Diferido", os contratantes convencionaram que os alienantes das ações receberiam ainda outros valores sob a denominação de "Pagamentos Especiais; Usufruto" (Cláusula 6.13 do CCV), também denominados de "Dividendo Posterior ao Fechamento", nos seguintes termos contratuais:

*CLÁUSULA 6.13. Pagamentos Especiais; Usufruto. [...]*

*(b) Simultaneamente ao Fechamento, um usufruto (o "Usufruto") deverá ser criado, de acordo com os Artigos 1.390 a 1.411 do Código Civil Brasileiro, bem como com o Artigo 40 da Lei 6.404/76, sobre todas as Ações do Pactual transferidas no Fechamento à Adquirente (como nu-proprietária), [...]. O Usufruto deverá ser em benefício da Controladora (ou, se a Reorganização tiver sido concluída, dos Sócios) como usufrutuária(os). **O Usufruto dará à Controladora (ou aos Sócios, conforme aplicável) o direito de receber do Pactual distribuições em dinheiro no valor total equivalente a US\$150 milhões, determinado em 30 de junho de 2006 (esse valor, o "Dividendo Posterior ao Fechamento") [...].***

*(c) O Dividendo Posterior ao Fechamento deverá ser pago de todo e qualquer dividendo, distribuição, juros sobre o capital próprio, ou distribuições semelhantes relacionadas às Ações do Pactual realizadas após a Data de Fechamento, e nenhum valor deverá ser distribuído em relação às Ações do Pactual a nenhum detentor antes do pagamento total do Dividendo Posterior ao Fechamento. [...]*

*(e) O Usufruto deverá ser imediatamente extinto no momento em que o valor total recebido pela Controladora (ou pelos Sócios, conforme o caso) em relação a ele atinja o equivalente a US\$150 milhões. O Usufruto deverá ser registrado nos livros societários do Pactual de acordo com o Artigo 40 da lei 6.404, e alterações posteriores, (Grifou-se.)*

As partes contratantes convencionaram que os dividendos do Banco Pactual não seriam pagos durante o "Período Intermediário" (período de transição que se encerrava com o "Fechamento" em dez/2006), conforme estipulado na Cláusula 6.1(a)(i) do CCV, abaixo transcrita:

**CAPÍTULO V OBRIGAÇÕES**

**CLÁUSULA 6.1. Condução dos Negócios do Pactual antes do Fechamento. Durante o período compreendido entre a data deste Contrato até o Fechamento, [...] a Controladora não deverá permitir que o Pactual ou qualquer de suas Subsidiárias, sem o consentimento prévio por escrito da Adquirente, [...]:**

**(a) (i) estabeleça qualquer data de registro ou data de pagamento para o pagamento de quaisquer dividendos ou distribuições sobre o capital social, ou declarar ou pagar quaisquer dividendos sobre ou realizar outras distribuições em relação a seu capital social, salvo (A) dividendos ao Pactual por uma de suas Subsidiárias integrais; e (B) a**

**determinação de qualquer data de registro em relação a, e a declaração e o pagamento de, um ou mais dividendos especiais relativos às Ações do Pactual** ou distribuição de "juros sobre o capital", de uma forma proposta pelo Pactual e sujeito à análise e consentimento da Adquirente, em um montante total que não exceda o valor permitido **para ser declarado e pago de acordo com, [...] a Cláusula 6.13(a) (os "Pagamentos Especiais")**, [...]. (Grifou-se.)

Portanto, tendo em vista que a partir da celebração do CCV, ocorrida em 09/05/2006, os dividendos do Banco Pactual não poderiam ser pagos aos sócios alienantes, a não ser a partir do ano-calendário 2007 sob a forma do usufruto estabelecido na Cláusula 6.13 do CCV ("Dividendo Posterior ao Fechamento") e, ainda, que os sócios alienantes receberiam os dividendos, como usufrutuários, antes do pagamento de quaisquer dividendos ao sócio adquirente, conclui-se que **os dividendos do Banco Pactual, oriundos dos lucros do ano-calendário 2006, estavam incluídos no usufruto a serem pagos aos sócios alienantes a partir do ano-calendário 2007, até o limite de US\$150 milhões.**

DO PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DAS HOLDINGS

Os atos de reorganização societária compreenderam:

(a) Na **Pactual Participações Ltda.**

- em 28/12/2004 – aumento do capital social da **Pactual Participações Ltda.** (de agora em diante denominada **Pactual Participações**) de R\$210.000.000,66 (de R\$125.000.321,05 para R\$335.000.321,71), mediante capitalização de parte dos lucros retidos na conta lucros acumulados da sociedade;

- em 31/12/2005 – aumento do capital social da **Pactual Participações** de R\$130.000.000,00 (de R\$335.000.321,71 para R\$465.000.320,61), mediante capitalização dos lucros detidos na reserva de lucros da sociedade;

- na mesma data houve a incorporação da **Pactual Participações** pela investida **Pactual Participações S.A.** (que em 13/01/2006 passou a denominar-se **Nova Pactual Participações Ltda.**, doravante nominada de **Nova Pactual**); de acordo com o laudo de avaliação, o valor contábil do patrimônio líquido da incorporada (**Pactual Participações**) em 31/12/2005 era R\$471.518.034,89 e a parcela incorporada estava avaliada em R\$53.828.392,27;

- em 10/02/2006, o capital social da incorporadora, já denominada **Nova Pactual**, foi aumentado em R\$43.149.272,40 (de R\$26.969.514,00 para R\$70.118.786,40) mediante a emissão de 431.500.224 ações, sem valor nominal; R\$10.679.119,87 foram alocados à reserva de capital; seu capital social (R\$ 70.118.786,40) foi dividido em 539.375.280 ações, sendo 179.795.097 quotas com direito a voto (quotas A) e 359.580.183 quotas sem direito a voto (quotas B), no valor de R\$ 0,13 cada uma (539.375.280 x 0,13 = 70.118.786,40).

(b) Na **Pactual Participações S.A.:**

- em 31/12/2005, como visto, a **Pactual Participações S.A.** incorporou a **Pactual Participações Ltda.**;

- em 13/01/2006, a **Pactual Participações S.A.** transformou-se na **Nova Pactual Participações**;
- em 10/02/2006, o capital social da **Nova Pactual** foi aumentado em R\$43.149.272,40 (de R\$26.969.514,00 para R\$70.118.786,40);
- em 13/10/2006, a **Nova Pactual** aumentou seu capital social (4ª Alteração do Contrato Social) em **R\$686.000.000,00** (de R\$70.118.786,40 para R\$756.118.786,40), mediante capitalização dos créditos detidos pelos sócios quotistas contra a sociedade;
- na mesma data, a **Nova Pactual** foi incorporada por **Pactual S.A.**; o valor contábil do patrimônio líquido da incorporada (Nova Pactual) a ser vertido para a incorporadora (PSA), já deduzido do investimento da incorporada (Nova Pactual) na incorporadora (PSA), foi de R\$33.593.148,46; o capital social da PSA foi aumentado em R\$33.593.148,46, com a emissão de 15.881.552 novas ações ordinárias e 91.992.505 novas ações preferenciais, todas nominativas e sem valor nominal, com preço de emissão de aproximadamente R\$0,31 por ação [(15.881.552 + 91.992.505) x 0,31 = R\$33.440.958], a serem atribuídas aos quotistas da incorporada, em substituição das quotas por eles detidas de emissão da incorporada, que foram extintas (com base no art. 226, § 1º, da Lei nº 6.404, de 1976); o capital social da incorporadora **PSA** passou de R\$64.248.147,47 para R\$97.841.295,93, o qual ficou dividido em 137.989.757 ações, sendo 45.997.252 ações ordinárias e 91.992.505 ações preferenciais, todas nominativas e sem valor nominal.

### 3- na **Pactual Holdings S.A.**:

- em 13/10/2006, a **Pactual Holdings S.A. (Pactual Holdings)** aumentou seu capital social em R\$202.500.000,00 (R\$ 31.299.033,50 para R\$ 233.799.033,50), sendo R\$200.000.000,00, mediante a capitalização de créditos detidos contra a sociedade, e R\$ 2.000.000,00 mediante a capitalização da reserva legal; foram emitidas 202.500.000 ações ordinárias, todas nominativas e sem valor nominal, pelo preço de emissão de R\$1,00 por ação, todas subscritas pelos acionistas da companhia, na proporção de 50% para cada um;
- na mesma data, a **Pactual Holdings** foi incorporada por **PSA**; o montante global do acervo líquido da sociedade, já deduzido de seu investimento na **PSA** a valor contábil, em 31/08/2006 foi de R\$29.749.957,22; seus acionistas receberam novas ações de emissão da **PSA** em substituição às ações que detinham na **Pactual Holdings**, observada a mesma proporção de suas respectivas participações no capital social desta última;
- o capital social da incorporadora **PSA** passou de R\$34.498.190,25 para R\$64.248.147,47, o qual ficou dividido em 137.989.757 ações, sendo 45.997.252 ações ordinárias e 91.992.505 ações preferenciais, todas nominativas e sem valor nominal.

### 4- na **PSA**:

- em 13/10/2006, como já visto, a **PSA** incorporou a **Pactual Holdings**; o capital social da **PSA**, aumentou R\$29.749.957,22, (de R\$34.498.190,25 para R\$64.248.147,47), o qual ficou dividido em 137.989.757 ações, sendo 45.997.252 ações ordinárias e 91.992.505 ações preferenciais, todas nominativas e sem valor nominal.
- em 13/10/2006, a **PSA** incorporou a **Nova Pactual**, com aumento do capital social em R\$33.593.148,46 (de R\$64.248.147,47 para R\$97.841.295,93), o qual ficou dividido em 137.989.757 ações, sendo 45.997.252 ações ordinárias e 91.992.505 ações preferenciais, todas nominativas e sem valor nominal.

• em 1º/11/2006, a **PSA** aumentou seu capital social em R\$3.862.542,92 (de R\$97.841.295,93 para R\$101.703.838,85), com a emissão de duas ações preferenciais, ambas nominativas e sem valor nominal, pelo preço de emissão de R\$1.931.271,46 por ação, subscritas pelos acionistas André Santos Esteves e Gilberto Sayão da Silva, na proporção de uma ação para cada um, e integralizadas mediante a capitalização de créditos por eles detidos contra a sociedade. Com o aumento, o capital ficou dividido em 137.989.759 ações, sendo 45.997.252 ações ordinárias e 91.992.507 ações preferenciais;

• em 03/11/2006, a **PSA** aumentou seu capital social em R\$996.087.876,00, passando este de (R\$101.698.838,85 para R\$ 1.097.786.714,85), com a emissão de 996.087.876 ações, das quais 332.034,116 ordinárias e 664.053.760 preferenciais, todas nominativas sem valor nominal, pelo preço de emissão de R\$1,00 por ação, totalmente subscritas pelos acionistas da companhia e integralizadas, no mesmo ato, mediante a capitalização de créditos detidos pelos acionistas contra esta, no mesmo valor do aumento de capital ora deliberado;

• em 1º/12/2006, a **PSA** foi incorporada pelo **Banco Pactual**; o montante global do patrimônio líquido da **PSA**, a valor contábil, em 10/11/2006, foi de R\$1.149.597.660,18, não havendo modificação do capital social do **Banco Pactual**; restou consignado em ata o cancelamento das ações de emissão do **Banco Pactual** de titularidade de **PSA**, sendo atribuídas novas ações ordinárias do **Banco Pactual** aos acionistas da companhia, pessoas físicas descritas na ata, nas exatas proporções de suas respectivas participações no capital social de **PSA**, dentre as quais o acionista fiscalizado.

A partir do último evento societário, os acionistas pessoas físicas passaram a ter participação direta no **Banco Pactual**, detendo as ações que, posteriormente, foram alienadas.

Observa-se um padrão nos eventos societários descritos: após o incremento dos respectivos patrimônios líquidos das companhias em decorrência dos ajustes de equivalência patrimonial originados pelo lucro do **Banco Pactual** (que em 2006 praticamente dobrou seu patrimônio líquido), todas as companhias investidoras (**Pactual Participações Ltda, Nova Pactual e PSA**) tiveram seus lucros e reservas capitalizados e posteriormente foram incorporadas pelas suas investidas. Este fato acarretou um incremento indevido no custo das ações do recorrente em até R\$ 19.433.752,97.

#### DOS PROCESSOS DE INCORPORAÇÃO DAS HOLDINGS

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**, 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** pertencentes aos acionistas, considerando que, posteriormente, houve acréscimo cumulativo do custo das aludidas ações alienadas com a incorporação do acervo líquido da **Pactual Holdings** e da **Nova Pactual Participações** e, mais tarde, pela capitalização dos dividendos da companhia **PSA**, anteriormente à sua incorporação pelo **Banco Pactual**, 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 (patrimônio líquido)

da PSA, no montante de R\$ 1.149.610.206,41, foi incorporado pelo Banco Pactual. Esse valor representa o custo total das ações alienadas.

A análise, partindo do início das operações, com foco nas empresas que foram incorporadas, chega a mesma conclusão:

a) a Pactual Participações Ltda., com capital social, em 31/12/2003, de R\$125.000.321,05, aumentou seu capital social em R\$210.000.000,00 e R\$130.000.000,00, respectivamente nos anos de 2004 e 2005; antes de ser incorporada, em 31/12/2005, pela Pactual Participações S.A., possuía patrimônio líquido de R\$471.518.034,89, sendo composto de capital social de R\$465.000.321,71 e de lucros acumulados R\$6.517.713,18; assim, o que ainda poderia ser capitalizado seria o valor dos lucros acumulados.

Na data da incorporação, o patrimônio líquido da incorporadora Pactual Participações S/A era de R\$416.693.514,93; todo esse valor referia-se ao investimento feito pela Pactual Participações Ltda, que naquela data, era de R\$417.689.642,62.

Com o patrimônio da incorporada (Pactual Participações Ltda.) vertido para a incorporadora (Pactual Participações S.A.), no valor de R\$53.828.392,27, o patrimônio líquido desta passou a ser de R\$471.521.034,89, praticamente o mesmo valor do patrimônio da incorporada naquela data, de R\$471.518.034,89.

Somente a parcela de R\$6.517.713,18 poderia ser capitalizada ou distribuída a título de dividendos.

No ano-calendário de 2006, já com a nova denominação, a Nova Pactual Participações Ltda. teve lucro de R\$420.217.358,87, que somado à parcela de R\$6.517.713,18, chega-se ao valor de R\$426.735.072,05, que poderia ser distribuído ou capitalizado.

Os dividendos distribuídos no período totalizaram R\$760.712.401,33, todavia parte, R\$686.000.000,00, foi utilizada para o aumento de capital, e a outra parte, R\$74.712.401,33, foi efetivamente distribuída aos quotistas.

Assim, Nova Pactual Participações Ltda poderia ter capitalizado apenas R\$352.022.670,72, que representa a diferença entre os valores de R\$426.735.072,05 e R\$74.712.401,33.

Dessa forma, o patrimônio líquido da Nova Pactual, antes de ser incorporado, corresponderia a R\$817.026.864,44 (R\$ 471.521.034,89 + R\$ 352.022.670,72 - 6.517.713,18), justamente o valor que consta em sua DIPJ.

b) a Pactual Holdings S/A com capital social, em 31/12/2005, de R\$31.299.033,50, aumentou seu capital social, no ano de 2006, em R\$202.500.000. Antes de ser incorporada, em 13/10/2006, pela Pactual S.A., possuía patrimônio líquido de R\$248.464.012,98, sendo composto de capital social no valor de R\$233.799.033,50, reserva de capital no valor de R\$9.034.410,30, reserva de lucros no valor de R\$576.166,80, e lucros acumulados no valor de R\$5.054.402,38; assim, o que ainda poderia ser capitalizado seria o valor total dos lucros acumulados e das reservas, no montante de R\$14.664.979,48.

c) em 13/10/2006, Pactual S.A. incorporou suas investidoras Nova Pactual Participações Ltda. e Pactual Holdings S.A. Nessa data, o patrimônio dessas duas sociedades

representa o patrimônio da incorporadora/investida. No evento, as investidoras são extintas. Até ser incorporada pelo Banco Pactual, em 01/12/2006, a PSA continuou a auferir receitas por conta de sua participação no Banco Pactual (resultado de equivalência patrimonial); no ano de 2006, seu resultado de participação societária foi de R\$618.152.606,54; isso significa que caso as investidoras tivessem operado até a data de 01/12/2006, o seu resultado de participação societária seria o mesmo da investida. todavia, a Nova Pactual e a Pactual Holdings operaram até 13/10/2006 e tiveram como resultado de participação societária, respectivamente, R\$420.241.324,40 e R\$117.326.018,02, totalizando R\$537.567.342,42. Assim, a diferença de R\$80.585.264,12 (R\$618.152.606,54 - R\$537.567.342,42) corresponde à parcela que poderia ser capitalizada pela PSA.

Dessa forma, o custo das ações alienadas, em 01/12/2006, equivaleria a R\$ 1.146.076.141,54, que representa a soma das seguintes parcelas:

- O Patrimônio Líquido da Nova Pactual Participações Ltda em 13/10/2006, no valor de R\$ 817.026.864,44, conforme item "a";
- O Patrimônio Líquido da Pactual Holdings S/A em 13/10/2006, no valor de R\$248.464.012,98, conforme item "b";
- O valor de R\$80.585.264,12, parcela que poderia ser incorporada pela PSA, conforme item "c".

Essas três parcelas, que totalizam R\$1.146.076.141,54, mais ajustes no resultado, representam o patrimônio líquido da PSA, que correspondeu, em 01/12/2006, ao montante de R\$1.149.610.206,41.

Portanto, nos processos de incorporação houve majoração irregular no custo das ações alienadas, e o **custo total dessas ações equivalem ao montante de R\$1.149.610.206,41, que representa o patrimônio líquido da Pactual S/A em 01/12/2006, que detinha 100% das ações do Banco Pactual.**

Os fatos apresentados definem o princípio de que as ações/quotas recebidas pelo sócio/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.

**Pelo o exposto, conclui-se que o custo da ação alienada por cada acionista terá como base a participação de cada um deles no capital social da Pactual S/A em 01/12/2006.**

Todavia, o contrato de compra e venda do Banco Pactual, na cláusula 6.13, determinava que entre a data da celebração do negócio, 09/05/2006, e a data de sua efetivação, **os lucros auferidos seriam objeto de distribuição aos antigos proprietários**, de tal forma que em 22/02/2007 os acionistas alienantes, àquela época ex-acionistas, receberam de dividendos o montante de R\$290.754.000,06, correspondente aos lucros auferidos no período compreendido entre 09/05/2006 e 01/12/2006.

Porém, para que pudessem ser distribuídos estes R\$290.754.000,06: (a) deveriam estar incluídos no patrimônio líquido da PSA e (b) não poderia jamais haver a capitalização desses mesmos recursos financeiros.

É evidente, portanto, que os R\$290.754.000,06, que foram objeto de distribuição, não poderiam integrar o custo de aquisição das ações vendidas. Mesmo assim tais dividendos (R\$290.754.000,06) foram distribuídos aos alienantes em 22/02/2007, proporcionalmente as suas participações individuais na PSA, conforme Ata da Reunião da Diretoria do Banco UBS Pactual S/A, de 05/02/2007, e declarações apresentadas pela empresa e pelas pessoas físicas alienantes.

Assim, em decorrência dessa reorganização, no período compreendido dezembro de 2005 a dezembro de 2006 (alienação do **Banco Pactual**), verificou-se discrepância entre a evolução da riqueza da instituição financeira alienada, que aumentou 92% (de R\$625.223.115,04 para R\$1.200.480.531,05), e o acréscimo patrimonial do custo das respectivas ações pertencentes ao recorrente, que cresceu 410% (de R\$ 13.817.173,73 para R\$ 70.508.828,23).

O aumento do custo de 92% está plenamente justificado e fundamentado no artigo 135 do Decreto 3.000, de 1999 (RIR 99). O que se contesta é o acréscimo excedente.

A explicação para o aumento excedente é que o custo das ações alienadas do **Banco Pactual** na Declaração de Ajuste Anual Simplificada (DAAS) do contribuinte foi aumentado tanto na capitalização dos lucros obtidos por ganho de equivalência patrimonial da holding **Nova Pactual**, no valor de R\$10.545.681,00, quanto na capitalização dos dividendos da sucessora e incorporadora **PSA**, no montante de R\$7.470.658,00.

O sujeito passivo (a) recebeu novas ações em troca das extintas, por ocasião da extinção da **Nova Pactual**, mantendo assim, em sua propriedade a mesma parcela que detinha indiretamente do **Banco Pactual**, entidade que concentrava a riqueza econômica e financeira do grupo empresarial, como também (b) aumentou o custo de aquisição de tais ações por meio de dividendos não distribuídos.

Ocorre que os dividendos capitalizados são os mesmos, na medida em que as reservas e lucros capitalizados por **Nova Pactual** e **PSA** nada mais são do que o resultado da equivalência patrimonial do **Banco Pactual**.

Optando por capitalizar os dividendos nas sociedades em que possuía participação, caberia ao acionista pessoa física tão somente o recebimento das novas ações emitidas por **Pactual S/A** em substituição das quotas extintas de sua propriedade emitidas por **Nova Pactual Participações Ltda**, não sendo admissível a comutatividade entre recebimento de novas ações e incremento nos respectivos custos de aquisição.

Quando os acionistas alienam as ações de determinada sociedade, podem ser adotados dois tratamentos relativos aos lucros e reservas:

(i) caso os lucros e reservas sejam efetivamente distribuídos como dividendos, ocorrerá, necessariamente, uma redução no patrimônio líquido da sociedade, o que irá gerar um maior ganho de capital na alienação;

(ii) caso os lucros e reservas sejam capitalizados, haverá um acréscimo no custo das ações alienadas, reduzindo-se o ganho de capital. A redução no ganho de capital é consequência lógica do não exercício do direito de receber dividendos isentos de imposto de renda.

Os lucros e reservas a serem capitalizados só terão impacto no custo das ações e, portanto, na tributação da operação de alienação, quando corresponderem à efetiva

riqueza gerada e acumulada pelo grupo societário. No caso em tela, tal riqueza encontrava-se concentrada no Banco Pactual.

Não é possível que a cada extinção das holdings ocorram majorações cumulativas no custo das ações alienadas da sociedade na qual efetivamente existe a riqueza do grupo, no caso, Banco Pactual, na medida em que o patrimônio líquido das holdings constitui-se em apenas um reflexo do patrimônio líquido da sociedade principal do grupo, em decorrência da sistemática de equivalência patrimonial.

O fundamento do método da equivalência patrimonial, instrumento utilizado no caso em tela para promover a majoração do custo da participação acionária e a conseqüente redução do lucro tributável na alienação, consiste na necessidade de o conteúdo econômico decorrente da elevação da riqueza (patrimônio líquido) na investida repercutir, de imediato, na sociedade investidora. Nesses termos, os ajustes ao valor do investimento na sociedade investidora, carecem, necessariamente, de um lastro correspondente à majoração de riqueza gerada na sociedade investida, demandando uma necessária e indissociável correlação entre o patrimônio líquido da sociedade investida e o ativo permanente da investidora.

No caso vertente, as sociedades empresariais objeto de incorporação eram desprovidas, por si só, de capacidade operacional de geração e majoração de conteúdo econômico, dado que seus objetos sociais consistiam, basicamente, na exploração de participação acionária na sociedade incorporadora (incorporação reversa), sendo certo que esta, por seu turno, obteve acréscimos patrimoniais decorrentes do resultado registrado no Banco Pactual; somente os lucros auferidos por este eram dotados de aptidão para promover repercussões no ativo permanente das sociedades investidoras incorporadas.

As operações engendradas pelas citadas sociedades empresariais (uma autêntica cadeia de repercussões de equivalência patrimonial), no que concerne à questão da incorporação de lucros e dividendos, somente encontra lastro jurídico-contábil-financeiro no que se refere àqueles gerados pelo Banco Pactual, com repercussão na controladora PSA. S/A. Eventuais ajustes promovidos pelo Banco Pactual S/A em função de acréscimos patrimoniais ocorridos nas sociedades holdings nada mais eram do que a própria riqueza gerada pelo Banco Pactual, as quais já haviam sido consignadas no patrimônio de PSA.

Cumprе ressaltar que o acréscimo de riqueza já havia sido consignado no patrimônio da PSA e que, tendo ocorrido incorporação reversa, admitir-se que a capitalização dos lucros e reservas decorrentes da equivalência patrimonial nas sociedades controladoras incorporadas gerasse impactos no custo de aquisição das ações possuídas pelos acionistas pessoas físicas implicaria redução indevida do ganho de capital auferido, mediante artifício contábil tendente a inflar o custo de aquisição das participações societárias.

#### A GLOSA DE CUSTOS DAS AÇÕES DO BANCO PACTUAL

Em vista desses fatos, foi recalculado o custo de aquisição das ações, como passo a discorrer. Com base no exposto, foi considerado indevido o acréscimo no custo das ações do **Banco Pactual** alienadas, no valor de R\$ 46.995.953,89, sendo o valor do custo das ações reduzido de R\$ 70.508.828,23 para R\$ 23.512.874,34, conforme o seguinte demonstrativo do ganho de capital:

<b>Tabela 4 - DEMONSTRATIVO DO GANHO DE CAPITAL</b>	
Data da alienação	01.12.06
Quantidade de ações ordinárias nominativas alienadas.	31.187.133
Valor da alienação	R\$144.199.541,10
<b>Custo de aquisição das ações do Banco Pactual S/A.</b>	<b>R\$23.512.874,34</b>
Ganho de capital (total)	R\$120.686.666,76
Valor recebido pela venda em 2006 (38,8651%)	R\$56.043.346,65
Custo das ações correspondente à parcela recebida (38,8651% x R\$23.512.874,34)	R\$9.138.302,12
Ganho de capital correspondente à parcela recebida em 2006	R\$46.905.044,53
Valor do IR devido	R\$7.035.756,68
Valor do IR recolhido pelo sujeito passivo em 31/01/2007 de acordo com DARFs apresentados e SINAL07	R\$4.295.999,28
<b>Diferença sobre o IR devido em 2006</b>	<b>R\$2.739.757,40</b>
Valor recebido pela venda em 2009 45,31%	R\$65.338.746,97
Custo das ações correspondente à parcela recebida em 2009 (45,31% x R\$ 23.512.874,34)	R\$10.653.683,36
Ganho de capital correspondente à parcela recebida em 2009	R\$54.685.063,61
Valor do IR devido	R\$8.202.759,54
Valor do IR apurado pelo sujeito passivo de acordo com o programa de ganho de capital da Receita Federal	R\$5.008.214,96
<b>Diferença sobre o IR devido em 2009</b>	<b>R\$3.194.544,58</b>

O montante lançado do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital é:

<b>Tabela 5 - DIFERENÇA DO GANHO DE CAPITAL APURADO em 2006</b>	
Ganho de capital apurado pela fiscalização	R\$46.905.044,53
Ganho apurado pelo sujeito passivo	-R\$28.639.995,20
Diferença	R\$18.265.049,33
x Aliquota	15%
<b>Imposto sobre a diferença</b>	<b>R\$2.739.757,39</b>

<b>Tabela 6- DIFERENÇA DO GANHO DE CAPITAL APURADO em 2009</b>	
Ganho de capital apurado pela fiscalização	R\$54.685.063,61
Ganho apurado pelo sujeito passivo	-R\$33.388.099,70
Diferença	R\$21.296.963,91
x Aliquota	15,00%
<b>Imposto sobre a diferença</b>	<b>R\$3.194.504,08</b>

No tocante ao cálculo da fiscalização para os anos calendário de 2010 e 2011, segue o cálculo da fiscalização:

## Ganho de Capital e Imposto de Renda a lançar

Data do Recebimento	Valor da Parcela	Percentual Diferimento	Ganho de Capital da parcela	IR devido sobre a parcela
18/03/2010	5.158.322,25	83,694210	4.317.217,06	647.582,56
20/09/2010	5.158.322,25	83,694210	4.317.217,06	647.582,56
18/03/2011	5.158.322,25	83,694210	4.317.217,06	647.582,56
01/07/2011	5.158.322,25	83,694210	4.317.217,06	647.582,56

## DA MULTA QUALIFICADA

Foi aplicada multa qualificada de 150%, uma vez que a intenção do contribuinte era reduzir o imposto devido apurado na operação de ganho capital, por intermédio da majoração do custo de suas ações. Para tal, realizou operações simultâneas de incorporação às avessas, acreditando que haveria norma prevendo a majoração desses custos (art. 135 do RIR/99).

O contribuinte informou no Demonstrativo de Ganho de Capital de suas Declarações de Ajuste Anual o custo majorado de suas ações, inserindo, dessa forma, elementos inexatos com o fim de pagar menos imposto de renda, conduta que se insere no contexto de fraude à fiscalização tributária (art. 72 da Lei 4.502/64).

O ato praticado vai contra as palavras e o espírito do art. 135 do RIR/99. O contribuinte alega que o aumento do custo possui base legal, citando o art. 135 do RIR/99; mesmo que isso fosse verdade, o ato preservaria a letra da lei, mas ofenderia o espírito dela; assim o ato seria de fraude à lei, envolvendo o abuso de direito.

## IMPUGNAÇÃO

Na impugnação, foram alegadas, em síntese (e-fls. 1308 a 1363) as razões a seguir descritas (assumo como meu, neste tópico, o relatório do acórdão recorrido):

*Em sua peça impugnatória de fls. 1308/1363, o contribuinte, por meio de seus procuradores nomeados pelo instrumento de fls. 1368, contesta o lançamento efetuado, argumentando, em síntese, que:*

*Em relação à decadência do direito de lançar, discorre o impugnante que:*

.....

*No caso do IMPUGNANTE, a alienação das ações do BANCO ocorreu em 01.12.2006; logo, como decorridos mais de 7 anos entre esta data e a data da ciência do AUTO, em 26.05.2014, o crédito tributário nele lançado está extinto por decadência.*

*É irrelevante, para fins de contagem do prazo decadencial, que o pagamento do preço de venda tenha sido feito de forma parcelada ou à vista. O fato gerador do IRPF sobre ganho de capital, reitere-se, é a operação que importa na alienação de*

*bens e direitos; no caso, a celebração do contrato de compra e venda ocorrida em 01.12.2006, e não o recebimento de parcelas do preço pelo IMPUGNANTE, nos anos de 2010 e 2011.*

*Tal conclusão é confirmada pelo art. 140 do RIR e pelo art. 31 da Instrução Normativa SRF ("IN") n° 84, de 11.10.2001, que expressamente dispõem que, nas alienações a prazo, o ganho de capital é apurado como se a venda fosse à vista. Os dispositivos acima mencionados são do seguinte teor:*

*"Art. 140. Nas alienações a prazo, o ganho de capital deverá ser apurado como venda à vista e tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês, considerando-se a respectiva atualização monetária, se houver (Lei n° 7.713, de 1988, art. 21).*

*§ 1° Para efeito do disposto no caput, deverá ser calculada a relação percentual do ganho de capital sobre o valor de alienação que será aplicada sobre cada parcela recebida.*

*§ 2° O valor pago a título de corretagem poderá ser deduzido do valor da parcela recebida no mês do seu pagamento. (...)"*

*"Art. 31. Nas alienações a prazo, o ganho de capital é apurado como se a venda fosse efetuada à vista e o imposto é pago periodicamente, na proporção da parcela do preço recebida, até o último dia útil do mês subsequente ao do recebimento.*

*Parágrafo único. O imposto devido, relativo a cada parcela recebida, é apurado aplicando-se:*

*I- o percentual resultante da relação entre o ganho de capital total e valor total da alienação sobre o valor da parcela recebida;*

*II - a alíquota de quinze por cento sobre o valor apurado na forma do inciso I."*

*Trata-se de fato gerador instantâneo, no qual o tributo é devido no momento em que o sujeito passivo pratica a conduta típica (alienação do bem ou direito); no caso, a venda das ações do BANCO, através do contrato de 2006.*

.....

*Por fim, é de se argumentar, adicionalmente, que, no momento da lavratura do AUTO/2011 (31.10.2011), o IMPUGNANTE já havia recebido todas as parcelas a que tinha direito pela alienação dos seus investimentos no BANCO; portanto, o IRPF incidente sobre o ganho decorrente da operação já poderia ter sido integralmente exigido pela fiscalização no AUTO/2011.*

*A lavratura do AUTO para exigir o IRPF que poderia ter sido exigido já no AUTO/2011 configura verdadeira revisão de lançamento tributário, o que, nos termos do parágrafo único do art. 149 do CTN, só pode ser feita enquanto não extinto o direito do fisco de constituir o crédito tributário.*

*Como o AUTO só foi lavrado em 19.05.2014, mais de 7 anos após a ocorrência do fato gerador, ainda que se considere legítimo o AUTO/2011, já caducou o direito de a fiscalização revisar o lançamento e, conseqüentemente, de exigir o IRPF com relação às parcelas residuais recebidas pelo IMPUGNANTE em 2010 e 2011.*

.....

*Em relação ao Auto de Infração, aduz o impugnante, em síntese que:*

*Antes da reestruturação, o impugnante era titular de investimentos representativos de 2,56% da Nova Pactual Participações Ltda (NPP), sociedade holding titular de investimentos representativos de 78,18% do capital de Pactual S.A. (PSA), também uma sociedade holding e titular de investimentos representativos de 100% do capital do Banco Pactual. Os demais 21,82% do capital social da NPP eram de propriedade de Pactual Holdings S.A., sociedade holding na qual o Impugnante não tinha qualquer participação.*

*Após a implementação da reestruturação, o Impugnante considerou que o custo de seus investimentos no Banco Pactual passou a ser de R\$ 70.508.828,23 e esse foi o valor utilizado como base para a quantificação de seu ganho de capital.*

*O Auto de Infração indica, como enquadramento legal, uma série de dispositivos que apenas contêm regras gerais relativas à apuração e à tributação dos ganhos de capital auferidos por pessoas físicas, entretanto, não há a indicação do dispositivo legal que teria sido infringido, o que nem poderia ser feito, pois os efeitos da reestruturação decorreram justamente da aplicação dos dispositivos legais em vigor.*

*Em relação às operações que precederam a venda do Banco Pactual e do propósito das mesmas, afirma o impugnante, em síntese, que:*

*O Grupo Pactual era composto por três holdings, existentes há mais de 10 anos e constituídas em uma época em que os acionistas sequer cogitavam alienar seus investimentos no Banco Pactual. Os objetivos das holdings eram exclusivamente os de organizar o exercício do controle do Banco Pactual e propiciar uma distribuição adequada de seus resultados. Dessa forma, a alienação do Banco Pactual a terceiros faria com que as holdings se tornassem totalmente desnecessárias.*

*O caminho trilhado pelos acionistas para se tornarem vendedores do Banco Pactual foi o mais lógico, rápido e econômico dentre todos disponíveis, sendo o acréscimo do custo de seus investimentos mera consequência de aplicação das normas em vigor.*

*Havia algumas opções para a realização do negócio diretamente pelos acionistas, tendo sido a opção pela incorporação reversa das holdings pelo Banco Pactual a mais conveniente do ponto de vista prático, operacional, negocial e fiscal. Desde que o art. 8º da Lei nº 9.532/1997 definiu os efeitos fiscais das incorporações inversas, as incorporações de holdings têm sido a primeira opção para a eliminação de empresas cuja existência se torna desnecessária. A rapidez com que as holdings foram eliminadas bem demonstra a eficiência da opção adotada pelos acionistas.*

*Assim, não procede a assertiva constante do TVF de que a Reestruturação foi realizada com o objetivo de ser utilizada pelos acionistas para aumentar indevidamente o custo de aquisição de seus investimentos no Banco Pactual.*

*Em relação aos efeitos das incorporações inversas, assevera o impugnante, em resumo, que:*

*A Lei nº 6.404/1976 (LSA) define, em seu art. 227, a incorporação como a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Como regra, cabe à incorporadora aumentar seu capital social, sendo o aumento realizado pelo patrimônio líquido da incorporada e tocando aos acionistas desta última as ações representativas desse aumento de capital (art. 224, inciso I).*

*A incorporadora recebe um conjunto patrimonial e paga aos acionistas da incorporada pelo mesmo, em ações representativas do aumento de seu capital. Não se apuram resultados na substituição de ações da incorporada por ações da incorporadora e, por essa razão, as ações da incorporadora recebidas pelos acionistas da incorporada tem o mesmo custo de seus investimentos na incorporada, declarados extintos na incorporação.*

*O conjunto patrimonial destinado à realização do aumento de capital corresponde à diferença entre o valor dos ativos e das obrigações da incorporada, isto é, ao seu patrimônio líquido.*

*A parcela do patrimônio líquido da incorporada representada por lucros ou reservas de lucro, por exemplo, transforma-se em capital da incorporadora no processo de incorporação. Por essa razão, é indiferente que, antes da incorporação, os lucros da incorporada sejam ou não capitalizados.*

*Nas incorporações inversas, a capitalização de lucros das incorporadas nos processos de incorporação por vezes não é perceptível de imediato, pois pode ocorrer de o capital da incorporadora permanecer o mesmo antes e depois da operação. Com efeito, tome-se, por exemplo, situação em que: (i) a incorporadora/controlada tenha sido constituída no ano I, com o capital de R\$ 100.000,00; (ii) sua única acionista seja a incorporada/controladora, uma empresa sem nenhum passivo cujo único ativo sejam os investimentos na incorporadora/controlada (R\$ 100.000,00); (iii) a incorporadora/controlada tenha auferido lucros de R\$ 50.000,00 e promovido a capitalização dos mesmos.*

*Na incorporação, caberia à incorporadora/controlada aumentar seu capital em R\$ 150.000,00 (valor de patrimônio líquido da incorporada/controladora), atribuindo as ações representativas desse aumento aos acionistas da incorporada/controladora; em contrapartida desse aumento, os ativos da incorporada/controladora seriam transferidos à incorporadora/controlada mas, como a legislação brasileira não confere às ações representativas do capital da própria emitente a natureza de um ativo, as referidas ações seriam declaradas extintas e o capital social da incorporadora/controlada permaneceria inalterado.*

*Assim, a situação patrimonial da incorporadora/controlada seria exatamente a mesma, antes e depois da incorporação. Mesmo quando o capital da incorporadora/controlada permanece inalterado após a incorporação, ocorre aumento de seu capital e desaparecem as contas que refletem os lucros e reservas da controladora/incorporada, cuja capitalização seria apta a gerar acréscimo de custo para seus acionistas.*

*Antes da incorporação, os acionistas da investidora/incorporada seriam titulares de ações de empresa apta a distribuir dividendos no valor de R\$ 50.000,00, quando tivesse disponibilidades de caixa, e em condições de capitalizar seus lucros, elevando para R\$ 150.000,00 o custo dos investimentos.*

*Com a incorporação da investidora/incorporada, seus acionistas passariam a participar de empresa (a investida/incorporadora) sem lucros disponíveis e com capital social de R\$ 150.000,00. Assim, se o custo dos investimentos dos acionistas da investidora/incorporada não fosse elevado para R\$ 150.000,00, eles perderiam, com a incorporação, a oportunidade de receber dividendos ou mesmo bonificações que possibilitassem o aumento do custo de seu investimento até o montante do patrimônio líquido da invertida/incorporadora; ou seja, se o custo não fosse ajustado, o acionista passaria a registrar um deságio nos seus investimentos. Esse fato evidencia, por si só, a ocorrência da capitalização dos lucros das incorporadas nos processos de incorporação e justifica o ajuste do custo dos investimentos dos acionistas da incorporada, com base no § único do art. 130 ou no art. 135 do RIR.*

*Não fosse a distribuição e capitalização prévia de lucros, a incorporação faria com que as quotas da incorporadora (Pactual S.A.), destinadas aos quotistas da Nova Pactual Participações Ltda em substituição de suas participações na mesma, fossem-lhes atribuídas na proporção do capital social, fazendo com que os lucros acumulados até então fossem distribuídos também nesta proporção.*

*O capital de Participações foi aumentado em R\$ 686.000.000,00, mediante a conversão de créditos detidos por seus quotistas, créditos estes decorrentes do direito ao*

*recebimento de lucros e, como nela se observa, a capitalização dos referidos lucros gerou significativa alteração nos percentuais de participações dos acionistas no capital da referida empresa.*

*As capitalizações de lucros verificadas antes das incorporações não representaram mero artifício para elevação do custo dos investimentos dos acionistas, pois (i) essa elevação ocorreria independentemente da capitalização prévia dos lucros e, no caso concreto, (ii) era essencial à adequada distribuição dos lucros de Participações.*

*Em relação aos efeitos ao aumento do custo resultante da reestruturação, discorre o impugnante, em abreviação, que:*

*Nas incorporações inversas, os acionistas da incorporada recebem ações da incorporadora por custo idêntico ao das ações da incorporada por eles detidas. Por outro lado, ocorre capitalização de lucros ou reservas eventualmente existentes na incorporada, passando o novo custo de aquisição das ações dos acionistas da incorporada a corresponder ao valor original de seu investimento, acrescido do montante dos lucros e reservas de lucros da incorporada, capitalizados no processo de incorporação.*

*O aumento do custo de aquisição dos investimentos do Impugnante no Banco Pactual se verificaria, quer houvesse deliberação expressa e específica no sentido da capitalização dos lucros das holdings - como houve - quer não.*

*Em se tratando da alienação de quotas ou ações e em sendo o alienante uma pessoa física, o custo de aquisição corresponde ao custo original do investimento acrescido do montante dos lucros e reservas de lucros capitalizados, nos termos do § 1º do art. 130 e do art. 135 do RIR.*

*A legislação em vigor prevê que a capitalização de lucros gera acréscimo de custo para os acionistas pessoas físicas, sem cogitar da natureza do lucro. O ajuste do custo dos investimentos do Impugnante decorre da aplicação da lei e não há como rejeitá-lo.*

*A Fiscalização limita-se a alegar que houve uma interpretação incorreta do art. 135 do RIR, por parte do Impugnante. Isso evidencia que, na verdade, o Auto baseia-se no inconformismo da Fiscalização quanto às consequências que a aplicação da lei trouxe no caso concreto.*

*As distorções apresentadas através dos quadros demonstrativos do TVF decorrem do texto da lei. De certa forma, a própria fiscalização reconhece esse fato, quando, para demonstrar a distorção, apresenta exemplos elaborados rigorosamente a partir da aplicação da lei.*

*Os ganhos de equivalência patrimonial integram o resultado do exercício da investidora e, conforme estabelece o §6º do art. 202 da LSA, os lucros do exercício devem ser integralmente distribuídos, ressalvada a possibilidade de serem retidos, nos termos dos arts. 193 a 197 da mesma lei.*

*A opção de eliminarem-se holdings mediante incorporações reversas era o caminho lógico, natural e admitido por lei para viabilizar a venda das ações do BANCO pelos ACIONISTAS e o aumento do custo das ações do IMPUGNANTE foi mera consequência da adoção dessa opção, legítima e essencial à realização do negócio, diga-se de passagem.*

*O art. 22 da Lei nº 9.249/95, admite que, nas extinções de pessoas jurídicas, os bens de sua propriedade sejam restituídos a seus sócios ou acionistas pelos correspondentes valores contábeis.*

*Não cabe à fiscalização deixar de aplicar a lei por considerar que ela gera distorções injustificáveis. O 1º Conselho de Contribuintes já decidiu que “a existência de falhas na legislação” não pode ser suprimida pelo julgador, ou, ainda, que “não cabe à autoridade fiscal ignorar o preceito representativo da vontade do legislador”.*

*Os efeitos da aplicação do art. 135 do RIR/99 ao caso concreto não podem ser neutralizados por meio de sua mera interpretação; uma alteração legislativa se impõe.*

*Em relação aos efeitos à nulidade do auto por ter arbitrado o ganho de capital, afirma o impugnante, em síntese, que:*

*O custo original dos investimentos do IMPUGNANTE em PARTICIPAÇÕES era de R\$ 13.817.173,73, tendo sido por ele ajustado em duas oportunidades: (a) na primeira delas, quando ocorreu a capitalização de lucros de PARTICIPAÇÕES, empresa na qual o IMPUGNANTE tinha investimentos diretos mesmo antes da REESTRUTURAÇÃO; essa capitalização de lucros gerou um acréscimo de custo para o IMPUGNANTE no valor de R\$ 29.299.377,00; e (b) na segunda, quando ocorreu a capitalização de lucros da PACTUAL, ou seja, da empresa que veio a incorporar PARTICIPAÇÕES; esse aumento de capital gerou novo acréscimo de custo para o IMPUGNANTE, desta feita no valor de R\$ 27.392.415,00.*

*Como já demonstrado, para efeitos de quantificação de ganhos e perdas de capital, o montante dos lucros capitalizados soma-se ao custo dos investimentos a que correspondem, ainda que tais lucros tenham decorrido do reconhecimento de ganhos decorrentes da aplicação do MEP. Assim, após a capitalização dos lucros existentes em PARTICIPAÇÕES, o custo dos investimentos do IMPUGNANTE atingiu R\$ 43.116.550,73 (custo original do investimento acrescido das bonificações provenientes de PARTICIPAÇÕES). Esse é, pois, o valor que deveria ter servido de ponto de partida para quantificação do ganho de capital auferido na venda das ações do BANCO, caso os efeitos da REESTRUTURAÇÃO fossem negados.*

*Note-se que, mesmo que tivesse ocorrido um processo de “incorporações tradicionais”, e não reversa, ou mesmo que*

*PARTICIPAÇÕES* houvesse sido vendida a UBS BRASIL, os R\$ 43.116.550,73 acima referidos corresponderiam ao custo mínimo dos investimentos do IMPUGNANTE; mas não é isso que ocorre no AUTO. Os lucros capitalizados por *PARTICIPAÇÕES*, empresa na qual o IMPUGNANTE tinha investimentos diretos, assim como o custo original de seus investimentos foram simplesmente desconsiderados na determinação de seu ganho de capital.

*Assim, autonomamente aos argumentos já apresentados - os quais demonstram claramente que a autuação não pode prosperar - o AUTO também não pode ser mantido em razão do método utilizado pela autoridade fiscal para apurar o custo dos investimentos do IMPUGNANTE no BANCO, que configurou verdadeiro arbitramento na apuração do ganho de capital.*

*Os ganhos de capital resultam do confronto do preço de alienação do bem com o seu respectivo custo de aquisição. Em se tratando de participações societárias, as quotas ou ações recebidas em razão da capitalização de lucros têm custo específico, qual seja, o montante do lucro capitalizado que corresponder ao sócio ou ao acionista, conforme disposto no art. 135 do RIR.*

*A metodologia adotada pela autoridade fiscal inovou ao arbitrar o custo de aquisição do IMPUGNANTE ignorando completamente o art. 135 do RIR/99. Como visto, em total desacordo com o texto normativo, a fiscalização desconsiderou tanto o custo inicial do IMPUGNANTE quanto as capitalizações de lucros em *PARTICIPAÇÕES* e *PACTUAL*, tratando como custo do investimento o valor decorrente da aplicação do percentual da participação indireta do IMPUGNANTE no BANCO no patrimônio líquido ajustado de *PACTUAL*.*

*Com efeito, a fiscalização sustenta, no TVF, que o custo das ações do BANCO vendidas pelos ACIONISTAS deveria ser definido com base no valor do capital de *PACTUAL* (praticamente idêntico ao valor de seu patrimônio líquido), dele expurgada uma parcela dos lucros do BANCO que, por força do contrato de venda de suas ações seria distribuída aos ACIONISTAS, em razão de usufruto então constituído. Vale dizer, a fiscalização arbitra o custo de aquisição dos investimentos do IMPUGNANTE, observando-se um critério sem qualquer base legal.*

*Note-se, em especial, que a participação indireta do IMPUGNANTE no BANCO antes da REESTRUTURAÇÃO era de 2%. Assim, para atingir a participação de 2,75% do capital do BANCO, existente à época da alienação, foi destinada ao IMPUGNANTE uma participação correspondente a praticamente 4,27%. Assim, autonomamente aos argumentos já apresentados -os quais demonstram claramente que a autuação não pode prosperar - o AUTO também não pode ser mantido em razão do método utilizado pela autoridade fiscal para apurar o custo dos investimentos*

*do IMPUGNANTE no BANCO, que configurou verdadeiro arbitramento na apuração do ganho de capital.*

*Isto é, essa parcela dos lucros que o RECORRENTE recebeu e capitalizou em PARTICIPAÇÕES, incontestavelmente apta a gerar acréscimo de custo para o IMPUGNANTE, foi desconsiderada. E, como os resultados eram distribuídos desproporcionalmente, ao arbitrar o custo do IMPUGNANTE, a fiscalização não poderia, simplesmente, eliminar os efeitos desta distribuição desproporcional de lucros.*

*Vê-se, então, que a fiscalização simplesmente (i) desprezou o custo de aquisição original do investimento do IMPUGNANTE; (ii) ignorou os valores dos lucros capitalizados tanto em PARTICIPAÇÕES quanto em PACTUAL; e (iii) reescreveu a norma legal, como se o custo de aquisição, na alienação das ações por parte do IMPUGNANTE, fosse o valor resultante da aplicação do seu percentual de participação na empresa vendida sobre o patrimônio líquido contábil ajustado da sua controladora direta - sequer existente à época, tendo em vista a incorporação de PACTUAL pelo BANCO, reduzido dos valores pagos ao IMPUGNANTE no ano seguinte à alienação, a título de usufruto.*

*Ironicamente, o fiscal atuante sustenta que capitalização de lucros derivados da aplicação do MEP não é uma operação apta a gerar acréscimo de custo para a pessoa física, mas, ao final, na hora de quantificar o imposto que supostamente seria devido pelo IMPUGNANTE, criou - sem qualquer base legal - uma sistemática até certo ponto equivalente ao MEP, mas para pessoas físicas.*

*Ora, pessoas físicas não têm contabilidade, e em muito menos a obrigação de registrar os seus investimentos com base no MEP; elas sequer têm conhecimento, na maioria dos casos, do valor de patrimônio líquido de seus investimentos. O critério para a apuração do custo a ser adotado pelas pessoas físicas é aquele previsto no art. 135 do RIR/99, qual seja, somar os valores de todo e qualquer lucro (gerado a partir de 1996) que seja capitalizado.*

*A lavratura do auto de infração não se coaduna com o referido art. 135, e mais: não se coaduna com nenhum outro dispositivo legal. É mera tentativa de se corrigir distorção econômica que a lei não considerou relevante. Assim, mesmo que fosse dado aos tribunais administrativos deixar de aplicar a lei em razão de distorções econômicas que ele poderia gerar, o AUTO é improcedente.*

*Em relação à inexistência de fraude de abuso de direito, afiança o impugnante, em resumo, que:*

*Depreende-se do Auto que a fraude não estaria presente em ato específico, mas sim no resultado que, com a*

*Reestruturação, o impugnante procurou atingir, qual seja, uma injustificada redução do montante do imposto a pagar.*

*A Reestruturação não foi realizada com esse propósito específico e seria levada a efeito, independentemente da economia fiscal que dela decorreu. O Auto não nega efeitos à Reestruturação, apenas rejeita um dos efeitos fiscais, qual seja, o cômputo no custo dos investimentos dos lucros capitalizados por Participações.*

*Assim, não há que se falar em fraude à lei, abuso de forma ou ilícito semelhante, mas sim em aplicação inadequada das normas legais que versam sobre a determinação do custo de investimentos, para efeitos de determinação de ganhos de capital.*

*Mesmo que os atos fossem praticados com abuso de direito, não poderiam ser classificados como fraudulentos e qualificados como ilícitos de natureza penal, pois para que haja abuso de direito os atos que sejam assim classificados devem observar a legislação em vigor. Se não observaram, o ilícito será de outra natureza.*

*Em 2001, a RFB reconheceu publicamente que a legislação em vigor não lhe oferecia armas para combater o planejamento fiscal, o que levou o Congresso a publicar a Lei Complementar 104/2001 que introduziu no CTN o parágrafo único do art. 116, que depende ainda de regulamentação.*

*O escopo das referidas normas foi atingir atos que, embora lícitos, fossem praticados com abuso de forma ou de direito. Aqueles praticados com observância da lei, mas com abuso de forma não podem ser rejeitados pela fiscalização, na medida em que a norma que lhe atribui esse poder ainda carece de regulamentação ou pelo menos não representam fraude ou simulação.*

*Não há no TVF, elemento que possa caracterizar a alegada fraude.*

*Questiona o impugnante: onde está a informação falsa oferecida à fiscalização? Onde está a omissão quanto a fato que deveria ser obrigatoriamente declarado à fiscalização? Também não há uma única indicação de que os atos praticados foram ilógicos ou menos convenientes, em termos negociais, do que outros.*

*O único ponto suscetível de comportar discussão está na aplicação das regras do art. 130 e 135 do RIR. Se permanecer o entendimento de que o referido dispositivo legal não engloba a capitalização de lucros derivados da aplicação da MEP, o custo dos investimentos do impugnante no Banco foram superdimensionados, mas apenas por equívoco na interpretação da lei. Mas alegar que a Reestruturação foi concebida com evidente intuito de fraude é um absurdo.*

*Jamais se poderia ver fraude em procedimentos com as características da Reestruturação. Transcreve o Impugnante doutrina a respeito da matéria e destaca, por fim, que a*

*participação do impugnante era extremamente reduzida, não tendo ele votos suficientes para fazer com que a Reestruturação ocorresse dessa ou daquela forma. Não se alegue que a mera intenção do sujeito passivo de obter economia tributária caracterizaria “dolo” capaz de deflagrar a multa qualificada.*

*A participação do impugnante era extremamente reduzida, não tendo ele votos suficientes para fazer com que a Reestruturação ocorresse dessa ou daquela forma. Em relação à inaplicabilidade da multa qualificada, assevera o impugnante, em síntese, que:*

*A aplicação da multa de 150% só justifica-se quando há evidente intuito de fraude, ou seja, quando o contribuinte age de má-fé e com claro propósito de violar conscientemente a lei.*

*A jurisprudência administrativa reserva a multa majorada apenas para casos em que haja tentativas de enganar, esconder, iludir a fiscalização. (Apresenta uma série de exemplos de acórdãos)*

*Por outro lado, jurisprudência administrativa é uníssona em rejeitar a qualificação da multa quando não for demonstrada pela autoridade fiscal, com precisão, a existência de falsidade ou omissões que a justifiquem. São citadas a Súmula nº 14 do Carf e diversas decisões proferidas pelo órgão administrativo.*

*Assim, tendo em vista que a fiscalização não comprovou e sequer apontou um único ato praticado pelo impugnante que pudesse configurar a fraude, fica evidente que não se verificaram no caso concreto os pressupostos para aplicação da multa qualificada.*

*Se o impugnante acreditava e acredita que a lei permitia a elevação do custo de seus investimentos, seu procedimento, ainda que equivocado, não denota consciente intuito de fraude.*

*Em relação aos juros sobre a multa, aduz o impugnante, em abreviação, que:*

*É descabida a incidência de juros sobre a multa porque isso implicaria numa indireta majoração da própria penalidade e não se pode falar em mora na exigência de multa.*

O pedido consistiu em julgar improcedente o auto de infração, com a extinção do crédito tributário dele decorrente.

#### DECISÃO RECORRIDA

A DRJ julgou a impugnação improcedente em acórdão que recebeu as seguintes ementas:

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

*Ano-calendário: 2011, 2012*

*ENQUADRAMENTO LEGAL GENÉRICO.*

*O fato de constarem do auto de infração vários dispositivos legais concernentes a aspectos gerais relativos à tributação dos rendimentos de ganho de capital não macula o lançamento, quando restar caracterizado que não houve prejuízo ao contribuinte, seja porque a descrição da infração lhe possibilita ampla defesa, seja porque a impugnação apresentada revela pleno conhecimento da infração imputada.*

*GANHO DE CAPITAL. FATO GERADOR. ALIENAÇÃO A PRAZO. DECADÊNCIA.*

*O fato gerador do IRPF incidente sobre o ganho de capital, no caso de alienação a prazo, somente se completa quando do efetivo recebimento do valor referente à venda do bem ou direito, momento a partir do qual se inicia a contagem do prazo decadencial para o lançamento do crédito tributário, exceto no caso de dolo, fraude ou simulação, em que a contagem do prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício subsequente àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

*CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS. MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE DE MÚLTIPLO PROVEITO DO MESMO LUCRO. OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES.*

*É indevida a capitalização de lucros apurados na empresa investidora através do Método de Equivalência Patrimonial, quando este mesmo lucro permanece inalterado na empresa investida, disponível nesta como lucros e/ou reservas de lucros tanto para que se efetuem capitalizações como para retiradas pelos sócios.*

*Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização indevida de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.*

*MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.*

*É aplicável a multa qualificada quando restar caracterizado o evidente intuito de fraude do Contribuinte no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais.*

*JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE MULTA DE OFÍCIO.*

*Considerando que a multa de ofício é classificada como débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é correta a incidência dos juros de mora sobre os valores da multa de ofício não pagos, a partir de seu vencimento.*

*Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido*

A ciência dessa decisão ocorreu em 18/12/2014 (e-fl. 1531).

#### RECURSO VOLUNTÁRIO

Em 09/01/2015, foi apresentado recurso voluntário (fls. 1533 a 1582), sendo reiterados, em síntese, os termos da impugnação.

O pedido consiste em que seja reformada a decisão para que o auto de infração seja julgado improcedente e seja extinto ao crédito tributário.

É o relatório.

#### Voto Vencido

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, relator

O recurso voluntário é tempestivo e aborda matéria de competência desta Turma. Portanto, dele tomo conhecimento.

#### DA DECADÊNCIA

O recorrente afirma ter ocorrido a decadência do poder-dever de lançar, uma vez que foram lícitas as operações realizadas na reestruturação do grupo empresarial, não restando caracterizado dolo, fraude ou simulação; desse modo, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para efetuar o lançamento é de 5 anos contados do fato gerador. O fato gerador do ganho de capital é a alienação do bem ou direito. A alienação ocorreu em 1º/12/2006; logo, em 01/01/2012, o crédito lançado estaria extinto por decadência, segundo o artigo 173, I, do Código Tributário Nacional.

O caso em questão trata de **alienação com data de pagamento diferida (a prazo), com pagamento parcial.**

Quanto à regra decadencial a ser aplicada ao caso concreto, o art. 62-A do Ricarf obriga a utilização da regra do REsp nº 973.733 – SC, decidido na sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, o que faz com que as regras estabelecidas no art. 150, §4º, do CTN, somente devam ser adotadas: (a) nos casos em que o sujeito passivo antecipar o pagamento e, cumulativamente, (b) não for comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação; nas demais situações prevalece os ditames do art. 173.

Os rendimentos que compõem o ganho de capital estão sujeitos à tributação exclusiva/definitiva (art. 117 do Decreto 3.000, de 1999 – RIR 99) e não integram os rendimentos sujeitos ao ajuste anual. Decorrentemente, os pagamentos vinculados a

rendimentos a serem computados no ajuste anual (como carnê-leão, IRRF etc) não são antecipação do pagamento do ganho de capital e, portanto, não atraem a aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, §4º, do CTN. Somente se subsumem ao art. 150, § 4º, pagamentos respeitantes ao pagamento do próprio ganho de capital, considerado individualmente, pois a sua tributação, como já ressaltado, é exclusiva e definitiva.

Assim, em regra, na tributação do ganho de capital não há falar em ocorrência de pagamento antecipado. Nesse sentido:

*IRPF. DECADÊNCIA. TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO. MATÉRIA DECIDIDA NO STJ NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. GANHO DE CAPITAL. REGRA DO ART. 150, §4º, DO CTN, APENAS QUANDO EXISTIR PAGAMENTO PARCIAL.*

*O art. 62-A do RICARF obriga a utilização da regra do REsp nº 973.733 - SC, decidido na sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, o que faz com a ordem do art. 150, §4º, do CTN, só deva ser adotada nos casos em que o sujeito passivo antecipar o pagamento e não for comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, prevalecendo os ditames do art. 173, nas demais situações.*

*Em regra, no ganho de capital, não há que se falar em ocorrência de pagamento antecipado, pois sua tributação se dá em separado, não integrando o ajuste anual, sendo que os pagamentos que podem ser computados no ajuste anual não se aproveitam para trazer a regra de decadência para o art. 150, §4º, do CTN.*

(...)

*Recurso especial provido. (Ac. 9202-003.003, Relator Luiz Eduardo de Oliveira Santos.) (Grifou-se.)*

Porém, no caso concreto **houve pagamento parcial** do imposto referente ao ganho de capital apurado pela fiscalização em 2010 e 2011. Assim, aplicável a regra do art. 150, §4º, do CTN.

Quanto ao termo inicial para a contagem do prazo decadencial, como visto, trata-se de **alienação com data de pagamento diferida (a prazo)**; em tais casos, a jurisprudência deste CARF se assentou no sentido de **o fato gerador do imposto sobre a renda de pessoa física (IRPF) se realiza com o efetivo pagamento da parcela acordada pelas partes**, devendo este ser o momento para contagem do prazo decadencial.

Isso porque ao imposto sobre a renda (inclusive o ganho de capital) devido pela pessoa física é aplicável o **regime de caixa**; o imposto é devido à medida em que os rendimentos e ganhos foram percebidos, pelo que, antes do efetivo recebimento dos valores não há falar em acréscimo patrimonial a justificar a incidência do imposto de renda ou do ganho de capital; por estrita decorrência lógica, **não há fato gerador do ganho de capital enquanto não auferido o efetivo valor da parcela prometida**, uma vez que a promessa de receber valores, que é evento futuro e incerto, não é fato gerador do IRPF.

São claras as disposições dos arts. 2º e 21 da Lei 7.713, de 1988 nesse sentido:

**Art. 2º. O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.** (Grifou-se.)

**Art. 21. Nas alienações a prazo, o ganho de capital será tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês, considerando-se a respectiva atualização monetária, se houver.** (Grifou-se.)

Como o fato gerador do ganho de capital ocorre com o efetivo recebimento do rendimento (regime de caixa), o fisco não possui o poder de constituir o crédito tributário antes disso, motivo pelo qual a fluência do prazo decadencial somente se inicia com o recebimento dos valores pela pessoa física. Nesse sentido, os seguintes acórdãos da CSRF:

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

***Exercício: 2005, 2006, 2007, 2008***

***IRPF GANHO DE CAPITAL ALIENAÇÃO DE AÇÕES A PRAZO. FATO GERADOR APURAÇÃO DA DECADÊNCIA***

***Nas vendas a prazo o fato gerador do Imposto de Renda se realiza com o efetivo pagamento da parcela acordada pelas partes, devendo este ser o momento para contagem do prazo decadencial.*** (Ac. 9202-003.820, 08 de março de 2016) (Grifou-se.)

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

***Exercício: 2007, 2008, 2009, 2010***

***IRPF GANHO DE CAPITAL VENDA DE IMÓVEL A PRAZO. COMPROVANTE DE PAGAMENTO DE PARTE DO IMPOSTO. APLICAÇÃO DO ART. 150, §4º DO CTN.***

***Nas vendas a prazo o fato gerador do Imposto de Renda se realiza com o efetivo pagamento da parcela acordada pelas partes, devendo este ser o momento para contagem do prazo decadencial. Havendo comprovação nos autos da ocorrência do pagamento do imposto, ainda que parcial, deve-se aplicar o art. 150, §4º do CTN, tomando-se como termo inicial para o prazo decadencial a data da ocorrência dos fatos geradores.*** (Ac. 9202-003.771, de 16/02/2016, relatora Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri) (Grifou-se.)

A consequência de se considerar ocorrido o fato gerador do ganho de capital no momento da efetivação do negócio e não no recebimento dos valores, atenta contra o texto expresso dos arts. 2º e 21 da Lei 7.713, de 1988 e implicaria na perversa situação de a pessoa física ser obrigada a pagar imposto sobre o ganho de capital antecipadamente ao recebimento dos pagamentos, e mesmo que não os recebesse jamais.

No caso concreto, parcelas dos valores prometidos em razão da venda das ações do recorrente foram recebidas nos anos calendários de 2010 e 2011.

Dessa forma, não há falar em decadência em relação ao ganho de capital concernente ao pagamentos recebidos pelo contribuinte nos anos de 2010 e 2011.

DO LANÇAMENTO

A matéria não é nova neste CARF. Vários foram os julgados que analisaram as operações que culminaram na alienação de participações societárias do **Banco Pactual** à UBS. Cito, como exemplo, os acórdãos 2102-01.938, 2202-002.164, 2202-002.165, 2202-002.166, 2202-002.167, 2202-002.258, 2202-002.260, 2202-002.262, 2202-002.263, 2202-002.428 e 2802-003.285. Desses, apenas o primeiro dos acórdãos (referido pelo recorrente em seu recurso) considerou totalmente indevido o lançamento; os demais deram parcial provimento ao recurso voluntário apenas para cancelar a qualificadora da multa.

Em 27/01/2016, a Câmara Superior de Recursos Fiscais julgou o processo 19515.720168/2011-24, emitindo o Acórdão nº 9202-003.698 (Relator Luiz Eduardo de Oliveira Santos), que decidiu, nesta questão (omissão de ganho de capital), negar provimento ao recurso especial do contribuinte. O acórdão recebeu as seguintes ementas:

*JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre a qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.*

**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 incorporação reversa e nova capitalização, em inobservância da correta interpretação a ser dada ao art. 135 do Decreto no 3.000, de 1999, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado.*

**EXCLUSÃO DE MULTA E JUROS DE MORA POR APLICAÇÃO DE NORMA INFRALEGAL. INOCORRÊNCIA.**

*Somente é cabível a exclusão da imposição de penalidades e da cobrança de juros de mora quando há comprovada aplicação do disposto em normas complementares às leis.*

*Hipótese em que a alegada observância da Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, não tem o condão de afastar essa imposição, porque tal normativo não trata especificamente do caso discutido nos autos e, conseqüentemente, não pode dar suporte à interpretação do art. 135 do RIR/99 defendida pela autuada.*

*Recurso Especial do Contribuinte negado*

*Recurso Especial do Procurador provido (Grifou-se.)*

A jurisprudência da CSRF foi reafirmada em outros acórdãos, quais sejam:

ACÓRDÃO	DATA	RELATOR/REDATOR
9202-003.699	27/01/2016	LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
9202-003.700	27/01/2016	LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
9202-003.701	27/01/2016	MARIA HELENA COTTA CARDOZO
9202-003.767	12/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.768	12/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.764	13/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.766	13/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.765	13/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.821	13/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.959	28/06/2016	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado.
9202-003.960	04/08/2016	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado.
9202-003.961	04/08/2016	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado.
9202-005.239	22/02/2017	RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI
9202-005.237	22/02/2017	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado
9202-005.236	22/02/2017	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado
9202-005.235	22/02/2017	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado
9202-005.235	22/02/2017	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado
9202-005.240	22/02/2017	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Esta 1ª Turma da 3ª Câmara também já analisou a questão diversas vezes, nos acórdãos 2301-004.475, 2301-004.476, 2301-004.477, 2301-004.478, 2301-004.479, 2301-004.480, 2301-004.481, 2301-004.482 e 2301-004.483, decidindo, por unanimidade, tão-somente cancelar a qualificadora da multa. Cito como exemplo:

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF*

*Ano-calendário: 2006, 2009*

*OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. LUCROS SOCIETÁRIOS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM HOLDINGS. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO EM DESCOMPASSO COM O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 10 DA LEI 9.249, de 1995 (ART. 135 DO RIR 99).*

*A capitalização de lucros societários, não tributados, sem substrato econômico e meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial em holdings puras, seguidas de correspondentes incorporações reversas, não ampara a aplicação do parágrafo único do art. 10 da Lei 9.249, de 1995 (art. 135 do RIR 99), para fins de majoração do custo da aquisição de ações a serem alienadas e consequente apuração de ganho de capital. O lucro que é tributado, e, por decorrência, pode ser objeto de benefícios fiscais, como isenção ou majoração do custo de aquisição de ações é o lucro fiscal, e não o lucro societário.*

*MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. SUJEITO PASSIVO SEM CONTROLE DOS ATOS QUE DERAM ORIGEM À ATUAÇÃO.*

*Não tendo o sujeito passivo poder para determinar ou impedir os atos que deram origem ao auto de infração, descabe a aplicação da multa qualificada.*

**JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.TAXA SELIC.**

*A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre a qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic. (Ac. 2301-004.476, relator João Bellini Júnior)*

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF*

*Ano-calendário: 2006, 2009*

**GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. LUCROS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM HOLDINGS. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.**

*O fato de cada uma das transações dentro do grupo societário, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando restar comprovada que o aumento do custo das ações de acionistas pessoas físicas se deu através de planejamento tributário que capitalizou dividendos em duplicidade, pois são meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial nas holdings, seguidas de correspondentes incorporações reversas, com o fim de majoração do custo da aquisição de ações a serem alienadas e consequente apuração de ganho de capital, por configurar conduta abusiva e dissociada dos fins visados pela legislação pertinente.*

**PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO.**

*No 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.*

**JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO APLICABILIDADE**

*O art. 161 do Código Tributário Nacional CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o "crédito" a que se refere o caput do artigo. É legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC. (Ac. 2301-004.480, relatora Alice Grecchi)*

Feitas essas breves considerações, passo à análise do caso concreto.

#### SÍNTESE DOS FATOS

O contribuinte possuía ações da **Nova Pactual**, holding que detinha 78,17% de participação societária na **PSA**, a qual era detentora de 99,9991% das ações do **Banco Pactual** (o restante pertencia à **Pactual Holdings**). A sociedade Pactual Holdings S.A. detinha os restantes 21,83% de participação societária na **PSA**, e o recorrente não era seu acionista.

Pelo contrato de compra e venda celebrado entre o **Banco Pactual** e a UBS, ficou acertado que a compra e venda se daria diretamente entre as pessoas físicas, sócios e/ou acionistas das sociedades controladoras do **Banco Pactual** e a UBS.

Para tanto, foi promovida uma série de reestruturações societárias, nas quais a sociedade controlada incorporou a sociedade controladora (operação nominada de “incorporação reversa” ou “incorporação às avessas”).

Previamente a cada incorporação reversa ocorreu, na incorporada/controladora, aumento de capital social, por meio da capitalização de créditos que os sócios detinham perante a sociedade, decorrentes do direito a receber dividendos.

Em 2006, o recorrente alienou suas ações do **Banco Pactual**, apurando ganho de capital nos anos-calendário em que recebeu pagamentos atinentes à operação: 2006 e 2009.

Como relatado, o recorrente declarou ter, cumulativamente: **(a) recebido rendimentos isentos correspondentes aos lucros/dividendos da Nova Pactual e da PSA e (b) utilizado valor correspondente a tais lucros/dividendos para aumentar o capital social dessas sociedades**, diminuindo o ganho de capital incidente na venda de sua participação social.

A questão controversa é o valor do custo de aquisição das ações vendidas.

#### **DA FALTA DE PROIBIÇÃO LEGAL PARA OS ATOS PRATICADOS PELO CONTRIBUINTE**

Vale notar que inexistente proibição legal ao aumento do custo de aquisição das ações da pessoa física objeto do presente processo.

O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza é de competência da União Federal conforme artigo 153, III, da Constituição Federal, sendo que as normas gerais do referido imposto foram estabelecidas pelos artigos 43 a 45 do Código Tributário Nacional.

Segundo o artigo 45 do Código Tributário Nacional, o contribuinte do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza é o titular da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou proventos adquiridos, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Nessa linha, há diversas leis federais que determinam casos de titularidade de renda ou proventos por pessoas físicas residentes no Brasil ou não, configurando-as como contribuintes do imposto de renda, assim como há diversas outras leis federais que determinam

casos de titularidade renda ou proventos por pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil não, também as configurando como contribuintes do imposto de renda.

Diante de tal cenário, o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza irá abranger tanto contribuintes pessoas físicas quanto contribuintes pessoas jurídicas.

Em estudo pioneiro no Direito Brasileiro sobre as implicações tributárias da tributação pelo imposto de renda tanto das pessoas jurídicas quanto das pessoas físicas, Henry Tilbery destacava a importância de que os governos instituísem mecanismos para extirpar ou mitigar os efeitos do “bis in idem” decorrente da possibilidade teórica da tributação pelo mesmo ente tributante de uma mesma renda tanto no âmbito da pessoa jurídica quanto no âmbito da pessoa física, conforme pode ser observado no trecho abaixo:

*“Independentemente da questão da justificativa teórica da tributação dos lucros em nível das pessoas jurídicas, surge o problema crucial de que esses lucros, quando já tributados na pessoa jurídica, sofrem novamente a incidência do imposto de renda nas pessoas físicas dos sócios, quando distribuídos.*

*Não se trata de bitributação, no sentido jurídico correto da palavra, mas de “bis in idem”, isto é, o mesmo poder tributante, dentro dos limites de sua competência, grava duas vezes a mesma matéria”. (TILBERY, Henry. Imposto de Renda – Pessoas Jurídicas – Integração entre Sociedade e Sócios. São Paulo: Atlas, 1985. p. 40)*

Nessa linha, Henry Tilbery irá analisar à luz das finanças públicas e do direito comparado diferentes métodos de integração entre a renda das pessoas jurídicas e das pessoas físicas, sendo que destacamos que os dois principais métodos são os seguintes: (i) método de integração parcial de exclusão dos dividendos recebidos (“dividend received exclusion”), pelo qual os dividendos recebidos na pessoa física não seriam incluídos nos rendimentos tributáveis da pessoa física sócia ou acionista da pessoa jurídica que distribuiu aqueles dividendos; e (ii) método da integração parcial pelo método da retenção (“withholding method”), pelo qual o imposto pago na pessoa jurídica seria considerado uma retenção que seria feita pela pessoa jurídica em nome das pessoas físicas sócias ou acionistas, que incluiriam os dividendos brutos como rendimentos tributáveis, podendo descontar o montante retido na fonte do imposto por elas devidos.

A Lei nº 9.249/95 adotou claramente o método de integração parcial de exclusão dos dividendos recebidos, isto é, o método de isenção na distribuição e recebimento dos dividendos, conforme pode ser observado em seu artigo 10:

*“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”.*

Vale ressaltar que a Lei nº 12.973/14 revogou o parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 9.249/95, acrescentando os parágrafos 1º a 3º ao referido artigo, no entanto, considerando que o período do referido processo abrange os exercícios 2006 e 2009, o parágrafo único era o dispositivo normativo válido para o momento.

Com relação ao caput do artigo 10 da Lei nº 9.249/95, é possível observar que (i) os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, (ii) pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas (iii) tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, (iv) não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, (v) nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

Ao dispor sobre lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, verifica-se que a isenção pretendida irá abranger os resultados apurados a partir de janeiro de 1996. Inexiste qualquer vinculação de que os referidos lucros ou dividendos tenham sido efetivamente tributados, bastando que eles tenham sido apurados de acordo com a legislação comercial e contábil.

Não poderia ser diferente, uma vez que a determinação e apuração do lucro contábil é matéria de direito privado e não de direito tributário, sendo que a legislação tributária pode sim determinar ajustes ao lucro contábil para determinação da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, nos termos do artigo 6º do Decreto-Lei nº 1.598/77.

Nesse sentido, já lecionava Bulhões Pedreira à luz de legislação anterior do imposto de renda, conforme pode ser observado abaixo:

*“Lucro distribuído pressupõe, por conseguinte, lucro realizado pela pessoa jurídica que o distribuiu. Ou, como diz o DL 5.844, art. 8º, lucro distribuído é rendimento que, antes de pertencer a essa categoria já constitui lucro sujeito a tributação proporcional em poder da pessoa jurídica que o distribuiu. Não é necessário que tenha sido efetivamente tributado. Basta que, por sua natureza, se caracteriza como tributável na pessoa jurídica. Por exemplo: se a pessoa jurídica goza de isenção de imposto proporcional e esta isenção não aproveita aos seus sócios, os seus lucros embora não tenham sido efetivamente tributados, quando distribuídos integram a categoria comentada”. (BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. Imposto de Renda. Rio de Janeiro: APEC Editora, 1969. Seção 7 – 2)*

Embora o referido comentário tenha sido feito à luz de legislação anterior, concordamos com o referido entendimento para a legislação vigente, uma vez que não há disposição determinando que somente o lucro tributado será distribuído com isenção do imposto de renda e será considerado rendimento isento pelo beneficiário.

Aliás, se tal dispositivo fosse assim interpretado, teríamos a situação de que todos os lucros distribuídos por uma sociedade “holding” pura seriam tributados quando da sua distribuição e recebimento pelos sócios, uma vez que uma “holding” pura somente teria rendimentos de dividendos ou de equivalência patrimonial, que não são, a princípio, tributáveis.

O artigo 10 da Lei nº 9.249/95 também dispõe que a isenção alcança os lucros ou dividendos pagos ou creditados por pessoas jurídicas. Em outras palavras, a isenção alcança não só o pagamento, mas também o crédito do lucro ou dividendo, na situação em que a distribuição do lucro ou dividendo é deliberada e aprovada em reunião de sócios ou assembleia de acionistas.

A isenção também alcança os lucros e dividendos pagos ou creditados por pessoa jurídica, independentemente do regime tributário de imposto de renda, alcançando os regimes do lucro real, presumido ou arbitrado.

Por fim, a isenção alcança tanto a distribuição dos lucros ou dividendos, isto é, não haverá recolhimento de imposto de renda na fonte sobre tal distribuição, assim como alcança o recebimento de tais lucros ou dividendos pelo beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

Passando ao então vigente parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 9.249/95, cumpre destacar que ele determinava que “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”.

Em outras palavras, o referido dispositivo permite que haja aumento do custo de aquisição de quotas ou ações detidas pela pessoa físicas mediante aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir de janeiro de 1996.

Tal dispositivo vem a facilitar o aumento do custo de aquisição das quotas ou ações por incorporação de lucros, sem que haja necessidade de pagamento dos dividendos para que as pessoas físicas integralizem o montante relativo aos dividendos recebidos em aumento de capital da pessoa jurídica que lhes pagou os referidos dividendos.

Ocorre que no caso concreto não houve aumento de capital por incorporação dos lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, tal qual previsto no parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 9.249/95, mas houve crédito do lucro ou dividendo nos termos do caput do parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 9.249/95, que prevê a isenção dos lucros ou dividendos “pagos ou creditados”.

Assim, houve deliberação e aprovação da distribuição dos lucros ou dividendos, ainda que eles não tenham sido efetivamente pagos, mas eles foram creditados aos acionistas.

Logo, não há que se falar em cumulativo (i) recebimento dos dividendos lucros nos termos do artigo 10 da Lei nº 9.249/95 e (ii) capitalização dos lucros nos termos do parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 9.249/95.

A deliberação e aprovação dos lucros ou dividendos pelos sócios fazem com que aqueles lucros apurados sejam realocados do Patrimônio Líquido para o Passivo, uma vez que se constituem em Obrigações líquidas e certas a serem pagas aos sócios.

Nessa linha, como passo subsequente, os sócios e acionistas das empresas envolvidas decidem converter o Ativo (Dividendos a Receber, que integram os Bens e Direitos daquelas pessoas físicas em contrapartida aos Rendimentos Isentos de tais dividendos creditados) que eles detêm contra a sociedade, integralizando-o ao capital social de tais empresas.

Sob a ótica das pessoas jurídicas, elas tiveram a conversão de um Passivo (Dividendos a Pagar, já deliberados e aprovados, portanto, uma obrigação líquida e certa) em Capital Social.

Nesse sentido, houve para as pessoas físicas tanto rendimentos isentos decorrentes do crédito de Dividendos a Receber quanto uma subsequente integralização de capital mediante entrega do Ativo “Dividendos a Receber” ao capital social das pessoas jurídicas que anteriormente haviam creditado tais dividendos, sendo que a entrega de tal Ativo “líquido e certo” configura causa sim de aumento do custo de aquisição das ações e quotas.

A título ilustrativo, ninguém duvidaria de que a conversão de um empréstimo bancário ao capital social de uma pessoa jurídica configuraria custo de aquisição para a instituição financeira que decidiu realizar tal conversão e trocou o Ativo “Empréstimo a Receber” pelo Ativo “Investimento na Pessoa Jurídica”.

Vale lembrar ainda que toda a capitalização de tais créditos de Dividendos a Receber (sob a ótica dos sócios e acionistas pessoas física) está fartamente documentada conforme pode ser observada nas próprias atas de Assembleias e Reuniões apresentadas no próprio vendedor.

Também entendo não ser relevante analisar o caso à luz das regras contábeis aplicáveis a grupos de sociedades. Em que pese haja um farto regramento contábil para as demonstrações consolidadas, nas quais inclusive são retirados os efeitos de muitas transações efetivas realizadas entre partes relacionadas, não há dúvida de que as normas tributárias relativas ao imposto de renda adotaram a tributação com base nas demonstrações individuais.

Houve até tentativa de tributação em conjunto das sociedades de um grupo no artigo 30 do Decreto-Lei nº 1.598/77, no entanto, o referido dispositivo foi revogado expressamente pelo Decreto-Lei nº 1.648/77 sem que tivesse entrado sequer em vigência.

Diante de tal cenário, entendo que o contribuinte não infringiu nenhuma lei tributária ao praticar os atos que foram objeto do presente auto de infração, mas apenas se valeu de lacunas existentes nas normas brasileiras que tratam da integração entre a tributação do imposto de renda da pessoa jurídica e o imposto de renda da pessoa física.

#### DA MULTA QUALIFICADA

No caso em tela, entendo que o Recorrente agiu de acordo com a lei, não praticando nenhum ato contrário à lei.

Todavia, caso seja entendido que os atos por ele praticados deverão ser revistos com arbitramento do custo de aquisição, cumpre notar, no tangente à multa qualificada, sua imposição é dependente da existência, por parte do contribuinte, do dolo de praticar a sonegação ou a fraude, nos termos dos arts. 71 a 73 da Lei 4.502, de 1964, em face da remissão efetuada pelo art. 44 da Lei 9.430, de 1996:

*Lei 9.430, de 1996*

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004)*

*(...)*

*II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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.*

*Lei 4.502, de 1964*

*Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*

*I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*

*II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.*

*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.*

*Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.*

Ora, independentemente da configuração, ou não, de simulação na cadeia de operações de compra e venda do **Banco Pactual** à UBS AG, o contribuinte, detendo tão somente 2,75% das ações do **Banco Pactual**, não poderia influenciar o modo como foi procedido o negócio. Se dolo houve, a justificar a imposição de multa qualificada, foi por parte de quem detinha o controle do **Banco Pactual**, e não por parte dos acionistas minoritários, que não podem decidir como se fará o negócio.

Por esses motivos, entendo que a multa deve ser desqualificada, reduzida ao percentual de 75%.

#### DA INCIDÊNCIA DOS JUROS SOBRE A MULTA

Por fim, a Lei nº 9.430/97, em seu artigo 61 passou a dispor que sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Receita Federal, incidirão juros de mora à taxa SELIC, veja:

*Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*

*(.) § 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.*

Partindo do disposto no referido artigo, a discussão centrou-se na interpretação da expressão "débitos decorrentes de tributos e contribuições", sendo que a multa de ofício não é débito decorrente de tributos e contribuições, decorrendo, nos exatos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96, da punição aplicada pela fiscalização às seguintes condutas: "a) falta de pagamento ou recolhimento dos tributos e contribuições, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória; e b) falta de declaração e nos de declaração inexata."

Dessa forma, a regra veiculada pelo art. 61 da Lei n.º 9.430/96 refere-se à incidência de acréscimos moratórios sobre 'débitos decorrentes de tributos e contribuições', sendo certo que a penalidade pecuniária não decorre de tributo ou contribuição, mas do descumprimento do dever legal de declará-lo e/ou pagá-lo, de onde se extrai a conclusão de ser inaplicável os juros de mora a taxa Selic sobre a multa de ofício.

### Conclusão

Voto, portanto, por conhecer do Recurso Voluntário para negar a prejudicial de decadência e dar total provimento ao mérito

*(assinado digitalmente)*  
Alexandre Evaristo Pinto

### Voto Vencedor

Conselheiro João Bellini Júnior, redator

Ouso divergir do respeitado conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, pelas razões, já bastante trabalhadas em meus votos anteriores e que passo a expor.

DO LANÇAMENTO

A matéria não é nova neste CARF. Vários foram os julgados que analisaram as operações que culminaram na alienação de participações societárias do **Banco Pactual** à UBS. Cito, como exemplo, os acórdãos 2102-01.938, 2202-002.164, 2202-002.165, 2202-002.166, 2202-002.167, 2202-002.258, 2202-002.260, 2202-002.262, 2202-002.263, 2202-002.428 e 2802-003.285. Desses, apenas o primeiro dos acórdãos (referido pelo recorrente em seu recurso) considerou totalmente indevido o lançamento; os demais deram parcial provimento ao recurso voluntário apenas para cancelar a qualificadora da multa.

Em 27/01/2016, a Câmara Superior de Recursos Fiscais julgou o processo 19515.720168/2011-24, emitindo o Acórdão nº 9202-003.698 (Relator Luiz Eduardo de Oliveira Santos), que decidiu, nesta questão (omissão de ganho de capital), negar provimento ao recurso especial do contribuinte. O acórdão recebeu as seguinte ementas:

*JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o*

*pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre a qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.*

**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 incorporação reversa e nova capitalização, em inobservância da correta interpretação a ser dada ao art. 135 do Decreto no 3.000, de 1999, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado.*

**EXCLUSÃO DE MULTA E JUROS DE MORA POR APLICAÇÃO DE NORMA INFRALEGAL. INOCORRÊNCIA.**

*Somente é cabível a exclusão da imposição de penalidades e da cobrança de juros de mora quando há comprovada aplicação do disposto em normas complementares às leis.*

*Hipótese em que a alegada observância da Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, não tem o condão de afastar essa imposição, porque tal normativo não trata especificamente do caso discutido nos autos e, conseqüentemente, não pode dar suporte à interpretação do art. 135 do RIR/99 defendida pela autuada.*

*Recurso Especial do Contribuinte negado*

*Recurso Especial do Procurador provido (Grifou-se.)*

A jurisprudência da CSRF foi reafirmada em outros acórdãos, quais sejam:

ACÓRDÃO	DATA	RELATOR/REDATOR
9202-003.699	27/01/2016	LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
9202-003.700	27/01/2016	LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
9202-003.701	27/01/2016	MARIA HELENA COTTA CARDOZO
9202-003.767	12/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.768	12/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.764	13/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.766	13/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.765	13/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.821	13/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.959	28/06/2016	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado.
9202-003.960	04/08/2016	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado.
9202-003.961	04/08/2016	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado.
9202-005.239	22/02/2017	RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI
9202-005.237	22/02/2017	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado
9202-005.236	22/02/2017	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado
9202-005.235	22/02/2017	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado
9202-005.235	22/02/2017	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado
9202-005.240	22/02/2017	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Esta 1ª Turma da 3ª Câmara também já analisou a questão diversas vezes, nos acórdãos 2301-004.475, 2301-004.476, 2301-004.477, 2301-004.478, 2301-004.479, 2301-004.480, 2301-004.481, 2301-004.482 e 2301-004.483, decidindo, por unanimidade, tão-somente cancelar a qualificadora da multa. Cito como exemplo:

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF*

*Ano-calendário: 2006, 2009*

*OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. LUCROS SOCIETÁRIOS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM HOLDINGS. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO EM DESCOMPASSO COM O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 10 DA LEI 9.249, de 1995 (ART. 135 DO RIR 99).*

*A capitalização de lucros societários, não tributados, sem substrato econômico e meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial em holdings puras, seguidas de correspondentes incorporações reversas, não ampara a aplicação do parágrafo único do art. 10 da Lei 9.249, de 1995 (art. 135 do RIR 99), para fins de majoração do custo da aquisição de ações a serem alienadas e conseqüente apuração de ganho de capital. O lucro que é tributado, e, por decorrência, pode ser objeto de benefícios fiscais, como isenção ou majoração do custo de aquisição de ações é o lucro fiscal, e não o lucro societário.*

*MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. SUJEITO PASSIVO SEM CONTROLE DOS ATOS QUE DERAM ORIGEM À ATUAÇÃO.*

*Não tendo o sujeito passivo poder para determinar ou impedir os atos que deram origem ao auto de infração, descabe a aplicação da multa qualificada.*

*JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.*

*A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre a qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic. (Ac. 2301-004.476, relator João Bellini Júnior)*

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF*

*Ano-calendário: 2006, 2009*

*GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. LUCROS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM HOLDINGS. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.*

*O fato de cada uma das transações dentro do grupo societário, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando restar comprovada que o aumento do custo das ações de acionistas pessoas físicas se deu através de planejamento tributário que capitalizou dividendos em duplicidade, pois são meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial nas holdings, seguidas de correspondentes incorporações reversas, com o fim de majoração do custo da aquisição de ações a serem alienadas e conseqüente apuração de ganho de capital, por configurar conduta abusiva e dissociada dos fins visados pela legislação pertinente.*

*PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO.*

*No 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.*

*JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO APLICABILIDADE*

*O art. 161 do Código Tributário Nacional CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o "crédito" a que se refere o caput do artigo. É legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC. (Ac. 2301-004.480, relatora Alice Grecchi)*

Feitas essas breves considerações, passo à análise do caso concreto.

SÍNTESE DOS FATOS

O contribuinte possuía ações da **Nova Pactual**, holding que detinha 78,17% de participação societária na **PSA**, a qual era detentora de 99,9991% das ações do **Banco Pactual** (o restante pertencia à **Pactual Holdings**). A sociedade Pactual Holdings S.A. detinha os restantes 21,83% de participação societária na **PSA**, e o recorrente não era seu acionista.

Pelo contrato de compra e venda celebrado entre o **Banco Pactual** e a UBS, ficou acertado que a compra e venda se daria diretamente entre as pessoas físicas, sócios e/ou acionistas das sociedades controladoras do **Banco Pactual** e a UBS.

Para tanto, foi promovida uma série de reestruturações societárias, nas quais a sociedade controlada incorporou a sociedade controladora (operação nominada de “incorporação reversa” ou “incorporação às avessas”).

Previamente a cada incorporação reversa ocorreu, na incorporada/controladora, aumento de capital social, por meio da capitalização de créditos que os sócios detinham perante a sociedade, decorrentes do direito a receber dividendos.

Em 2006, o recorrente alienou suas ações do **Banco Pactual**, apurando ganho de capital nos anos-calendário em que recebeu pagamentos atinentes à operação: 2006 e 2009.

Como relatado, o recorrente declarou ter, cumulativamente: **(a) recebido rendimentos isentos correspondentes aos lucros/dividendos da Nova Pactual e da PSA e (b) utilizado valor correspondente a tais lucros/dividendos para aumentar o capital social dessas sociedades**, diminuindo o ganho de capital incidente na venda de sua participação social. Como decorrência, sua variação patrimonial, em 2006, espelha a dupla utilização dos lucros:

#### OUTRAS INFORMAÇÕES

Rendimentos isentos e não-tributáveis	18.186.339,00
Rendimentos sujeitos à tributação exclusiva/definitiva	6.834.012,42
Bens e direitos em 31/12/2005	2.039.962,67
Bens e direitos em 31/12/2006	27.971.998,43

A questão controversa é o valor do custo de aquisição das ações vendidas. De acordo com o autuado, como visto, o custo de aquisição é de R\$19.433.752,97; pelo lançamento, que glosou a referida capitalização por ter sido duplamente utilizada, o valor é R\$6.412.601,55.

#### ENTENDIMENTO DA CSRF

Transcrevo, assumindo como razões de decidir, as razões do conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, relator, na CSRF, do Acórdão nº 9202-003.698, julgado em 27/01/2016:

##### **a.I - Delimitação do Problema**

*Vejam aqui o dispositivo central da discussão: o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro 1995, base legal do art. 135 do Decreto nº 3.000, de 1999, expressamente referido no auto de infração, in verbis:*

Art. 10. ...

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.

*Com base nesse dispositivo, o aumento de capital, realizado por uma pessoa jurídica, por incorporação de lucros, implica o aumento proporcional do custo de aquisição da participação societária de seus proprietários.*

*Para exemplificar essa determinação, considere uma participação societária correspondente a 100% do capital de uma pessoa jurídica (detida por dois sócios, pessoas físicas),*

*adquirida por R\$ 1.000,00. Considere, também, que essa pessoa jurídica, em seguida, tenha auferido um lucro de R\$ 100,00 e o tenha capitalizado. Considere, por fim, que os sócios tenham alienado essa participação societária a terceiros por R\$ 1.500,00.*

*Nesse caso, em que pese os sócios terem adquirido a participação societária por R\$ 1.000,00 e, posteriormente, a alienado por R\$ 1.500,00, o ganho de capital apurado não seria de R\$ 500,00, mas apenas de R\$ 400,00. Isso porque os lucros de R\$ 100,00, capitalizados, têm o condão de aumentar o custo de aquisição da participação societária e, conseqüentemente, de diminuir o ganho de capital.*

*Dessa forma, de uma maneira simples e apressada, poder-se-ia concluir que qualquer capitalização de lucros implicaria um aumento do custo da correspondente participação societária. Ocorre que essa interpretação, no entender deste conselheiro, é literal e, considerando exclusivamente o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, gera incoerências no sistema jurídico e disfuncionalidades na tributação de operações.*

*Para ilustrar a questão, vejamos uma situação, em tudo semelhante à anterior, porém em que os sócios tenham decidido criar uma holding controladora da pessoa jurídica operacional, que por sua vez, passaria a ser subsidiária integral da holding. Nesse caso:*

*- inicialmente, teríamos os sócios, como proprietários da Holding, e esta reconhecendo em seu ativo uma participação societária na pessoa jurídica operacional, avaliada em R\$ 1.000,00 por equivalência patrimonial;*

*- em seguida, com a pessoa jurídica operacional auferindo lucros de R\$ 100,00, a Holding (por equivalência patrimonial) iria refletir esse lucro no valor de sua participação societária, o que resultaria no reconhecimento de lucros, também no valor de R\$ 100,00;*

*- prosseguindo, a holding capitalizaria o lucro por ela reconhecido por equivalência patrimonial e, conseqüentemente, os proprietários atualizariam o valor da participação societária, para R\$ 1.100,00;*

*- em momento posterior, a pessoa jurídica operacional incorporaria a holding, mantendo porém os lucros, de R\$ 100,00, em seu patrimônio líquido e, somente então, capitalizaria esses lucros, permitindo que os proprietários atualizassem, mais uma vez, o valor da participação societária, agora para R\$ 1.200,00;*

*- por fim, com os proprietários alienando sua participação societária por R\$ 1.500,00, seria apurado um ganho de capital de apenas R\$ 300,00.*

*Repare que, em que pese os sócios terem adquirido a participação societária por R\$ 1.000,00 e, posteriormente, alienado essa participação societária por R\$ 1.500,00, o ganho de capital apurado não foi de R\$ 500,00, nem de R\$ 400,00, mas*

*de apenas R\$ 300,00. Isso ocorreu porque os lucros de R\$ 100,00, reconhecidos na Holding por equivalência patrimonial foram capitalizados, aumentando o custo de aquisição da participação societária e, posteriormente, os mesmos lucros de R\$ 100,00, auferidos pela pessoa jurídica operacional, em função de suas atividades, também foram capitalizados, aumentando mais uma vez o custo de aquisição da participação societária.*

*Consequentemente, vemos aqui o ganho de capital reduzido duas vezes.*

*Ora, essa situação é - em essência - igual à anterior: (a) uma participação societária adquirida por mil reais, (b) a correspondente empresa - operacional - que auferiu 100 de lucro e (c) a venda dessa participação societária por mil e 500 reais. Mas apenas pela interposição de uma holding na estrutura societária do grupo econômico, o ganho de capital ficaria reduzido. E o pior, se - ao invés de uma holding - existissem duas ou mais, o ganho de capital seria mais reduzido ainda.*

*Portanto, essa aplicação direta do parágrafo único a qualquer incorporação de lucros leva à inerente conclusão de que, em se existindo várias holdings interpostas entre os proprietários e a pessoa jurídica, o ganho de capital pode ficar artificialmente reduzido, até a zero ou ainda a valores negativos.*

*E adicionalmente, com essa interpretação, a capitalização de lucros apenas nas Holdings, além de permitir que o ganho de capital fosse reduzido, permitiria que o lucro registrado na pessoa jurídica fosse, posteriormente, distribuído isento, aos proprietários ou então aos futuros adquirentes.*

*O que se discute aqui é o efeito da aplicação da legislação tributária em situações como essa, de capitalização de lucros em uma pessoa jurídica que detenha participação em outras pessoas jurídicas, para fins de cálculo do custo das ações ou cotas dessa primeira pessoa jurídica.*

*Delimitados os problemas a serem enfrentados, passo agora à análise da legislação de regência.*

#### ***a.II - Interpretação da Legislação***

*Com efeito, a capitalização de lucros nada mais é do que uma operação que substitui o seguinte procedimento: (i) a distribuição do lucro, pela pessoa jurídica a seus proprietários, (ii) o imediato aumento de capital da pessoa jurídica, no valor do lucro distribuído e (iii) a subscrição e integralização do aumento de capital, por esses mesmos proprietários, com os recursos antes recebidos a título de distribuição de lucro.*

*Por outro lado, o método da equivalência patrimonial tem por objetivo refletir no patrimônio de uma pessoa jurídica controladora (ou coligada) de outra, o patrimônio e consequentemente o resultado da investida. Com efeito, ele serve*

*para refletir a situação da investida no patrimônio da investidora.*

*Esclarecendo a questão, Modesto Carvalhosa, em Comentário à Lei de Sociedades Anônimas (Saraiva - São Paulo, 1998) ensina que:*

- de início todos os investimentos (inclusive de empresas controladas) eram registrados pelo custo e os respectivos lucros somente eram reconhecidos quando da distribuição de lucros ou dividendos, já no caso de prejuízos, no máximo era aceito o reconhecimento de uma provisão para perdas no investimento;*
- com influência anglo-saxã, surgiu a figura da consolidação de balanços e, conseqüentemente, de reconhecimento do lucro de pessoas jurídicas controladas no patrimônio da controladora;*
- estendendo-se esse raciocínio a todos os investimentos relevantes, surgiu a equivalência patrimonial, para dar o mesmo efeito da consolidação, trazendo-se para uma linha do ativo da investidora, uma parte do patrimônio (e do resultado) da investida.*

*Nesse mesmo sentido, no dizer de Eliseu Martins, em Iniciação à Equivalência Patrimonial Considerando Algumas Regras Novas da CVM (IOB - São Paulo -1997) o Método da Equivalência Patrimonial é a consolidação de patrimônios em uma linha. A propósito, lembramos que, no procedimento de consolidação, para apresentação da efetiva situação patrimonial, os lucros refletidos por equivalência patrimonial no patrimônio das investidoras devem ser eliminados.*

*Realizaremos, agora, a análise jurídica da legislação, sem perder de vista essas características ontológicas (a) da operação de capitalização de lucros e (b) do método da equivalência patrimonial.*

*Para fins de contextualização histórica da questão, cumpre referir que, nos termos da legislação anteriormente vigente, a capitalização de lucros, assim como a distribuição de ações bonificadas, não tinha qualquer efeito na determinação do custo de aquisição da participação societária dos proprietários da pessoa jurídica. Com efeito, naquele período:*

- o lucro distribuído era passível de tributação; e*
- conseqüentemente, o custo de aquisição das participações societárias não era alterado quando da capitalização de lucros pela pessoa jurídica, inclusive no caso de distribuição de ações bonificadas, cujo valor de aquisição devia ser considerado como igual a zero.*

*Nesse sentido, cabe referência aos arts. 727 e 810 do Decreto 1.041, de 1994.*

*(a) Art. 727 - lucros distribuídos até 1988 eram tributados:*

*Art. 727. Os dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, apurados em balanço de período-base encerrado até 31 de dezembro de 1988, pagos por pessoa*

jurídica, inclusive sociedade em conta de participação, a pessoa física residente ou domiciliada no País, estão sujeitos à incidência de imposto exclusivamente na fonte, à alíquota de (Decretos-Leis nºs 1.790/80, art. 1º, 2.065/83, art. 1º, I, a, e 2.303/86, art. 7º parágrafo único):

*(b) Art. 810 - o custo de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucro era igual a zero:*

Art. 810. O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital ...

§ 2º O custo é considerado igual a zero (Lei nº 7.713/88, art. 16, § 4º):

a) no caso de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros ou reservas, apurados até 31 de dezembro de 1988;

*Repara-se aqui a coerência dos dispositivos acima referidos. Como, na época, a distribuição de lucros era tributada, a capitalização do lucro não alterava o custo de aquisição da participação societária. Assim, quando a participação societária fosse alienada, o valor do lucro capitalizado seria alcançado pelo ganho de capital.*

*Ora, a partir de 1996, temos uma clara mudança de tratamento na distribuição de lucro, que passou a não ser tributada, nem na fonte, nem na declaração de ajuste, nos termos do disposto no art. 10, da Lei nº 9.249, de 1995. Assim:*

*- o lucro distribuído deixou de ser tributado; e*

*- consequentemente, o custo de aquisição das participações societárias passou a ser alterado quando da capitalização de lucros distribuíveis pela pessoa jurídica, inclusive no caso de distribuição de ações bonificadas, cujo valor de aquisição devia ser considerado igual ao desse lucro capitalizado.*

*A seguir, encontra-se reproduzido o caput do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, e seu respectivo parágrafo.*

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.

*Repara-se, da mesma forma que no sistema vigente anteriormente, a coerência dos dispositivos acima referidos. Como a distribuição de lucros deixou de ser tributada, a capitalização do lucro distribuível passou a alterar o custo de aquisição da participação societária. Assim, quando a participação societária fosse alienada, o valor do lucro (distribuível isento e capitalizado) não seria alcançado pelo ganho de capital.*

*Portanto, conhecendo a razão histórica do surgimento da legislação, (que foi a alteração de tributação para não-tributação da distribuição de lucros), para compreensão da legislação, (a) afastamos a aplicação da interpretação literal e (b) entendemos como mandatória a aplicação da interpretação histórico/teleológica (acima discutida) e, sobretudo, da interpretação sistemática dos dispositivos relativos ao método da equivalência patrimonial, à distribuição e à capitalização de lucros. Ressalte-se aqui que todos esses métodos de interpretação convergem.*

*Especificamente quanto à interpretação sistemática é muito fácil perceber que não se deve considerar somente a leitura do parágrafo, mas também (e sobretudo) a leitura do caput do próprio artigo 10 da Lei nº 9.249, de 1995. Aliás, essa é uma regra hermenêutica básica, o parágrafo deve sempre se referir ao caput, sendo que sua consideração em separado gera problemas de contexto e, o que é pior, gera a famosa falácia de ênfase em que, se acentuando um aspecto da realidade, acaba-se por negar a própria realidade. Ora, no caput, é referido que os lucros ou dividendos pagos ou creditados é que não estarão sujeitos à incidência do imposto de renda. Portanto, interpretando o parágrafo nos limites do que dispõe o caput, concluímos facilmente que a capitalização de lucros que tem o condão de alterar o custo de aquisição de participações societárias é aquela referente a lucros passíveis de efetiva distribuição aos sócios ou acionistas sem tributação.*

*Por seu turno, conforme já colocado no início desse voto, temos que o método da equivalência patrimonial teve por objetivo o reconhecimento de lucros de investidas, mesmo antes de sua distribuição.*

*Não se está aqui negando a existência de um lucro decorrente do ajuste de equivalência patrimonial, mas não podemos deixar de levar em conta o fato de o lucro não é efetivamente distribuído mais de uma vez. Com efeito, o lucro decorrente do ajuste por equivalência patrimonial, é somente o reflexo do lucro auferido pela pessoa jurídica operacional (investida), esse último sim, passível de efetiva distribuição.*

*Comprovando a conclusão acima, sabemos que a distribuição de lucro, registrado em decorrência do ajuste de equivalência patrimonial implica a necessidade de contratação de empréstimos ou distribuição de recursos aportados a título de capital.*

*Pois bem, devemos nos lembrar de que a própria operação de capitalização de lucros foi concebida como um atalho para*

*substituição do complexo procedimento de (i) a distribuição do lucro, pela pessoa jurídica a seus proprietários, (ii) o imediato aumento de capital da pessoa jurídica, no valor do lucro distribuído e (iii) a subscrição e integralização do aumento de capital, por esses mesmos proprietários, com os recursos antes recebidos a título de distribuição de lucro.*

*Agora, a partir do que se encontra acima colocado, é possível chegarmos a uma conclusão quanto ao procedimento de aplicação da legislação, no tocante à atualização do custo da participação societária, em função da capitalização de lucros pela pessoa jurídica.*

***Considerando que a efetiva distribuição de lucros deve se dar a partir da pessoa jurídica operacional, essa distribuição, seguida de subscrição de aumento de capital nas empresas componentes de um grupo econômico (a pessoa jurídica operacional e suas holdings) deve ter por efeito patrimonial o aumento de capital em toda a cadeia de entidades relacionadas societariamente. Por óbvio não é possível distribuir mais de uma vez o mesmo lucro (o lucro e seus reflexos por equivalência patrimonial), portanto também não deve ser aceitável, pelo menos para fins fiscais, capitalizá-lo mais de uma vez.***

*A conclusão acima é inevitável, porque:*

- as disponibilidades passíveis de distribuição estão no patrimônio da pessoa jurídica operacional, que somente pode distribuir o lucro para sua proprietária direta, a holding;*
- já, a holding, somente pode distribuir o lucro aos acionistas, pessoas físicas, após o recebimento dos recursos da pessoa jurídica operacional;*
- os acionistas, por sua vez, somente podem aumentar capital na holding, em que possuem participação direta; e*
- por fim, a holding, com os recursos recebidos, poderá aumentar capital da pessoa jurídica operacional.*

*Ora, conseqüentemente, somente haverá capitalização de lucros efetivamente distribuíveis caso todas as pessoas jurídicas da cadeia societária (holdings e empresa operacional) realizem a capitalização. Ao contrário, caso ocorra apenas a capitalização dos lucros de holdings, o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, não incide, devendo ser mantido o valor da participação societária pelos proprietários, até mesmo porque os efetivos lucros da pessoa jurídica operacional ainda poderão ser distribuídos sem tributação (para os próprios sócios) ou para futuros adquirentes.*

*E, ainda, quando houver holdings mistas, com operações próprias, a capitalização de seus lucros, sem que tenha ocorrido a correspondente capitalização dos lucros das investidas, somente poderá ter efeito parcial na atualização do custo da*

*participação societária de seus sócios. Isso é facilmente calculado com base na memória de cálculo abaixo:*

<i>( ) Lucro Existente no Patrimônio Líquido da Holding</i>
<i>(-) Lucro/Reservas Existentes na Investida (*) % de participação</i>
<i>(=) Lucro passível de distribuição pela Holding</i>
<i>(/) Lucro Existente no Patrimônio Líquido da Holding</i>
<i>(=) Percentual aceitável para aumento do custo da participação</i>
<i>(*) Valor do aumento de custo considerando o total do lucro capitalizado pela Holding</i>
<i>(=) Valor aceitável para aumento do custo</i>

*Repara-se que a memória de cálculo acima é simples, utilizando somente as quatro operações matemáticas e os dados constantes dos balancetes da holding e da correspondente investida, na data da capitalização de lucros. Ela atende a aplicação do disposto no Art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, tanto no caso de holdings mistas (com operações próprias), como no caso de distribuição diferenciada de lucros (em percentual diferente daquele da participação societária do acionista).*

### ***a.III - Aplicação da Legislação ao Caso dos Autos***

*Verifico que, no caso dos autos, somente houve capitalização de lucros nas holdings, tendo sido mantido sem capitalização todo o lucro da pessoa jurídica operacional.*

*Com efeito, no caso dos autos:*

*- ocorreram duas capitalizações seguidas de lucros, ambos reconhecidos em decorrência da aplicação do método de equivalência patrimonial às participações societárias de duas holdings (a NOVA PACTUAL e a PACTUAL) e não houve a capitalização dos lucros auferidos pela pessoa jurídica operacional (o BANCO PACTUAL);*

*- somente houve glosa da atualização do custo de participação societária, para uma das capitalizações de lucro, mais especificamente, para a capitalização ocorrida em NOVA PACTUAL em 13.10.2006, no valor de R\$ 30.233.762,00.*

*Portanto, a autoridade autuante entendeu indevida apenas a atualização de custo da participação em decorrência de uma das capitalizações de lucro, em razão da aplicação a ela, pelo autuado, do disposto no art. 135 do Decreto no 3.000, de 26 de março de 1999.*

*Porém, de acordo com a interpretação já apresentada por este conselheiro, entende-se que ambas deveriam ter sido glosadas. Isso porque o lucro da pessoa jurídica operacional (ou seja, o lucro efetivamente auferido pelo BANCO PACTUAL) continuou mantido em seu patrimônio líquido, após as incorporações reversas, e conseqüentemente permaneceu passível de distribuição isenta aos adquirentes, ou terceiros (até mesmos os próprios alienantes), conforme acordo entre as partes.*

*De fato, os alienantes venderam aos adquirentes do Banco o direito de receber os lucros isentos de tributação ou de repasse desse valor a terceiros.*

*Ora, como, (a) em primeiro lugar, a capitalização de lucros que tem o condão de alterar o custo da participação societária é somente aquela relativa aos lucros efetivamente distribuíveis isentos de tributação e como, (b) em segundo lugar, a distribuição de lucros com isenção de tributação foi, no caso, efetivamente transferida (aos adquirentes do banco, ou terceiros por eles determinados), (c) podemos concluir que as capitalizações de lucros realizadas não podem ter qualquer efeito no custo da participação alienada.*

*Portanto, como não foram glosados os dois aumentos de custo, que - no entender deste conselheiro - seria indevidos, resta desnecessária a aplicação da memória de cálculo de segregação de eventuais operações próprias das Holdings, que são apenas residuais, conforme afirmado por ambas as partes e assim, não teriam o condão de reduzir o valor lançado. Pelo contrário, caso fosse aplicado o procedimento de cálculo defendido por este conselheiro, o valor do tributo devido seria maior do que o originalmente lançado.*

*Por conta das discussões travadas em plenário sobre o tema, penso ser necessário aqui fazer um esclarecimento quanto à dúvidas sobre a eventual ocorrência de alteração do critério jurídico do lançamento por esta decisão.*

*Tenho plena convicção de que não se está aqui alterando critério jurídico, porque no lançamento e na respectiva impugnação encontram-se claramente fixados os limites da lide e não foram alterados. Com efeito, o fato e a acusação em debate estão perfeitamente descritos no termo de verificação fiscal e, na decisão, é precisamente esse fato que se analisa:*

- i. o fato é a alienação de participações societárias,*
- ii. a acusação é de insuficiência do recolhimento do tributo por erro na apuração do ganho de capital, por se entender que a capitalização de lucros refletidos em sociedades investidoras, pelo método da equivalência patrimonial, não teria o condão de alterar o custo da participação societária alienada.*
- iii. o que se apresenta aqui, sem qualquer inovação quanto ao fato analisado e a acusação originalmente feita, é o fundamento que este conselheiro entende ser suficiente para julgamento da acusação, em face das alegações do sujeito passivo.*

*Diferente seria o caso em que há uma acusação verificada insubsistente mas, por conta de outra infração, fosse mantido o tributo lançado, situação que não ocorre aqui.*

*Cumpre lembrar que o julgador não está vinculado ao fundamento das partes, somente não pode exarar uma decisão extra-petita, o que, conforme acima esclarecido, não ocorreu.*

*Finalmente, quanto ao pedido subsidiário da recorrente de não aplicação de penalidade e juros de mora, a partir do disposto no parágrafo único do art. 100 do Código Tributário Nacional e da observância à Instrução Normativa SRF no 84, de 11 de outubro de 2001, é de se ressaltar que, em nenhum momento, tal normativo dá suporte à interpretação do art. 135 do RIR/99 defendida pela autuada, a qual, na forma acima disposta, se entende aqui como totalmente equivocada. Assim, é de se manter a multa de ofício aplicada pela autoridade lançadora, bem como os juros de mora incidentes sobre o principal e sobre a multa de ofício, neste último caso em linha com o explicitado seguir, quando da análise do recurso especial de iniciativa da Fazenda Nacional.*

#### **a.i - Conclusão**

*Como a exigência original foi apenas de parte do valor que este conselheiro, nos termos da fundamentação deste voto, entende devido, e considerando a impossibilidade de reformatio in pejus voto por NEGAR provimento ao recurso especial de iniciativa do contribuinte, para manter o crédito tributário reconhecido como devido pela decisão a quo, inclusive a multa de ofício no patamar mantido pelo acórdão recorrido, bem como a incidência de juros de mora sobre o principal e sobre a mencionada multa.*

#### **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NORMA ISENTIVA DE LUCROS DA PESSOA FÍSICA**

Embora já abordada no Acórdão nº 9202-003.698, retrotranscrito, convém resgatar, em maiores detalhes, a evolução histórica da norma isentiva de lucros, para que fique clara a interpretação finalística e histórico-sistemática que fundamenta meu voto. Utilizo-me das palavras do conselheiro Ronnie Soares Anderson, relator do acórdão 2802-003.285:

*Previamente à edição desse diploma (art. 10 da Lei 9.249, de 1995), a regra era tributar os lucros e os dividendos exclusivamente na fonte ou oferecer tais rendimentos à incidência do imposto de renda na declaração de ajuste.*

*Com vistas a evitar que houvesse dupla tributação sobre os mesmos rendimentos, ou seja, para que os lucros fossem tributados tão somente quando de sua apuração pela pessoa jurídica, e não quando de sua distribuição para os beneficiários dos dividendos, adveio no ordenamento o dispositivo legal acima transcrito. O Ministro da Fazenda apresentou no item 12 do Projeto de Lei nº 913/05, que resultou na edição da Lei nº 9.249/95, a seguinte justificativa no que concerne ao art.10:*

**12. Com relação à tributação dos lucros e dividendos, estabelece-se a completa integração entre a pessoa física e a pessoa jurídica, tributando-se esses rendimentos exclusivamente na empresa e isentando-os quando do recebimento pelos beneficiários.** Além de simplificar os controles e inibir a evasão, esse procedimento estimula, em razão da equiparação de tratamento e das alíquotas aplicáveis, o investimento nas atividades produtivas.

*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 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. (Grifou-se.)*

#### DESTINAÇÃO DOS LUCROS: ISENÇÃO NA DISTRIBUIÇÃO E AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO NA CAPITALIZAÇÃO

A regra questionada, o art. 135 do RIR 99, tem seu fundamento legal no parágrafo único do art. 10 da Lei 9.249, de 1995, o qual deve ser lido em conjunto com o seu caput (art. 654 do RIR 99), para a adequada compreensão do contexto no qual tal disposição veio à baila. Reproduzo os artigos:

<i>Lei 9.249, de 1995</i>	<i>RIR 99</i>
<i>Art. 10. <u>Os lucros ou dividendos</u> calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, <u>pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado</u>, 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. (Grifou-se.)</i>	<i>Art. 654. <u>Os lucros ou dividendos</u> calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, <u>pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real</u>, não estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, nem integram a base de cálculo do imposto do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior (Lei nº 9.249, de 1995, art. 10). (Grifou-se.)</i>
<i>Parágrafo único. <u>No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros</u> apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, <u>o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado</u>, que corresponder ao sócio ou acionista. (Grifou-se.)</i>	<i>Art. 135. <u>No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros</u> apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, <u>o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado</u>, que corresponder ao sócio ou acionista (Lei nº 9.249, de 1995, art.10, parágrafo único). (Grifou-se.)</i>

Verifica-se a simetria entre os textos, sendo suas únicas diferenças:

(a) o art. 654 do RIR 99 não cita as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado e

(b) para o RIR 99, a regra do art. 135 se aplica a qualquer aumento de capital, e não somente ao aumento de capital por incorporação de lucros, como previsto no parágrafo único do art. 10 da Lei 9.249, de 1995.

Tais diferenças são irrelevantes no caso concreto, pois trata-se de caso envolvendo distribuição e capitalização de lucros de pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real e os aumentos de capital ocorreram por incorporação de lucros; ambas as hipóteses estão previstas tanto no art. 10 da Lei 9.249, de 1995 quanto nos arts. 654 e 135 do RIR 99.

Passando à análise da norma, friso ser evidente que não se pode interpretar a regulação da norma isentiva, procedida pelo RIR 99, arts. 654 e 135, em descompasso com a própria norma legal que lhe deu origem, carreada pelo art. 10 da Lei 9.249, de 1995.

O texto normativo versa sobre o tratamento tributário a ser dado aos lucros (ou dividendos), em razão de sua destinação; assim, os lucros podem, **alternativamente**:

(a) **ou serão distribuídos**; nesse caso, incide a regra isencional (art. 10 da Lei 9.249, de 1995 e art. 654 do RIR 99); da distribuição dos lucros decorre, necessariamente, a proporcional redução no patrimônio líquido da sociedade, o que irá gerar, por ocasião da alienação das ações, um maior ganho de capital;

(b) **ou serão incorporados ao capital social (capitalizados)**; nesse caso, incide a regra pela qual o custo de aquisição das quotas ou ações que couberem ao sócio/acionista será igual à parcela do lucros ou reserva capitalizado (art. 10, parágrafo único da Lei 9.249, de 1995 e art. 135 do RIR 99); do acréscimo no custo de aquisição das ações decorre, necessariamente, a redução do ganho de capital, por ocasião da alienação das ações. A redução no ganho de capital é consequência lógica do não exercício do direito de receber dividendos isentos de imposto de renda.

Se por um lado uma sociedade não pode distribuir lucros em montantes superiores à sua efetiva riqueza, também o sócio/acionista não pode aumentar o custo de aquisição de suas ações em valores superiores aos relativos ao incremento do patrimônio líquido da sociedade. E de modo algum pode, com base nos mesmos lucros efetivos (o que exclui, em sua conceituação, lucros sem representação econômica, reflexos, fictícios) cumulativamente, (a) capitalizar os lucros e (b) recebê-los, de modo a justificar rendimentos isentos.

#### INFORMAÇÕES PRESTADAS À FISCALIZAÇÃO:

Ora, como visto, não é possível distribuir e capitalizar os mesmos lucros. Uma vez distribuídos os lucros e utilizados para justificar acréscimo patrimonial pelo recebimento do rendimentos isentos, devem ser estornados os efeitos de sua incorporação ao capital social das respectivas sociedades.

No caso concreto, esse dupla utilização dos lucros serviu para fomentar um acréscimo no custo das ações alienadas pertencentes ao da ordem de 410%, enquanto que o aumento do patrimônio líquido do **Banco Pactual**, entidade que concentrava toda a riqueza efetiva do grupo, foi de 89%. Ou seja, tal procedimento levou a uma total discrepância entre a evolução da riqueza da instituição financeira alienada com o acréscimo patrimonial do custo das respectivas ações pertencentes aos seus acionistas.

Tal cópia utilização dos lucros não encontra suporte legal.

Tais razões, por si só, são suficientes para o desprovimento do recurso voluntário; porém, a seguir passo a analisar as operações do ponto de vista do grupo empresarial, demonstrando que os lucros e reservas só podem ter impacto no custo das ações e, portanto, na tributação da operação de alienação, quando corresponderem à efetiva riqueza gerada e acumulada pelo grupo societário. No caso em tela, tal riqueza encontrava-se concentrada no **Banco Pactual**.

#### DAS REGRAS CONTÁBEIS APLICÁVEIS A GRUPOS DE SOCIEDADES

Estabelecido o contexto no qual o art. 10 da Lei 9.249, de 1995, deve ser entendido e aplicado, passo a demonstrar que **a interpretação do recorrente não se ampara sequer nas regras contábeis que estabelecem a apuração dos resultados societários de grupo econômico**, pois está em desacordo com os pronunciamentos técnicos-contábeis emitidos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis, bem como com os Princípios de Contabilidade, aprovados pelo Conselho Federal de Contabilidade.

Como já referido, o **Banco Pactual** era controlado por uma holding, a **Pactual S.A (PSA)**, que, por sua vez, era controlada por outras duas holdings, a **Nova Pactual** e a **Pactual Holdings**..

Na definição de Houaiss, holding é uma “empresa que detém a posse majoritária de ações de outras empresas, ger. denominadas subsidiárias, centralizando o controle sobre elas. De modo geral a holding não produz bens e serviços, destinando-se apenas ao controle de suas subsidiárias.” (Dicionário Houaiss Eletrônico, versão monousuário 2009.3).

Essa definição é condizente com a afirmação do recorrente de que “Os objetivos das *holdings* eram exclusivamente os de organizar o exercício do controle do Banco (Pactual) e propiciar uma distribuição adequada de seus resultados” (item 3.3 do recurso voluntário) e de que “As *holdings* não tinham outra função que não as acima mencionadas e sua existência esteve sempre vinculada à participação do Grupo Pactual no BANCO” (item 3.4 do recurso voluntário).

**O esclarecimento de que as holdings não produzem bens e serviços demonstra a impossibilidade dessas, por si só, gerarem lucro econômico, material, distribuível e/ou capitalizável, passível de aumentar o custo de aquisição das cotas/ações de seus sócios/acionistas.**

Quanto ao **método da equivalência patrimonial**, esse nada mais é do que **modo de avaliação do investimento de determinada sociedade**. De acordo com Sérgio de Iudícibus, “o conceito básico do método da equivalência patrimonial é fundamentado no fato de que os resultados e quaisquer outras variações patrimoniais da investida sejam reconhecidos (contabilizados) na investidora no momento de sua geração na investida, independentemente de serem ou não distribuídos por esta” (Manual de contabilidade societária. Sérgio de Iudícibus et. al. São Paulo: Atlas, 2010, p. 170) (Grifou-se.)

Por esse critério, “as empresas reconhecem os seus resultados de seus investimentos nessas entidades no momento em que tais resultados são gerados naquelas

empresas, e não somente quando são distribuídos na forma de dividendos, como ocorre no método de custo”. (Idem, p. 170.)

Como já referido, o MEP é de uso obrigatório na avaliação de investimentos de controladas (art. 248 da Lei 6.404, de 1976). Desse modo, os resultados auferidos pelo **Banco Pactual** se refletiam em suas controladoras pela aplicação do método de equivalência patrimonial (MEP) (e não pelo método do custo), por força do disposto no art. 248 da Lei 6.404, de 1976, que possuía, à época dos fatos (2006), a seguinte redação:

*Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:*

*I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;*

*II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;*

*III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente, somente será registrada como resultado do exercício:*

*a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;*

*b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;*

*c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários. (Grifou-se.)*

Perceba-se que a regra societária é cristalina: o resultado em controladas **somente será registrado como resultado do exercício** (na controladora) **se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos.** Ora, no grupo Pactual o “ganho efetivo” era proporcionado somente pelo Banco Pactual; portanto, havia **vedação legal** para que seu resultado fosse refletido em toda a cadeia societária.

Isso porque as normas contábeis prestigiam o **Primazia da essência sobre a forma**. O que não observa a realidade é fictício, e deve ter seus efeitos expurgados da contabilidade, que deve refletir a realidade econômica das sociedades, e não deve refletir ficção econômica (lucros ou prejuízos fictícios). Passo a discorrer sobre o assunto.

As normas contábeis, outrora regidos pela Deliberação 29, de 1986, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), conjuntamente com os Princípios da Contabilidade, aprovados pelas Resoluções nº 750, de 1993, nº 774, de 1994 e nº 785, de 1995, do Conselho

Federal de Contabilidade (CFC), atualmente são elaboradas pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC).

O CPC adotou integralmente o documento do *International Accounting Standards Board* (IASB), denominado *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements* e emitiu seu Pronunciamento Conceitual Básico – Estrutura Conceitual para a Elaboração e Apresentação das Demonstrações Contábeis (CPC 00).

De acordo com Iudícibus (idem, p. 31) esse pronunciamento possui “maior aderência ao conceito da **Primazia da Essência Sobre a Forma**”, “bandeira essa levada praticamente ao extremo pelo IASB (...) representado no Brasil pelo Pronunciamento Técnico CPC 26 – Apresentação das Demonstrações Contábeis”. (Grifou-se.)

Convém ressaltar que, mesmo antes da entrada em vigor dos pronunciamentos técnicos do CPC, a Resolução nº 750, de 1993 do Conselho Federal de Contabilidade já previa a prevalência da essência sobre a forma (art. 1º, § 2º):

*Art. 1º Constituem PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE CONTABILIDADE (PFC) os enunciados por esta Resolução.*

*§1º A observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade é obrigatória no exercício da profissão e constitui condição de legitimidade das Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC).*

*§2º Na aplicação dos Princípios Fundamentais de Contabilidade há situações concretas e a essência das transações deve prevalecer sobre seus aspectos formais. (Grifou-se.)*

É disso que se trata. **Primazia da essência sobre a forma.** O lucro distribuível e capitalizável é o lucro já tributado, portanto econômico, com poder de compra, e não o lucro escritural, que existe somente em face da existência de holdings controladas e controladoras, mas que não produzem riqueza. **Pretender que lucro escritural, sem substrato econômico, não tributado previamente, seja distribuível e/ou capitalizável fere não somente o sentido finalístico e histórico-sistemático do art. 10 da Lei 9.249, de 1995, mas também as normas técnicas contábeis do CPC.**

No presente caso, é fato incontroverso, estamos diante de um grupo econômico: o próprio recorrente se refere ao “Grupo Pactual”. Os grupos econômicos são definidos pelo CPC 36 como constituído pela “controladora e todas as suas controladas” e isso, de acordo com Iudícibus (idem, p. 649) “independe de o grupo estar ou não constituído formalmente, nos termos do Capítulo XXI da Lei 6.404, de 1976”.

**Em grupos econômicos**, como no caso em apreço, a particularidade da situação de uma sociedade exercer controle sobre outra(s) faz com que **o balanço consolidado seja considerado mais fidedigno que cada balanço individual**. Em razão disso, há “países que exigem, e o IASB (*International Accounting Standards Board*), exige assim também, que **quando há investimento em controlada, o balanço individual nem seja apresentado, e sim diretamente o balanço consolidado, e a equivalência vai aparecer no consolidado apenas para os investimentos em não controladas**”. (Idem, p. 171.) (Grifou-se.)

Mais uma vez a busca pela primazia da realidade. Se uma sociedade produz lucro, como no caso em questão, as holdings controladoras serão lucrativas, mas o lucro é somente um, gerado pela sociedade geradora de riqueza. A questão é elementar: se o lucro escritural pudesse gerar efeitos de aumentar riqueza, bastaria criar mais e mais holdings controladoras, e viver da pujança do lucro infinito.

Como lembra Iudícibus, “efetivamente, a análise individual das diversas demonstrações contábeis faz perder a visão do conjunto, do desempenho global do grupo. **As inúmeras transações realizadas entre empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico necessitam ser eliminadas nas demonstrações consolidadas, obtendo-se, assim, apenas os valores apurados em função de operações efetuadas com terceiros alheios ao grupo**”. (Idem, p. 649.) Os investimentos em controladas devem ser consolidados. (Idem, p. 650). (Grifou-se.)

Ainda de acordo com o Professo Emérito da FEA/USP, mesmo nos casos em que a legislação brasileira ainda não obrigue a apresentação da consolidação das demonstrações contábeis em grupos econômicos, **tais “demonstrações contábeis consolidadas são as únicas que refletem a real posição financeira, a formação de seu resultado operacional e a origem e aplicações de seus recursos financeiros”**. (Idem, p. 651.) (Grifou-se.)

No entender de Iudícibus, **as demonstrações contábeis individuais da controladora, mais do que limitadas, “são muitas vezes enganosas, e não atendem ao objetivo primordial de bem informar da contabilidade nem atendem aos princípios fundamentais as contabilidade”**. (Idem, p. 652.) (Grifou-se.)

Por isso, “com a emissão do CPC 36, há um enorme avanço, porque todas as sociedades por ações, mesmo as fechadas, agora estão obrigadas à publicação das demonstrações consolidadas (...) quando tiverem investimentos em controladas. Até as limitadas, se divulgarem informações, terão que fazê-lo, já que esse Pronunciamento foi aprovado pelo Conselho Federal de Contabilidade, que tem poderes sobre os profissionais contábeis brasileiros”. (Idem, p. 652.)

Nesse sentido, o CPC 36 exige que os seguintes procedimentos sejam adotados:

*B86. Demonstrações consolidadas devem:*

*(a) combinar itens similares de ativos, passivos, patrimônio líquido, receitas, despesas e fluxos de caixa da controladora com os de suas controladas;*

*(b) compensar (eliminar) o valor contábil do investimento da controladora em cada controlada e a parcela da controladora no patrimônio líquido de cada controlada (o Pronunciamento Técnico CPC 15 explica como contabilizar qualquer ágio correspondente);*

*(c) eliminar integralmente ativos e passivos, patrimônio líquido, receitas, despesas e fluxos de caixa intragrupo relacionados a transações entre entidades do grupo (resultados decorrentes de transações intragrupo que sejam reconhecidos em ativos, tais como estoques e ativos fixos, são eliminados integralmente). Os prejuízos intragrupo podem indicar uma redução no valor recuperável de ativos, que exige o seu reconhecimento nas*

*demonstrações consolidadas. O Pronunciamento Técnico CPC 32 – Tributos sobre o Lucro se aplica a diferenças temporárias, que surgem da eliminação de lucros e prejuízos resultantes de transações intragrupo. (Grifou-se.)*

**É de se registrar que os lucros ou dividendos recebidos pela controladora não constituem receita, mas sim redução do da conta do investimento:**

*Como o investimento em controlada é avaliado pelo método da equivalência patrimonial, os dividendos recebidos não estarão contabilizados em receita, mas sim como redução da conta do investimento, e, portanto, não haverá eliminação a fazer na Demonstração do Resultado do Exercício. (Idem, p. 659.) (Grifou-se.)*

Do mesmo modo, o Pronunciamento Técnico CPC 18 (R2), o qual regulamenta “Investimento em Coligada, em Controlada e em Empreendimento Controlado em Conjunto Correlação às Normas Internacionais de Contabilidade – IAS 28 (IASB – BV 2012)”, determina que, avaliados pelo MEP, o investimento em controlada (neste caso, no balanço individual) deve ser inicialmente reconhecido pelo custo e o seu valor contábil será aumentado ou diminuído pelo reconhecimento da participação do investidor nos lucros ou prejuízos do período, gerados pela investida após a aquisição. A participação do investidor no lucro ou prejuízo do período da investida deve ser reconhecida no resultado do período do investidor. As distribuições recebidas da investida reduzem o valor contábil do investimento (item 10). (Grifou-se.)

A participação de grupo econômico em empreendimento controlado em conjunto é dada pela soma das participações mantidas pela controladora e suas outras controladas no investimento, sendo que “quando empreendimento controlado em conjunto tiver investimentos em controladas, o lucro, deve ser aqueles reconhecidos nas demonstrações contábeis do empreendimento controlado em conjunto (incluindo a participação detida pelo empreendimento controlado em conjunto no lucro, após a realização dos ajustes necessários para uniformizar as práticas contábeis”, e que “esse mesmo procedimento deve ser aplicado à figura da controlada no caso das demonstrações contábeis individuais” (item 27).

É reafirmado o princípio da primazia da realidade, cuja observância leva à eliminação dos resultados entre sociedades controladoras e controladas (item 27) e que a participação do investidor nos resultados resultantes das transações intragrupo deve ser eliminada (item 28).

Convém notar que, embora com as resoluções CPC as demonstrações contábeis consolidadas tenham alcançado estado ímpar de importância, essas já eram previstas pela Resolução CFC nº 784, de 1995, a seguir transcrita:

#### *2.1.2 - Da soma ou da agregação de patrimônios*

*O Patrimônio da Entidade corolário de notável importância, notadamente pelas suas repercussões de natureza prática: as somas e agregações de patrimônios de diferentes Entidades não resultam em nova Entidade. Tal fato assume especial relevo por abranger as demonstrações contábeis consolidadas de Entidades pertencentes a um mesmo grupo econômico, isto é, de um conjunto de Entidades sob controle único.*

*A razão básica é a de que as Entidades cujas demonstrações contábeis são consolidadas mantêm sua autonomia patrimonial, pois seus Patrimônios permanecem de sua propriedade. **Como não há transferência de propriedade, não pode haver formação de novo patrimônio, condição primeira da existência jurídica de uma Entidade.** O segundo ponto a ser considerado é o de que a consolidação se refere às demonstrações contábeis, mantendo-se a observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade no âmbito das Entidades consolidadas, resultando em uma **unidade de natureza econômico-contábil**, em que os qualificativos ressaltam os dois aspectos de maior relevo: o atributo de controle econômico e a fundamentação contábil da sua estruturação. (Grifou-se.)*

Quanto à afirmação do recorrente de que capitalização dos lucros (societários) em bases desproporcionais, promovida pela **Nova Pactual**, era necessária para a distribuição dos resultados, volto a lembrar que para distribuir ou capitalizar lucros (societários), proporcionalmente ou não, é necessário que tais lucros sejam efetivos, tenham substrato econômico, não sejam meramente escriturais/fictícios (Princípio da Primazia da Realidade).

Isso posto, entendo que houve aumento indevido do custo de aquisição das ações do **Banco Pactual**, por meio de prática de reconhecimentos de lucros escriturais, sem substrato econômico, advindos de contabilização manifestamente abusiva e contrária aos princípios da contabilidade e aos pronunciamentos técnicos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, e utilizando-se de interpretação do art. 10 da Lei 9.249, de 1995 (art. 135 do RIR 99), que desborda de sua interpretação finalística e histórico-sistemática.

#### DETERMINAÇÃO DO LUCRO REAL

No caso de pessoas jurídicas, “a determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais que apuram lucro real” (art. 247, § 1º, do RIR) (Grifou-se.). Assim, há intensa comunicação entre o lucro real (fiscal) e o lucro líquido (societário); porém, lucro real e lucro societário são institutos diversos.

O lucro real é o lucro líquido (societário) do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas (art. 247 do RIR). Quando se trata de tributação ou de sua exclusão, no caso, a isenção (art. 176 do CTN), as regras aplicáveis são as fiscais, de apuração ou exclusão de tributos, e não as regras societárias.

Já vimos que a legislação societária é contundente, no sentido de expurgar do lucros societário os investimentos apurados pelo método da equivalência patrimonial que não correspondam a ganhos (ou perdas) efetivos (art. 248, III, “b”, da Lei 6.404, de 1976).

Vimos também que, de acordo com as regras societárias, “**os lucros ou dividendos recebidos pela controladora não constituem receita, mas sim redução do da conta do investimento**”. A legislação fiscal também é específica neste sentido, determinando que os lucros ou dividendos distribuídos pela controlada deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento, e não influenciarão as contas de resultado (receitas e despesas) (RIR 99, art. 388, §1º).

Ademais, de acordo com o art. 399 do RIR 99, a **contrapartida do ajuste do valor do investimento** (de que trata o art. 388), por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, **não será computada na determinação do lucro real**.

#### **RIR 99:**

##### *Ajuste do Valor Contábil do Investimento*

*Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22). (Grifou-se.)*

*§ 1º Os lucros ou dividendos distribuídos pela coligada ou controlada deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento, e não influenciarão as contas de resultado (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22, parágrafo único). (Grifou-se.)*

(...)

##### *Contrapartida do Ajuste do Valor do Patrimônio Líquido*

*Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV). (Grifou-se.)*

*§ 1º Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, parágrafo único, e Decreto-Lei 1.648, de 1978, art. 1º, IV).*

Ou seja, caso se optasse por distribuir os lucros da sociedade operacional (**Banco Pactual**), os lucros ou dividendos distribuídos por este seriam registrados como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento na **PSA**, e não influenciariam as contas de resultado (receitas e despesas) nem seriam computados na determinação do lucro real.

#### **DO LUCRO REAL COMO LIMITE À ISENÇÃO AOS LUCROS DISTRIBUÍDOS OU CAPITALIZADOS**

É princípio basilar no direito tributário que o poder de isentar, que é modo de exclusão do crédito tributário (CTN, art. 175, I) deriva do poder de tributar; somente que pode constituir legitimamente o crédito tributário pode prever as hipóteses de isenção.

Como meio de exclusão do crédito tributário, a isenção somente pode incidir, por óbvio, nas situações em que o crédito tributário poderia ser constituído (se não incidissem as regras isencionais); assim, presentes os aspectos do fato gerador (material, temporal, espacial, pessoal), o crédito tributário não será constituído em razão e por incidência das regras de isenção; por conseguinte, as regras de isenção não incidem se ausentes um ou alguns dos aspectos do fato gerador, uma vez que, se o tributo não pode ser constituído por não se encontrarem presentes elementos essenciais do fato gerador, o caso é simplesmente de ausência de incidência tributária, e não de isenção.

No caso das pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, o lucro societário (também chamado de lucro líquido do exercício) não é elemento material do fato gerador, mas, tão somente, apenas um antecedente lógico do lucro real (Lei nº 8.981, de 1995, art. 37, § 1º). Assim, não existe regra isencional que incida sobre o lucro líquido, mas somente sobre o lucro real.

Se muitos não se apercebem da relevância jurídica dessa questão é porque, de regra, em termos práticos, o lucro real é maior, em termos quantitativos, do que o lucro líquido. Tal realidade se deve a que, no cálculo do lucro real, são adicionados ao lucro líquido diversos custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações (RIR 99, art. 249, I) e resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido (RIR 99, art. 249, II). As exclusões do lucro líquido permitidas pela legislação fiscal (art. 250 do RIR 99), de regra são inferiores do que as adições.

Tal fato foi demonstrado pelo Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, Antonio Jose Praga de Souza, ex conselheiro deste CARF, em sua dissertação de mestrado intitulada “Imposto de Renda no Brasil: estudo de distorções, em especial algumas relacionadas à distribuição de lucros das empresas (<http://www.mestradoprofissional.gov.br/sites/images/mestrado/turma2/antonio-jose-praga-de-souza.pdf>, p. 23), o qual, ao analisar a questão da Isenção do Imposto de Renda na distribuição de lucro contábil (não tributado) concluiu:

*O resultado obtido em relação ao Lucro Real foi um indicador negativo, revelando que os lucros distribuídos [contabilmente] são sempre inferiores aos efetivamente tributados. Isso já era esperado, pois, a legislação do IRPJ estabelece uma série de adições a serem feitas do lucro líquido contábil da empresa para determinação do lucro real. (Grifou-se.)*

Pois bem, ser o lucro societário, utilizado para a distribuição, de regra, inferior ao lucro real, não o torna passível de sofrer a incidência da regra isencional, pois, como visto, tal lucro não é aspecto material da hipótese de incidência do imposto sobre a renda.

Também nesse sentido, o Parecer/PGFN/CAT/Nº 202/2013 (disponível em <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/2022013>):

(...)

*29. A Lei nº 11.638, de 2007, em conjunto com a Lei nº 11.941, de 2009, provocam impacto no art. 10 da Lei nº 9.245, de 1995, porque cindiram o conceito, até então coincidente, entre lucro tributável e lucro distribuível. (...)*

(...)

30. *É verdade que antes dessa dicotomia de escriturações, poderia haver caso de distribuição de parcela que não foi considerada na tributação e que, portanto, não estava ao abrigo da isenção do art. 10, porém apenas no caso de distribuição de valor não escriturado. Tanto assim o é que a IN SRF nº 93, de 24 de dezembro de 1997, prescreve:(...) (Grifou-se.)*

Como que (a) tanto o lucro líquido quanto o lucro real possuem expressão econômica, e (b) é passível de isenção apenas o lucro real, pode-se afirmar que, em termos monetários a “isenção aos lucros societários” distribuídos se limita ao montante do lucro real.

No cálculo do lucro real, mesmo que tenham sido desobedecidas as diversas regras societárias que determinam, em grupos societários, o expurgo, nas demonstrações financeiras, dos efeitos enganosos decorrentes do cálculo do valor do investimento pelo método da equivalência patrimonial, a legislação fiscal art. 389 do RIR 99 determina a exclusão do resultado positivo da investida (no caso, **Banco Pactual**) na apuração do lucro real, o que anula, por completo, o efeito que essas receitas poderiam ter.

Decorrentemente, **não há: (a) lucro real derivado de tais resultados positivos a ser distribuído ou capitalizado pelos sócios, nem, decorrentemente, (b) elevação do custo de aquisição das ações derivada desse resultado positivo. Não há falar, portanto, de subsunção à regra isentiva carreada pelo art. 10 da Lei 9.249, de 1995.**

Verifique-se, nesse prisma, a exposição de motivos da Lei 9.249, de 1995, item 12:

12. *Com relação à tributação dos lucros e dividendos, estabelece-se a completa integração entre a pessoa física e a pessoa jurídica, **tributando-se esses rendimentos exclusivamente na empresa e isentando-os quando do recebimento pelos beneficiários.** Além de simplificar os controles e inibir a evasão, esse procedimento estimula, em razão da equiparação de tratamento e das alíquotas aplicáveis, o investimento nas atividades produtivas. (Grifou-se.)*

Assim, também sob o ângulo da distribuição de lucros é procedente a glosa no aumento do custo de aquisição das ações.

Esse entendimento está de acordo com a jurisprudência firmada pelo STF na ADI 2588 (referida indiretamente pelo recorrente), que trata da tributação de lucros no exterior (art. 74 da MP 2158-35, de 2001, referida diretamente pelo recorrente): caso o lucro real auferido no exterior por uma controlada seja oferecido à tributação na controladora sediada no Brasil (caso, por exemplo, de lucros auferidos por sociedades sediadas em paraísos fiscais), ele é apto a se subsumir à isenção do art. 10 da Lei 9249, de 1995; caso o lucro real auferido no exterior não seja oferecido à tributação no Brasil (caso, por exemplo, de lucros auferidos no exterior por coligadas não sediadas em paraísos fiscais), o montante deste lucro não é apto a se subsumir à isenção do art. 10 da Lei 9249, de 1995.

**DA ALEGAÇÃO DE ARBITRAMENTO DO CUSTO DAS AÇÕES**

O recorrente afirma que foram utilizados diferentes critérios nos lançamentos dos diversos acionistas do **Banco Pactual**. Tais critérios seriam os adotados:

- (1) expurgo dos efeitos da capitalização na **Nova Pactual** ou **PSA**;
- (2) expurgo dos efeitos da capitalização na **Nova Pactual** e na **PSA**;
- (3) o cálculo do custo médio ponderado das ações.

Como amplamente exposto no meu voto, considero correto o expurgo dos efeitos da capitalização na **Nova Pactual** e na **PSA** no custo de aquisição das ações do contribuinte, como realizado no presente caso.

Nos casos (1) e (2), citados pelo recorrente como exemplos de critérios diversos, houve sim, e, a meu juízo, por equívoco, a utilização de critérios mais benéficos para os respectivos contribuintes, uma vez que apenas foram expurgados os efeitos da capitalização na **Nova Pactual** ou na **PSA**. A utilização de expurgos em montante insuficiente em alguns processos, estranhos à presente lide, em nada favorece o contribuinte, já que, no presente caso, foi utilizado o critério correto.

Quanto ao critério (3), cálculo do custo médio ponderado das ações, nada tem a ver com critério de fiscalização no lançamento, mas diz respeito ao cálculo do custo das ações, determinado pela legislação tributária (art. 16 da Lei 7713, de 1988 e do art. 16 da IN SRF 84, de 2001) em toda e qualquer aquisição de ações.

De acordo com tais textos, “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” (§ 2º do art. 16 da Lei 7.713, de 1988).

Ademais, a necessidade de os lucros serem tributados (bancos devem obrigatoriamente apurar o lucro real, por disposição do art. 14, II, da Lei 9718, de 1998) emerge mais uma vez do texto do § 3º do art. 16 da Lei 7.713, de 1988, que refere “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”. (Grifou-se.)

Vejamos o texto de tais normas.

### **Lei 7.713, de 1988**

*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.*

*§ 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. (Grifou-se.)*

#### **IN SRF 84, de 2001**

##### *Participações societárias*

*Art. 16. Na hipótese de integralização de capital mediante a entrega de bens ou direitos, considera-se custo de aquisição da participação adquirida o valor dos bens ou direitos transferidos, constante na Declaração de Ajuste Anual ou o seu valor de mercado.*

*§ 1o Se a transferência não se fizer pelo valor constante na Declaração de Ajuste Anual, a diferença a maior é tributável como ganho de capital.*

*§ 2o 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.*

*§ 3o Para efeito de apuração de ganho de capital na alienação de participações societárias, o custo de aquisição das ações ou quotas é apurado pela média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses títulos.*

*§ 4o O custo médio ponderado de cada ação ou quota:*

*I - é igual ao resultado da divisão do valor total de aquisição das ações ou quotas em estoque pela quantidade total de ações ou quotas em estoque, inclusive bonificadas;*

*II - multiplicado pela quantidade de ações ou quotas alienadas, constitui o custo de aquisição para efeito da apuração do ganho de capital;*

*III - multiplicado pelo número de ações ou quotas remanescente, constitui o valor do estoque desses títulos.*

*§ 5o A cada aquisição ou baixa devem ser ajustadas as quantidades em estoque e os custos total e médio ponderado, por espécie, das ações ou quotas. (Grifou-se.)*

Sublinho que a apuração do custo médio das ações com base em seu valor corrente, na data de apuração, na forma dos dispositivos citados (art. 16 da Lei 7.713, de 1988 e art. 16 da IN SRF 84, de 2001) é determinação legal e constante no Decreto 3.000, de 1999 (RIR 99), arts. 129 e 130 (citado no auto de infração), e, decorrentemente, utilizado pelo programa da Declaração de Ajuste Anual para o cálculo do ganho de capital (ver, por exemplo, e-fl. 08).

Gizo que, na forma do art. 16, § 4º, da Lei 7713, de 1988, é imprescindível quantificar o valor das ações recebidas pelos contribuintes, sob pena de ser igual a zero o valor do custo de aquisição a ser considerado.

#### DEMAIS ALEGAÇÕES DO RECORRENTE

Por sua vez, o Acórdão CARF 101-96.570, citado pelo recorrente, trata de uma situação específica e diferente, no qual não foi obedecida a regra do art. 388, § 1º (já transcrita), que determina, em caso de reavaliação de bens do ativo, a baixa da reserva mediante redução do investimento, como se verifica à leitura de sua ementa:

*RESERVA DE REAVALIAÇÃO DE INVESTIMENTO EM CONTROLADA — ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO — NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DA RESERVA —*

*A reavaliação de bens do ativo gera o aumento de seu valor contábil e, por conseguinte, diminui o ganho de capital apurado na sua alienação. Com o intuito de que haja a compensação contábil e fiscal, o valor da reserva deverá ser computado na determinação do lucro real do período-base em que o contribuinte alienar ou liquidar o investimento. Se o Contribuinte, na alienação de seu investimento, computou em seu custo de aquisição o valor da reavaliação, o fato da investida ter realizado sua reserva no mesmo ano-calendário não afasta a tributação no Contribuinte. A realização da reserva pela investida apenas autorizaria a baixa da reserva, mediante a redução do valor do investimento. Se o investimento foi alienado sem o ajuste e redução em seu valor, a reserva, no Contribuinte, deve de fato ser realizada, considerando os efeitos no resultado fiscal da alienação do investimento, com o aumento da perda ou redução do ganho.*

Ademais, em se tratando de isenção ou redução de base de cálculo, **a Constituição Federal, art. 150, § 6º, exige que a matéria seja regulada por lei específica, que não existe no caso de capitalização de lucros societários:**

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

(...)

*§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).*

Em resumo, a prática do recorrente não encontra amparo em qualquer ato legal ou infralegal por ele citado.

Passo a analisar a legislação citada pelo recorrente.

O art. 8º da Lei 9.532, de 1997, trata de situação diversa, ou seja, a incorporação, fusão ou cisão, na qual haja participação societária adquirida com ágio ou deságio.

Inaplicável ao presente caso também a Instrução Normativa 77, de 1986, que “expede normas para efeitos de adaptação de legislação do imposto de renda em vigor ao regime de tributação das pessoas jurídicas estabelecido na Lei nº 7.450/85”. O seu subitem 5.9, citado pelo recorrente, refere que “ao aumento do capital da sucedida com a incorporação de lucros e reservas da sucedida, aplicam-se as normas dos artigos 376 e 377 do RIR/80”; tais arts. 376 e 377 do RIR/80 regulamentavam, por sua vez, o art. 63, §§ 3º e 4º, do Decreto-Lei 1598, de 1977, dispondo, nas palavras do recorrente, que “se a pessoa jurídica restituísse capital aos sócios nos cinco anos subsequentes à capitalização de lucros, o montante do capital restituído seria tratado como dividendo”. O item 5 da IN 77, de 1986 (no qual se insere o já analisado subitem 5.9) trata das normas a serem observadas nos “casos de incorporação, fusão e cisão de que trata o artigo 33 da Lei nº 7.450/85”. É matéria estranha ao caso em análise.

Igualmente inaplicável ao presente caso é o art. 33 da Lei 7.450, de 1985, que trata do balanço a ser levantado pela pessoa jurídica a ser incorporada, fusionada ou cindida, para **determinar o lucro real na data da incorporação, fusão ou cisão**; porém, perceba-se que **(re)afirma-se a regra de que é o lucro real (e não o societário) que deve ser levado em conta para fins dos efeitos tributários da distribuição ou da capitalização de lucros**, inclusive no caso de uma incorporação:

*Art. 33. A pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida deve levantar balanço e demonstração de resultados e determinar o lucro real na data da incorporação, fusão ou cisão, observado o seguinte: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.323, de 1987) (Grifou-se.)*

*I - o lucro real apurado será convertido em número de OTN pelo valor desta na data da incorporação, fusão ou cisão; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.323, de 1987)*

*II - a declaração de rendimentos deverá ser apresentada até o último dia útil do mês subsequente à ocorrência do evento; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.323, de 1987)*

Também desbordam do caso concreto o art. 22 da Lei nº 9.249/95 e o art. 29, III, da Instrução Normativa SRF 84, de 2001. O primeiro, ao referir que “os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado”; o segundo, que determina a exclusão, para fins da determinação do ganho de capital da pessoa física dos ganhos de capital decorrentes de “restituição de participação no capital social mediante a entrega à pessoa física, pela pessoa jurídica, de bens e direitos de seu ativo, avaliados pelo valor contábil ou de mercado”.

No caso em exame, não houve “restituição de participação no capital social mediante a entrega à pessoa física, pela pessoa jurídica, de bens e direitos de seu ativo”, mas recebimento de participação no capital social da incorporadora (controlada) em substituição à participação que o recorrente detinha na incorporada (controladora) e posterior ganho de capital na alienação das ações.

É evidente a diferença entre os institutos jurídicos da “restituição de participação no capital social” e do recebimento de participação no capital em substituição a outro, que deixa de existir em face de incorporação; ademais, no respeitante à isenção (matéria tratada neste processo), o art. 111, “II”, da Lei 5.172, de 1966 (CTN), exige o uso da interpretação literal:

*Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*

*(...)*

*II - outorga de isenção;*

O entendimento professado até este momento está em consonância com o vem reiteradamente decidindo a CSRF.

O capítulo seguinte trata de razões outras pelas quais o lançamento deve ser mantido, ressaltando que: (a) as razões até aqui expostas são suficientes para negar provimento ao recurso voluntário na questão do ganho de capital; (b) as razões a seguir expostas, por si só, são suficientes para se chegar à mesma conclusão.

## **CONCLUSÕES**

Com base nas considerações retro, considero correto o procedimento adotado de se expurgar os efeitos da capitalização nas sociedades do Grupo Pactual no custo de aquisição das ações do contribuinte.

## **DA MULTA QUALIFICADA**

No tangente à multa qualificada, sua imposição é dependente da existência, por parte do contribuinte, do dolo de praticar a sonegação ou a fraude, nos termos dos arts. 71 a 73 da Lei 4.502, de 1964, em face da remissão efetuada pelo art. 44 da Lei 9.430, de 1996:

*Lei 9.430, de 1996*

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004)*

(...)

*II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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.*

*Lei 4.502, de 1964*

*Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*

*I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*

*II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.*

*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.*

*Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.*

Ora, independentemente da configuração, ou não, de simulação na cadeia de operações de compra e venda do **Banco Pactual** à UBS AG, o contribuinte, detendo ínfima parcela das ações do **Banco Pactual**, não poderia influenciar o modo como foi procedido o negócio. Se dolo houve, a justificar a imposição de multa qualificada, foi por parte de quem detinha o controle do **Banco Pactual**, e não por parte dos acionistas minoritários, que não podem decidir como se fará o negócio.

Por esses motivos, entendo que a multa deve ser desqualificada, reduzida ao percentual de 75%.

#### DA INCIDÊNCIA DOS JUROS SOBRE A MULTA

O recorrente alega que é descabida a incidência de juros sobre a multa porque isso implicaria numa indireta majoração da própria penalidade e não se pode falar em mora na exigência de multa.

Não assiste razão ao recorrente.

Para o deslinde da questão, deve-se discernir os conceitos de tributo e de crédito tributário veiculados no Código Tributário Nacional (CTN). Tributo é definido em seu art. 3º:

*Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua*

*sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.*

tributário: Por sua vez, os artigos 113, § 1º, 139 e 142 do CTN dispõem sobre o crédito

*Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.*

*§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por **objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária** e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.*

*Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.*

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa **constituir o crédito tributário** pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a **aplicação da penalidade cabível**. (Grifou-se.)*

Assim, a multa, apesar de não ser tributo, integra o crédito tributário e, em vista desse fato, se subsume ao tratamento dispensado ao crédito tributário pelo CTN.

O art. 161 do CTN estabelece que, ao crédito tributário não pago no vencimento, devem ser acrescidos os juros moratórios à taxa disposta em lei ou, em sua falta, à taxa de um por cento ao mês::

*Art. 161. **O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora**, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

*§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. (Grifou-se.)*

Assim, ao contrário do que alega o interessado, o CTN determina a incidência de juros de mora sobre a multa lançada de ofício. A expressão “sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis” esclarece que a imposição de juros e de multa não são excludentes entre si.

A previsão legal da incidência de juros sobre as multas de ofício constou nas Leis 9.430, de 1996 e 10.522, de 2002, que disciplinaram o assunto de maneira diversa ao que acontecia até então. Vejamos, inicialmente, o que diz o § 3º do art. 61 da Lei 9.430, de 1996:

*Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*

(...)

*§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.*

Por sua vez, os arts. 29 e 30 da Lei 10.522, de 2002, resultante da conversão da Medida Provisória 1621-31, de 1998 (reedição da Medida Provisória 1542-17, de 18 de dezembro de 1996, arts. 25 e 26), dispõem:

*Art. 29. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União, constituídos ou não, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994, que não tenham sido objeto de parcelamento requerido até 31 de agosto de 1995, expressos em quantidade de Ufir, serão reconvertidos para real, com base no valor daquela fixado para 1º de janeiro de 1997.*

(...)

*Art. 30. Em relação aos débitos referidos no art. 29, bem como aos inscritos em Dívida Ativa da União, passam a incidir, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês de pagamento.*

A multa de ofício proporcional, lançada em função de infração à legislação tributária de que resulta falta de pagamento de tributo, é débito decorrente de tributos e contribuições, estando a eles vinculada. Logo, as expressões “débitos decorrentes de tributos e contribuições” e “débitos de qualquer natureza”, utilizadas, respectivamente, nas Leis 9.430/1996 e 10.522/2002, incluem a multa de ofício.

Também tratam especificadamente do assunto, determinando a cobrança de juros sobre a multa, os pareceres MF/SRF/COSIT/COOPE/SENOG nº 28, de 1998 e PGFN/CAT nº 1834, de 2013:

*Parecer MF/SRF/COSIT/COOPE/SENOG nº 28*

*3. (...). Assim, desde 01.01.97, as multas de ofício que não forem recolhidas dentro dos prazos legais previstos estão sujeitas à incidência de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de um por cento no mês de pagamento, desde que estejam associadas a:*

*a) fatos geradores ocorridos a partir de 01.01.97;*

*b) fatos geradores que tenham ocorrido até 31.12.94, se não tiverem sido objeto de pedido de parcelamento até 31.08.95.*

*Parecer PGFN/CAT nº 1834, de 2013*

21. Por todo o exposto, respondendo à consulta apresentada pela Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região, por meio da Consulta Interna identificada pelo nº. 20138000CI00002, que veicula questionamentos a respeito da incidência de juros de mora sobre créditos tributários resultantes de multa de ofício aplicada pela RFB, referentes a fatos geradores ocorridos em 1995 e 1996, entendemos, salvo melhor juízo, que há incidência dos mencionados juros de mora sobre as multas de ofício, seja por aplicação do § 1º do artigo 161 do CTN, seja por determinação de norma legal específica, o que se resume nas seguintes situações:

a) para a hipótese de haver créditos ainda não inscritos em dívida ativa (sob administração da RFB), decorrentes de fatos geradores ocorridos em 1995 e 1996, em razão da ausência de lei específica, incidirá a norma geral prevista no § 1º do artigo 161 do CTN, aplicando-se o índice de 1% ao mês;

b) para os créditos inscritos em dívida ativa da União (sob administração da PGFN), aplica-se a taxa SELIC a partir de 31 de agosto de 1995, data de início da vigência do § 8º, inserido no artigo 84 da Lei nº. 8.981, de 1995, por determinação do artigo 16 da MP nº. 1.110, de 1995, objeto de sucessivas reedições e confirmado pelo artigo 17 da Lei nº. 10.522, de 2002; e

c) para os créditos inscritos em dívida ativa da União, referentes a fatos geradores ocorridos entre 1 de janeiro e 30 de agosto de 1995, por ausência de norma legal específica, aplica-se o índice de 1% ao mês, com base no § 1º do artigo 161 do CTN.

Também nesse sentido a jurisprudência da CSRF:

*JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre a qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic. (Acórdão 9202-003.700)*

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. Recurso da Fazenda Nacional Provido. Recurso da Contribuinte Improvido. (Nº Acórdão 9101-000.539)*

## **Conclusão**

Voto, portanto, por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para (a) reduzir a multa qualificada ao percentual de 75%, e (b) manter o lançamento relativo às demais questões.

*(assinado digitalmente)*

Processo nº 10880.721351/2014-57  
Acórdão n.º **2301-005.261**

**S2-C3T1**  
Fl. 38

---

João Bellini Junior