



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

Processo n° 12448.726295/2014-81
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2301-005.106 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de julho de 2017
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA FÍSICA
Recorrente ANDRE SCHWARTZ
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2010, 2011

IRPF. GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE DIREITOS. TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL.

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.

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.

PERDA DE ESPONTANEIDADE. EFEITOS. PAGAMENTOS.

1. O procedimento fiscal tem início com o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto.
2. O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.
3. Os pagamentos efetuados fora do regime jurídico da espontaneidade não possuem o condão de elidir a incidência da multa de ofício; no entanto, podem ser aproveitados no procedimento de cobrança, sendo imputados ao crédito tributário constituído pelo lançamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado: (a) por unanimidade de votos reduzir a multa qualificada ao percentual de 75%; (b) por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário em relação à matéria juros sobre a multa; vencidos os conselheiros Fábio Piovesan Bozza, Alexandre Evaristo Pinto e Wesley Rocha; (c) por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário nas demais questões; vencido o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, que votou por cancelar integralmente o lançamento; acompanhou pelas conclusões o conselheiro Fábio Piovesan Bozza.

Solicitaram apresentar declaração de votos os conselheiros Fábio Piovesan Bozza e Alexandre Evaristo Pinto.

Fez sustentação o Dr. Luis Claudio Pinto, OAB/RJ 88.704.

JOÃO BELLINI JÚNIOR – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 25/08/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrea Brose Adolfo, Fabio Piovesan Bozza, João Maurício Vital, Alexandre Evaristo Pinto, Denny Medeiros Silveira, Wesley Rocha, Thiago Duca Amoni e João Bellini Júnior (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em face do Acórdão 04-39.0888, exarado pela 3ª Turma da DRJ em Campo Grande (e-fls. 1357 a 1381 – numeração dos autos eletrônicos).

DO LANÇAMENTO

O auto de infração (e-fls. 362 a 367) é referente ao imposto sobre a renda da pessoa física (IRPF), e diz respeito à omissão de ganho de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em Bolsa, atinente aos anos de 2010 e 2011, pelo qual é exigido crédito tributário de R\$4.404.229,46, sendo R\$1.559.405,68, de imposto, R\$505.715,26 de juros de mora e R\$2.339.108,52 de multa proporcional.

As operações que deram azo ao presente lançamento originaram-se da alienação das ações do **Banco Pactual S/A** (doravante, **Banco Pactual**), CNPJ 30.306.294/0001-45, ao grupo UBS Brasil (doravante, UBS) em 2006 pelo preço total de R\$91.763.361,16, do qual R\$35.663.954,40 foram recebidos em 2006, R\$39.334.605,14 em 2009 e o saldo restante foi pago em quatro parcelas, recebidas nos anos-calendário de 2010 e 2011, nas seguintes datas e valores:

Período de apuração	Valor do imposto (R\$)	Total do crédito tributário (R\$)
18/03/2010	2.599.009,45	3.207.666,63;
20/09/2010	2.599.009,45	3.390.285,90;
18/03/2011	2.599.009,45	3.566.294,33
01/07/2011	2.599.009,45	3.682.308,13

O contribuinte informou que recolheu o imposto de renda sobre o ganho de capital no valor de R\$239.098,61 mais acréscimos legais, para cada parcela recebida.

O auto de infração refere-se à apuração do ganho de capital (e lançamento das diferenças apuradas) decorrente do recebimento em março/2010, setembro/2010, março/2011 e julho/2011 das parcelas remanescentes da alienação de ações de sua propriedade do Banco Pactual S/A, ocorrida no ano de 2006.

O custo de aquisição das ações alienadas pelo contribuinte, bem como o ganho de capital, já foram apurados no **processo 12448.736590/2011-01**, no qual houve o lançamento referente às parcelas recebidas em 2006 e 2009, cujo lançamento, fundamentado na mesma situação fática, teve como objeto a glosa do custo de aquisição das ações do **Banco Pactual**, de propriedade do contribuinte, precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades holdings, as quais detinham todas as ações do **Banco Pactual**. Nesse processo, o recurso voluntário foi julgado em 02/07/2013 pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara (Acórdão

2202-002.260) e em 12/02/2016 a CSRF julgou recursos especiais do contribuinte e da PGFN, prolatando o Acórdão 9202-003.701, que recebeu as seguintes ementas:

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

Ano-calendário: 2006, 2009

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

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, seguida de incorporação reversa e nova capitalização, em inobservância à 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.

JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. É cabível a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, com base na Taxa Selic, tendo em vista que o crédito tributário compreende o tributo e a multa de ofício proporcional.

Recurso Especial do Contribuinte negado

Recurso Especial do Procurador provido

Passo a descrever a ação fiscal empreendida no citado processo 12448.736590/2011-01, conforme relatada às e-fls. 311 a 335.

A ação fiscal teve como escopo 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 de sociedades holdings, as quais detinham todas as ações do **Banco Pactual**. Essa reorganização societária teve como finalidade transferir a propriedade das mencionadas ações diretamente às pessoas físicas alienantes (que antes da reorganização detinham a propriedade indireta sobre as 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. As informações a seguir evidenciadas foram extraídas das DIPJs das referidas empresas referentes ao período mencionado, bem como das atas registradas na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro.

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

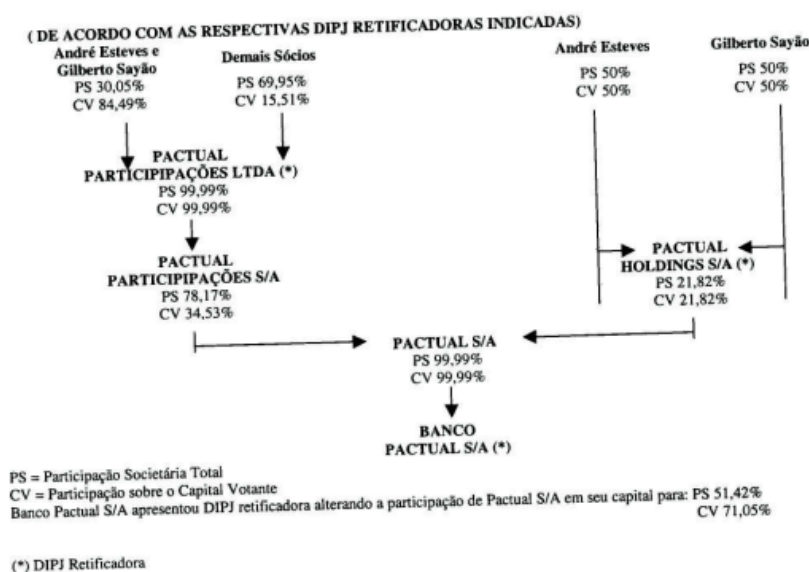
PACTUAL S/A	02.220.758/0001-60
PACTUAL HOLDINGS S/A	02.220.757/0001-16
NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA (PACTUAL PARTICIPAÇÕES S/A)	02.220.756/0001-71
PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA	02.244.808/0001-40

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

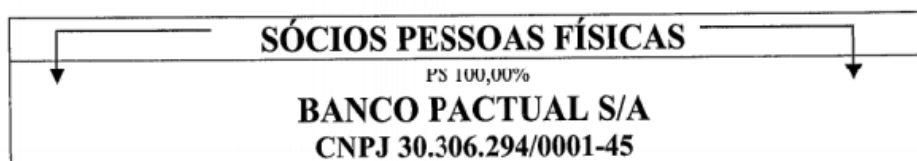
A estrutura societária antes da reorganização societária era a seguinte:



De acordo com a fiscalização, a referida reorganização consistiu na extinção das holdings que detinham participação societária no **Banco Pactual**, por meio de sucessivas incorporações às avessas, culminando com a alienação das ações do **Banco Pactual** diretamente pelos acionistas pessoas físicas da instituição; nessa reorganização societária se verificou a majoração ilícita do custo das ações alienadas, gerando, como consequência, a redução indevida do ganho de capital tributável obtido pelo acionista pessoa física.

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.



PS = Participação Societária Total

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.

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”.

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.

(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, 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.

Esse fato acarretou um incremento indevido no custo das ações do sócio em questão no montante de R\$ 29.698.260,24.

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, a 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.

Essa parcela deve ser deduzida do custo de aquisição apurado, com o que se chega ao custo individualizado do alienante:

NOME	Nº AÇÕES	PERCENTUAL DO CAPITAL SOCIAL	CUSTO DAS AÇÕES
ANDRÉ SCHWARTZ	19.846.361	1,75%	14.962.740,96

TOTAL	1.134.077.635	100,00%	858.876.206,35
-------	---------------	---------	----------------

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 89% (de R\$635.223.115,04 para R\$1.200.480.531,05), e o acréscimo patrimonial do custo das respectivas ações pertencentes ao recorrente, que cresceu 336% (de R\$14.962.740,96 para R\$ 44.661.001,20).

O aumento do custo de 89% 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, como veremos a seguir, o custo das ações alienadas do **Banco Pactual** na DAAS do contribuinte foi aumentado tanto na capitalização dos lucros obtidos por ganho de equivalência patrimonial da holding **Nova Pactual**, no valor de R\$15.350.517,00, quanto na capitalização dos dividendos da sucessora e incorporadora **PSA**, no montante de R\$17.431.540,00.

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.

INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO CONTRIBUINTE

As repostas do contribuinte ao termo de início de fiscalização foram consolidados na seguinte planilha:

Tabela 1		Valores em R\$
1) Quantidade de ações alienadas		19.846.361
2) Data da alienação		01/12/2006
3) Valor recebido na alienação 2006		35.663.954,40
4) Valor recebido Total		91.763.361,16
5) Percentual recebido		38,8651%
6) Custo das ações alienadas		44.661.001,20
7) Custo das ações alienadas referentes à parcela recebida (44.661.001,20 x 38,8651%)		17.357.646,61
8) Ganho de capital 2006		18.306.307,79
9) IR sobre o ganho de capital (15%) (valor devido em 2006)		2.745.959,38
10) Custo das ações alienadas diferido (valor correspondente à parcela a ser recebida em 2009)		19.144.152,34
11) Valor recebido em 2009 (apurado)		39.334.606,14
12) Ganho de Capital apurado pelo fiscalizado		20.190.452,80
13) IR sobre o ganho de capital (15%) (Valor pago em 2009)		3.028.567,92

De acordo com o contribuinte, o custo das ações alienadas apresentou a seguinte composição:

Tabela 2			
Empresas	Custo das ações/quotas em 31.12.2005	Créditos capitalizados em 2006	Natureza
PACTUAL PARTICIPAÇÕES S/A	R\$ 11.879.031,70		
Nova Pactual Participações S/A		R\$ 15.350.517,00	Crédito Capitalizado – Lucros
PACTUAL S/A		R\$ 17.431.540,00	Dividendos Capitalizados
Cisão Parcial PSA vertendo acervo a Capital Partners Part. Ltda		(R\$87,50)	
TOTAL	R\$ 11.879.031,70	R\$ 32.781.969,50	R\$ 44.661.001,20

A DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL SIMPLIFICADA DA PESSOA FÍSICA

Na declaração de ajuste anual simplificada (DAA) de 2007, ano-calendário 2006 (e-fls. 1266 a 1282), o recorrente declarou a tributação exclusiva na fonte do ganho de capital apurado em razão da venda de suas ações do **Banco Pactual** em 2006, bem como os dividendos recebidos das pessoas jurídicas extintas na reorganização societária, utilizados na composição do custo das referidas ações vendidas:

	31.12.2006 (em R\$)
Rendimentos isentos e não tributáveis	36.080.822,51
Rendimentos sujeitos à tributação exclusiva definitiva	15.560.348,41
Lucros e dividendos recebidos Fonte pagadora	
- NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA	18.642.608,30
- PACTUAL S.A	17.431.540,00

Consta do demonstrativo da apuração dos ganhos de capital dessa DAAS a venda de 19.846.361 ações do **Banco Pactual**, ao custo médio ponderado/unitário de R\$2,2604 por ação, cujo imposto de renda devido sobre o ganho de capital realizado foi apurado do seguinte modo:

	Valores em R\$
Valor da Alienação	91.763.361,16
(-) Custo da Aquisição	44.661.001,20
= Ganho de Capital Total	47.102.359,96
Parcela recebida em 01/12/2006	35.663.954,40
Ganho de Capital Realizado em 2006	18.306.307,79
Imposto de Renda Recolhido em DARF (15% do Ganho de Capital Realizado)	2.745.959,38

Assim, em 2006 o contribuinte, cumulativamente:

(a) aumentou o custo das ações do **Banco Pactual**, mediante capitalização de lucros nas holdings a serem incorporadas, montante de R\$32.782.057,00, sendo R\$18.642.608,30 na **Nova Pactual** e R\$17.431.540,00 na **PSA** e

(b) recebeu rendimentos isentos decorrentes do recebimento de lucros/dividendos destas mesmas sociedades, no valor de R\$32.782.057,00, sendo R\$15.350.517,00 na **Nova Pactual** e R\$17.431.540,00 na **PSA**.

A GLOSA DE CUSTOS DAS AÇÕES DO BANCO PACTUAL

Em vista desses fatos, foi recalculado o custo de aquisição das ações; foi apurado custo total das ações de R\$858.876.206,35, ao qual se chegou diminuindo os R\$290.734.000,06, distribuídos a título de dividendos, do valor do patrimônio líquido da **PSA**, R\$1.149.610.206,41. Destes, o contribuinte possuía 0,75%, ou seja, R\$6.412.601,55, custo de aquisição de suas ações no **Banco Pactual**.

Com base no exposto, foi considerado indevido o acréscimo no custo das ações do **Banco Pactual** alienadas, no valor de R\$29.698.260,24, sendo o valor do custo das ações reduzido de R\$44.661.001,20 para R\$14.962.740,96.

Dessa forma, visto que o valor de venda das ações foi de R\$91.763.361,16, o ganho de capital total correspondeu a R\$76.800.620,20 (R\$91.763.361,16 - R\$76.800.620,20).

Eis o demonstrativo do ganho de capital:

Tabela 3 - DEMONSTRATIVO DO GANHO DE CAPITAL	
Data da alienação	01.12.06
Quantidade de ações ordinárias nominativas alienadas.	19.846.361
Valor da alienação	R\$91.763.361,16
Custo de aquisição das ações do Banco Pactual S/A.	R\$14.962.740,96
Ganho de capital (total)	R\$76.800.620,20
Valor recebido pela venda em 2006 (38,8651%)	R\$ 35.663.954,40
Custo das ações correspondente à parcela recebida (38,8651% x R\$ 14.962.740,96)	R\$5.815.284,23
Ganho de capital correspondente à parcela recebida em 2006	R\$29.848.670,17
Valor do IR devido (15% x R\$ 29.848.670,17)	R\$4.477.300,52
Valor do IR apurado pelo sujeito passivo de acordo com o programa de ganho de capital da Receita Federal.	R\$ 2.731.141,03
Diferença sobre o IR devido em 2006	R\$1.746.159,49
Valor parcela recebida pela venda em 09/2009 (42,8652%)	R\$39.334.605,14
Custo das ações correspondente à parcela recebida em 2009 (42,8652% x R\$ 14.962.740,96)	R\$6.413.808,83
Ganho de capital correspondente à parcela recebida em 2009	R\$32.920.796,31
Valor do IR devido (15% x R\$ 32.920.796,31)	R\$4.938.119,44
Valor do IR apurado pelo sujeito passivo de acordo com o programa de ganho de capital da Receita Federal.	R\$3.028.567,92
Diferença sobre o IR devido em 2009	R\$1.909.551,52

FINAL DA TRANSCRIÇÃO DO PROCESSO 12448.736590/2011-01.

**INFRAÇÕES APURADAS NO PRESENTE PROCEDIMENTO FISCAL
OMISSÃO DE GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES**

Relata a fiscalização que, conforme estabelecido no art. 117 do Decreto nº 3.000, de 26/3/99, RIR/99, está sujeita ao pagamento de imposto a pessoa que auferir ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza.

De acordo com o art. 138 do RIR/99 e o art. 2º da IN SRF 84/2001, o ganho de capital é determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição.

De acordo com a legislação, a apuração do ganho de capital diferido se dá na data da alienação. Calcula-se o percentual do ganho de capital em relação ao valor total de alienação. Este percentual é aplicado a cada recebimento, para se encontrar o ganho de capital existente em cada parcela, que será a base para o cálculo do imposto de renda incidente sobre a parcela, conforme previsto no artigo 31 da Instrução Normativa SRF nº 84/2001.

A alienação das 19.846.361 ações do Banco Pactual SA, de propriedade do contribuinte se deu em dezembro de 2006 pelo valor total de R\$91.763.361,16, com recebimento de parcelas em dezembro de 2006, julho de 2009 (períodos já fiscalizados), março de 2010, setembro de 2010, março de 2011 e julho de 2011.

Foi considerada na apuração e lançamento do ganho de capital auferido nas parcelas recebidas em 2010 e 2011 a mesma sistemática adotada no procedimento fiscal anterior, referente ao MPF nº 0710800-2010-00259-1, no qual foi lançado o ganho de capital relativo às parcelas recebidas nos AC 2006 e 2009, que resultou no Auto de Infração correspondente ao processo administrativo nº 12448.736590/2011-01. Nesse, foi verificado que as 19.846.361 ações do Banco Pactual alienadas pelo contribuinte tinham custo de aquisição de R\$14.962.740,96, tendo sido apurado ganho de capital total de R\$76.800.620,20, chegando-se a um percentual de diferimento do ganho de capital de 83,69421% (R\$76.800.620,20 divididos por R\$91.763.361,16) a ser aplicado em cada parcela recebida.

O contribuinte não apresentou o Demonstrativo de Apuração dos Ganhos de Capital do ano-calendário 2010, o qual deveria constar como anexo em sua Declaração de Ajuste do Ex 2011/AC 2010 (ND 07/36.892.656).

Até o início do presente procedimento fiscal, ocorrido em 20/12/2012, o contribuinte também não havia apresentado o Demonstrativo de Apuração de Ganhos de Capital na Alienação de Participação Societária Fora da Bolsa de Valores em sua Declaração de Ajuste Anual do Ex 2012, ND 07/36.946.252, entregue a RFB em 20/06/2012. **Também não havia recolhido o imposto sobre o ganho de capital auferido nas quatro parcelas recebidas nos AC 2010 e 2011, objeto do presente procedimento fiscal.**

Em 15/03/2013, após o início do procedimento fiscal, o contribuinte apresentou Declaração de Ajuste Anual retificadora para o Ex 2012/AC 2011 (ND 07/37.043.980), cuja única alteração em relação à anterior foi a apresentação do Demonstrativo de Apuração de Ganhos de Capital na Alienação de Participação Societária Fora da Bolsa de Valores, referente as parcelas recebidas em março e julho de 2011, indicando a apuração por parte do contribuinte de imposto sobre o ganho de capital de R\$239.098,61 para cada uma das duas parcelas recebidas em 2011.

Também após o início do procedimento fiscal, o contribuinte efetuou quatro recolhimentos de imposto de renda sobre ganho de capital (código 4600) com multa e juros, tendo R\$239.098,61 como valor "principal", conforme informado pelo contribuinte em sua resposta recebida pela fiscalização em 07/07/2014. Constam nos Sistemas da RFB três pagamentos neste valor em 22/02/2013 e outro em 11/03/2013.

A seguir são indicados os cálculos da fiscalização para apuração do ganho de capital e do respectivo Imposto de Renda sobre o ganho de capital incidente sobre as parcelas recebidas nos anos calendário 2010 e 2011. Nestes cálculos foram utilizados o valor do custo de aquisição e o percentual de diferimento do ganho de capital de 83,69421% apurados na ação fiscal anterior relativa aos anos-calendário 2006 e 2009, referente ao MPF nº 07108002010-00259-1 e Processo Administrativo nº 12448.736590/2011-01:

Ganho de Capital e Imposto de Renda Sobre o Ganho de Capital:

Data do Recebimento	Valor da Parcela	Percentual Diferimento	Ganho de Capital da Parcela	Alíquota	IR Devido Sobre a Parcela
18/03/2010	3.105.363,50	83,69421	2.599.009,45	15%	389.851,42
20/09/2010	3.105.363,50	83,69421	2.599.009,45	15%	389.851,42
18/03/2011	3.105.363,50	83,69421	2.599.009,45	15%	389.851,42
01/07/2011	3.105.363,50	83,69421	2.599.009,45	15%	389.851,42

Os valores da planilha acima, coluna "Ganho de Capital da Parcela", foram transportados para o auto de infração.

Como a ação fiscal se iniciou em 20/12/2012, com a ciência por parte do contribuinte do Termo de Início de Fiscalização, ao qual seguiram-se o Termo nº 02 em 07/02/2013 e o Termo nº 03 em 27/03/2013, quando o contribuinte efetuou os pagamentos através de Darf não se encontrava espontâneo para tal, e, conseqüentemente, tais pagamentos não foram incluídos neste auto de infração.

QUALIFICAÇÃO DA MULTA

A multa foi qualificada por entender a fiscalização que a falta de apresentação à RFB dos Demonstrativos de Apuração de Ganhos de Capital na Alienação de Participação Societária Fora da Bolsa de Valores dos AC 2010 e 2011 até a data de início do procedimento fiscal e a falta de recolhimento do respectivo imposto de renda incidente sobre as quatro parcelas recebidas nos AC 2010 e 2011 até a data de início do procedimento fiscal, demonstram a intenção do contribuinte em omitir da autoridade tributária a informação do recebimento das quatro parcelas a fim de eximir-se do pagamento do respectivo imposto sobre o ganho de capital auferido sobre estas quatro parcelas.

A retificação após o início da presente ação fiscal da Declaração de Ajuste Anual do Exercício 2012/Ano-Calendário 2011, tendo como única alteração em relação à anterior a apresentação do Demonstrativo de Apuração de Ganhos de Capital na Alienação de Participação Societária Fora da Bolsa de Valores, referente as parcelas recebidas em março e julho de 2011, e os quatro recolhimentos, também APÓS O INÍCIO DA PRESENTE AÇÃO

FISCAL, nos valores de R\$239.098,61, com código de arrecadação 4600, demonstram que o contribuinte sabia de suas obrigações com o fisco.

IMPUGNAÇÃO

Na impugnação, foram alegadas, em síntese (e-fls. 1190 a 1247) as razões a seguir descritas (assumo como meu, neste tópico, o relatório do acórdão recorrido):

1. o Auto de Infração indica, como enquadramento legal, uma série de dispositivos que apenas contém regras gerais relativas à apuração e tributação do ganho de capital e nenhum deles foi infringido pelo contribuinte, ou seja, não indica o dispositivo legal que teria sido infringido;

2. Ocorreu a decadência. 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 01/12/2006, logo, em 29/07/2014, o crédito lançado estava extinto por decadência. A data do pagamento do preço é irrelevante para fins de contagem de decadência;

3. O Grupo Pactual era composto por diversas holdings existentes há mais de 10 anos e constituídas em uma época que os acionistas sequer cogitavam alienar seus investimentos. Havia algumas opções para a realização do negócio diretamente pelos acionistas, como desejava a UBS BRASIL, porém, a mais conveniente do ponto de vista prático, operacional, negocial e fiscal foi a incorporação reversa das holdings pelo Banco Pactual. Esta escolha deu-se em razão da simplicidade e não pelas vantagens fiscais;

4. As incorporações inversas são perfeitamente lícitas, e a REESTRUTURAÇÃO refletiu a variante jurídica mais lógica e funcional para viabilizar a venda do BANCO para o UBS BRASIL. Ela foi totalmente transparente inclusive para o Banco Central do Brasil;

5. Conforme exemplo apresentado em sua impugnação, as incorporações não aumentam o custo dos investimentos do Impugnante, pois, se ocorresse a liquidação da controladora, o custo dos investimentos dos acionistas aumentariam da mesma forma;

6. DOS EFEITOS DAS INCORPORAÇÕES REVERSAS

7. Nas incorporações reversas, a investida (o Banco) sucede as investidoras (as holdings) em todos os seus bens, direitos e obrigações, dentre os quais figuram os investimentos da investidora/incorporada na investida/incorporadora. Em contrapartida do recebimento do acervo líquido da investidora/incorporada, cabe à investida aumentar seu capital e entregar as ações representativas desse aumento aos acionistas da investidora;

8. *Nas incorporações reversas, ocorre um aumento de capital (para emissão de ações destinadas aos acionistas da investidora/incorporada) e uma subsequente redução de capital, para cancelamento das ações representativas do próprio capital da investida/incorporadora, caso a mesma não possa ou não queira mantê-las em tesouraria;*

9. *As contas que refletem o patrimônio líquido da incorporada são, ressalvadas exceções, integralmente convertidas em capital da incorporadora. Por esta razão, é indiferente que, antes da incorporação, os lucros da incorporada sejam ou não capitalizados;*

10. *É inquestionável o fato de os lucros e reservas da incorporada, suscetíveis de capitalização, passarem a integrar o capital social da incorporadora;*

11. *A opção pela capitalização de lucros antes das incorporações é irrelevante em termos fiscais;*

12. *A razão pela qual houve a capitalização de lucros antes de incorporações é o fato de que a NOVA PACTUAL distribuiu lucros de forma desproporcional. Os lucros de PARTICIPAÇÕES foram distribuídos em bases desproporcionais e reaplicados na empresa, acertando as participações dos acionistas no patrimônio líquido antes da incorporação. Esse fato evidencia que a capitalização de lucros teve objetivos outros, que não fiscais;*

13. *DO AUMENTO DO CUSTO RESULTANTE DA REESTRUTURAÇÃO (fl. 1.214)*

14. *A legislação do IRPF determina que o custo de aquisição corresponde ao custo original do investimento acrescido do montante dos lucros ou reservas de lucros capitalizados;*

15. *A fiscalização afirmou que a majoração de custo decorrente da reestruturação foi indevida e constituiu artifício resultante de aplicação incorreta do art. 135 do RIR/99;*

16. *Na verdade, o auto de infração baseia-se no inconformismo da fiscalização quanto às consequências que a aplicação da lei trouxe ao caso concreto;*

17. *O impugnante não contesta a lógica dos quadros demonstrativos apresentados no TVF, mas as distorções então apresentadas decorrem do texto da lei;*

18. *Como regra, os ganhos de equivalência podem ser distribuídos. Como correspondem a lucros não realizados, a LSA faculta às companhias, para preservar a sua "saúde financeira", a manutenção desses lucros em uma reserva específica;*

19. *Se a controladora fosse extinta, ocorreria a mesma distorção, conforme exemplo na impugnação;*

20. Diz que a situação é análoga ao caso concreto. Ambas decorrem do fato de a legislação em vigor prever que a capitalização de lucros gera aumento para o investidor, sem fazer qualquer restrição. É possível que o legislador não se tenha dado conta de que, em determinados casos, a capitalização de ganhos de MEP é capaz de favorecer o contribuinte;

21. Não cabe à fiscalização deixar de aplicar a lei por considerar que ela gera distorções injustificáveis;

22. O Conselho já decidiu por diversas vezes que "a existência de falhas na legislação" não pode ser suprimida pelo legislador;

23. 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;

24. Além do impugnante, quase todos os acionistas foram autuados e o auto lavrado contra um deles foi julgado improcedente pela 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção do CARF (processo 12898.002335/2009-31);

25. NULIDADE DO AUTO POR TER ARBITRADO O GANHO DE CAPITAL

26. Os lucros capitalizados por PARTICIPAÇÕES, assim como o custo original de seus investimentos foram simplesmente desconsiderados na determinação de seu ganho de capital;

27. O auto não pode ser mantido em razão de o método utilizado pela autoridade fiscal para apurar o custo dos investimentos do impugnante no banco configurar verdadeiro arbitramento na apuração de seu ganho de capital;

28. A metodologia adotada pela autoridade fiscal inovou ao arbitrar o custo de aquisição do impugnante ignorando completamente o art. 135 do RIR/99;

29. A fiscalização tratou como custo de investimento o valor decorrente da aplicação do percentual de participação indireta do Impugnante no banco no patrimônio líquido ajustado de PACTUAL. A fiscalização arbitra o custo de aquisição dos investimentos do IMPUGNANTE, observando-se um critério sem qualquer base legal;

30. DA INEXISTÊNCIA DE FRAUDE E ABUSO DE DIREITO (fl. 1.229)

31. As fraudes, simulações, abusos de forma e figuras semelhantes pressupõem a prática de atos que, de forma irregular, acarretem a redução, postergação ou eliminação do pagamento de tributos;

32. A reestruturação não foi realizada com propósito específico de reduzir o ganho de capital e seria levada a efeito, independentemente da economia fiscal que dela decorreu;

33. 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;

34. A Reestruturação teve motivação própria e os atos que consubstanciaram, sejam eles analisados de forma isolada ou conjunta, jamais poderiam ser encarados como tendo sido praticados com abuso de direito;

35. Os efeitos dos atos praticados com observância da lei, mas com abuso de direito: (i) não podem ser rejeitados pela fiscalização, na medida em que a norma que lhe atribuiria este poder (art. 116 do CTN) carece de regulamentação; (ii) ou, pelo menos, não representam fraude ou simulação;

36. A REESTRUTURAÇÃO foi feita às claras, com o intuito de viabilizar a negociação das ações do Banco diretamente pelo acionistas;

37. Se prevalecer o entendimento de que o art. 135 do RIR/99 não engloba a capitalização de lucros derivados da aplicação do MEP, o custo dos investimentos da impugnante no banco foi superdimensionado, mas apenas por equívoco na interpretação da lei;

38. O núcleo do tipo correspondente à fraude fiscal é a falsidade. E não se alegue que a mera intenção do sujeito passivo de obter economia tributária caracterizaria dolo capaz de deflagrar a multa qualificada;

39. Destaque-se que a participação societária do Impugnante era extremamente reduzida;

40. DA INAPLICABILIDADE DA MULTA QUALIFICADA (fl. 1238)

41. A fiscalização não comprovou e nem sequer apontou um único ato praticado pelo Impugnante que pudesse configurar a alegada fraude;

42. Ao afirmar que o contribuinte realizou a estruturação acreditando que haveria norma prevendo a majoração desses custos, o TVF desloca a matéria para o campo da interpretação da lei;

43. Vários acionistas foram autuados e a fiscalização utilizou critérios diferentes para a determinação do custo de aquisição, o que demonstra que a situação não é tão clara e incontestável;

44. Existem casos em que foi cancelado o lançamento fiscal e, mesmo nos que foram contrários ao contribuinte, foi desqualificada a multa;

45. É totalmente improcedente a acusação de que o Impugnante teria intencionalmente omitido da autoridade fiscal informações com relação à venda de suas ações do Banco. O que ocorreu foi um lapso do contribuinte;

46. Não é razoável concluir que o impugnante, tendo preenchido o demonstrativo do ganho de capital dos anos-calendário anteriores, deixaria de fazê-lo nos anos-calendário 2010 e 2011 com o intuito de não pagar imposto;

47. DA RETIFICAÇÃO DO VALOR DO AUTO (fl. 1246)

48. A fiscalização não aceitou o pagamento do IR efetuado pelo impugnante por entender que ele não se encontrava espontâneo no momento do recolhimento, e conseqüentemente, lançou integralmente o imposto;

49. Assim, no mínimo, o auto de infração deve ser retificado para que seja descontado o valor já recolhido pelo impugnante.

50. DOS JUROS SOBRE A MULTA (fl. 1247)

51. Não é cabível juros sobre a multa, pois isso implica em majoração da própria penalidade; (Grifou-se.)

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

Exercício: 2010, 2011

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.

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

Os princípios contábeis e a correta escrituração não permitem que haja o reconhecimento do aumento do custo das ações em duplicidade em razão de dupla capitalização dos mesmos lucros na empresa Controladora e Controlada.

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

*CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS. INCORPORAÇÃO REVERSA.
REDUÇÃO DE CAPITAL. EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL.
PRINCÍPIOS CONTÁBEIS*

Tendo o contribuinte apurado lucro contábil na empresa CONTROLADA e reconhecido tal lucro na empresa CONTROLADORA pelo método da equivalência patrimonial, a incorporação reversa não possibilita que haja o reconhecimento do mesmo lucro no custo das ações em duplicidade pelos sócios da empresa controlada se os lançamentos contábeis são efetuados corretamente.

Na hipótese de redução de capital, os sócios devem reduzir o custo das ações em seu estoque.

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.

*MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.
SONEGAÇÃO*

É aplicável a multa qualificada quando restar caracterizado o 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 ou a sonegação tendente a impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

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 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 10/04/2015 (termo de vista de processo, fl. 1384).

RECURSO VOLUNTÁRIO

Em 08/05/2015, foi apresentado recurso voluntário (e-fls. 1401 a 1459), sendo reiterados, em síntese, os termos da impugnação, e, ainda, que:

(a) a venda das ações do **Banco Pactual** ao UBS acarretou a lavratura de auto de infração contra mais de 60 acionistas, sob a mesma alegação de que o custo de aquisição de seus investimentos havia sido quantificado a maior; entretanto, não há a menor convergência da Receita Federal do Brasil (RFB) quanto ao critério para apuração correta do custo de aquisição dos investimentos;

(b) assim, (i) no auto de infração, a RFB afirma que o custo deveria ser equivalente ao valor da participação indireta dos acionistas no capital de **PSA** em 01.12.2006, após deduzido o montante dos dividendos distribuídos pelo **Banco Pactual** com base em instrumento de usufruto; (ii) em outros autos de infração, a RFB afirma que caberia ao recorrente reduzir o custo de seus investimentos quando ocorresse a incorporação da NPP pela **PSA** e, com base nesse entendimento, desconsiderou o aumento de custo dos investimentos do recorrente resultante da capitalização de lucros de **Pactual Participações**; (iii) nos processos 1448.735961/2011-20; 12448.735957/2011-61; 12448.735950/201140; 12448735952/2011-39; e 12448735954/2011-28, a RFB afirma que o custo de aquisição dos investimentos dos acionistas corresponderia ao custo médio ponderado das ações (art. 16, § 5º da IN SRF nº 84, de 11.10.2001), multiplicado pelo número de ações alienadas ao UBS, sem levar em consideração os efeitos das capitalizações de lucros ocorridas em 31.12.2005 e em 2006; e, finalmente, (iv) no processo 15504.724125/2011-96, a RFB considera legítimo apenas o acréscimo de custo decorrente da capitalização de lucros da NPP; essa diversidade de critérios na quantificação do ganho de capital dos acionistas evidencia que o lançamento baseou-se exclusivamente no efeito econômico gerado pela reestruturação e não na lei, o que é inaceitável.

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

Conselheiro Relator João Bellini Júnior

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, 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 01/12/2006; logo, em 29/07/2014, o crédito lançado estaria extinto por decadência, uma vez que a data do pagamento do preço é irrelevante para fins de contagem de decadência. Fiscalizar o ganho de capital ocorrido em 2010 e 2011 corresponde a revisão de lançamento, o que é vedado no direito tributário.

Não lhe assiste razão.

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.)

No caso concreto, antes do procedimento fiscal **NÃO** houve pagamento parcial do imposto referente ao ganho de capital devido em 2010 e 2011. Assim, aplicável a regra do art. 173, I, do CTN. Porém, mesmo que fosse aplicada a regra do art. 150, § 4º, também não teria ocorrido a decadência, como veremos a seguir.

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 exposto 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.

Por outro lado, não configura a revisão do lançamento o procedimento fiscal destinado a apurar o ganho de capital ocorrido em 2010 e 2011, uma vez que o procedimento anterior destinou-se a apurar o ganho de capital em anos anteriores, 2006 e 2009.

Assim, como o primeiro pagamento objeto do auto de infração foi recebido em 18/03/2010 e tendo a ciência ocorrido em 29/07/2014, não há falar em decadência do poder-dever de lançar o crédito tributário.

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 citados (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 Recurso Especial no processo 12448.736590/2011-01, já citado no citado no relatório fiscal, do qual o próprio contribuinte é sujeito passivo, relativo à mesma operação de venda de ações, porém concernente aos pagamentos recebidos em 2006 e 2009, emitindo o Acórdão nº 9202-003.701 (Relatora Maria Helena Cotta Cardozo), que decidiu: I – por unanimidade, negar provimento ao recurso especial do contribuinte (matéria: omissão de ganho de capital) e, II – pelo voto de qualidade, dar provimento do recurso especial da União (representada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional) (matéria: juros de mora incidentes sobre a multa de ofício).

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

ACÓRDÃO	DATA	RELATOR/REDATOR
9202-003.698	16/02/2016	LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
9202-003.699	16/02/2016	LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
9202-003.700	16/02/2016	LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
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	10/05/2016	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 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.

DO TRIBUTO LANÇADO

Quanto às demais questões de mérito, o recurso voluntário deve ser provido parcialmente, apenas para afastar a qualificadora da multa, pelos mesmos fundamentos já colacionados por ocasião do julgamento já realizado pela CSRF a respeito dos pagamentos

recebidos pelo recorrente nos anos de 2006 e 2009, complementados pelas razões que passo a expor.

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. Nos anos 2010 e 2011 o ganho de capital não foi apurado, como já referido.

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

	31.12.2006 (em R\$)
Rendimentos isentos e não tributáveis	36.080.822,51
Rendimentos sujeitos à tributação exclusiva definitiva	15.560.348,41
<u>Lucros e dividendos recebidos</u>	
Nova Pactual Participações Ltda	18.642.608,30
PACTUAL S.A.	17.431.540,00

lucros (e-fl. 326):

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\$44.661.001,20; pelo lançamento, o valor é R\$14.962.740,96.

ENTENDIMENTO DA CSRF

Transcrevo, assumindo como razões de decidir, as razões do conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, relator, na CSRF, 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.

Conseqüentemente, 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 conseqüentemente 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*
- *consequentemente, 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 n°s 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 n° 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 n° 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,

concluimos 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:

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

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 dívidas 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:

Lei 9.249, de 1995	RIR 99
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	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

<i>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>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 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.</u> (Grifou-se.)</i>	<i>Art. 135. <u>No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista (Lei nº 9.249, de 1995, art.10, parágrafo único).</u> (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.

EVOLUÇÃO PATROMONIAL

Durante o procedimento de fiscalização, essa registrou:

(Pergunta da fiscalização) 10. Todos os valores recebidos a título de distribuição de lucros, dividendos e juros sobre o capital próprio auferidos durante o ano-calendário de 2006, especificando as respectivas sociedades que efetuaram as distribuições com a indicação dos percentuais de participação correspondentes, segregando os valores que foram efetivamente recebidos dos que representaram créditos contra as sociedades que tenham sido capitalizados.

Resposta: O quadro a seguir resume os eventos corridos no ano-calendário de 2006.

Empresa Pagadora	% de participação	Valor pago ou distribuído	Natureza	Destinação dos recursos
Nova Pactual Participações Ltda	2,2385%	R\$ 18.642.608,30	Lucros	crédito capitalizado na NPP de R\$ 15.350.517,00
Pactuai S/A (PSA)	1,7500%	R\$ 17.431.540,00	Dividendos	crédito capitalizado na PSA
Banco Pactual S/A	1,7500%	R\$ 597.905,07	JCP (valor bruto)	efetivo recebimento

Porém, como visto o recorrente ao menos **em duas ocasiões, cumulativamente**, recebeu rendimentos isentos a título de lucros/dividendos e **capitalizou** tais lucros (ou parte destes), fato este que motivou o presente lançamento:

	31.12.2006 (em R\$)
Rendimentos isentos e não tributáveis	36.080.822,51
Rendimentos sujeitos à tributação exclusiva definitiva	15.560.348,41
Lucros e dividendos recebidos Fonte pagadora	
- NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA	18.642.608,30
- PACTUAL S.A	17.431.540,00

Como decorrência sua evolução patrimonial expressa a dupla utilização dos lucros:

EVOLUÇÃO PATRIMONIAL

Bens e direitos em 31/12/2009
Bens e direitos em 31/12/2010

101.729.729,26
148.172.288,50

Vejamos em detalhes os lucros e dividendos que foram recebidos e capitalizados:

1. INCORPORAÇÃO DA NOVA PACTUAL PELA PSA, em 13/10/2006, com o recebimento de ações na mesma proporção que detinha na holding extinta; essa operação foi precedida, na mesma data, pela **distribuição desproporcional dos lucros apurados pela Nova Pactual e pela capitalização desses mesmos lucros com a integralização de novas quotas da Nova Pactual** – primeira majoração do custo de aquisição de sua participação societária, baseada no art. 135 do RIR 99:

RECEBIMENTO DOS LUCROS - ASSEMBLÉIA DOS SÓCIOS QUOTISTAS DA NPP, EM 13/06/2006**NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA.
CNPJ/MF nº 02.220.756/0001-71
NIRE 3330016634-3****ATA DE ASSEMBLÉIA DE SÓCIOS QUOTISTAS DA NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA.**

1. Data, hora e local: No dia 13 de outubro de 2006, às 08:00 horas, na sede social, localizada na cidade e Estado do Rio de Janeiro, na Praia de Botafogo, n.º 501, Torre Corcovado, 5º andar-parte, Botafogo.

2. Convocação e Presença: Convocação dispensada, nos termos do artigo 1.072, parágrafo segundo, da Lei nº 10.406/2002, tendo em vista a presença da totalidade dos quotistas da Sociedade.

3. Mesa: Presidente: André Santos Esteves
Secretário: Gilberto Sayão da Silva

4. Deliberações: Pela unanimidade dos quotistas, foi deliberado:

4.1. Aprovar a distribuição desproporcional dos lucros da Sociedade, conforme valores definidos na tabela anexa à ata que se refere a esta Assembléia, a qual, rubricada por todos os sócios, fica arquivada na sede da sociedade, valores estes que somam o montante global de R\$ 693.018.369,69 (seiscentos e noventa e três milhões, dezoito mil, trezentos e sessenta e nove reais e sessenta e nove centavos), apurados em balanço levantado em 31 de agosto do ano corrente, a serem efetivamente pagos aos sócios dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, contados desta data.

Tabela de distribuição desproporcional de lucros:

Sócio	Quotas Classe A (R\$)	Quotas Classe B (R\$)	TOTAL (R\$)
André Schwartz	70.451.635,00	0,00	70.451.635,00
	0,00	15.526.271,60	15.526.271,60

CAPITALIZAÇÃO DOS LUCROS - 4ª ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL DA NPP, EM 13/10/2006

têm entre si justo e contratado alterar o Contrato Social da NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA, de modo a refletir as seguintes deliberações tomadas pela unanimidade de votos dos sócios-quotistas, que se reuniram, nesta mesma data, decidindo o seguinte:

I - Aumentar o capital social no montante total de R\$ 686.000.000,00 (seiscentos e oitenta e seis milhões de reais), passando de R\$ 70.118.786,40 (setenta milhões, cento e dezoito mil, setecentos e oitenta e seis reais e quarenta centavos) para R\$ 756.118.786,40 (setecentos e cinquenta e seis milhões, cento e dezoito mil, setecentos e oitenta e seis reais e quarenta centavos), com a conseqüente emissão de 686.000.000 (seiscentas e quarenta milhões) de quotas, com valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada, aumento este totalmente subscrito pelos sócios quotistas e integralizado mediante a capitalização de parcela ou totalidade dos créditos por cada um deles detidos contra a Sociedade, apurados segundo balanço levantado em 31 de agosto de 2006, os quais correspondem aos respectivos montantes ora capitalizados.

Tabela de distribuição desproporcional de lucros:

Nome	Classe A	Classe B	TOTAL
André Schwartz	150.629.835	39.624.152	190.253.987
	2.101.946	25.328.649	27.430.595

2. DISTRIBUIÇÃO E CAPITALIZAÇÃO DOS LUCROS

PELA PSA, em 03/11/2006 – segunda majoração do custo de aquisição de sua participação societária, baseada no art. 135 do RIR 99, evento preparatório da incorporação da PSA pelo Banco Pactual, em 1º/12/2006, com o recebimento, nesta ocasião, pelas pessoas físicas, de participação na mesma proporção que detinham na holding extinta:

REUNIÃO DE DIRETORIA DA PSA, EM 03/11/2006

PACTUAL S.A.
CNPJ/MF nº 02.220.758/0001-60
NIRE 3330016633-5

Ata de Reunião de Diretoria da Pactual S.A. ("Companhia"), realizada no dia 03 de novembro de 2006, lavrada em forma de sumário:

1. Data, hora e local: No dia 03 de novembro de 2006, às 12:00 horas, na sede da Companhia localizada na cidade e Estado do Rio de Janeiro, na Praia de Botafogo, n.º 501, Torre Corcovado, 5º andar-parte, Botafogo.
2. Convocação e Presença: Dispensada a convocação tendo em vista a presença da totalidade dos Diretores da Companhia.
3. Mesa: Presidente: Gilberto Sayão da Silva
Secretário: André Santos Esteves
4. Deliberações: Pela unanimidade dos Diretores, foi deliberado:
 - 4.1 Aprovar, nos termos do artigo 9º, inciso VII do estatuto social, a distribuição de dividendos da Companhia no valor global de R\$ 996.087.876,00 (novecentos e noventa e seis milhões, oitenta e sete mil, oitocentos e setenta e seis reais), apurados segundo balanço levantado em 31.10.06, a serem efetivamente pagos aos acionistas dentro do prazo de 60 (sessenta) dias contados desta data, conforme os valores definidos na tabela anexa.
5. Encerramento: Encerrados os trabalhos e inexistindo qualquer outra manifestação, lavrou-se esta ata que, após lida, foi aprovada e assinada por todos os presentes.

ANEXO I

Tabela de distribuição de dividendos

Sócio	PSA ON	PSA PN	TOTAL
André Schwartz	0,00	17.431.540,00	17.431.540,00

ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA DA PSA, EM 03/11/2006

Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Pactual S.A. (a "Companhia"), realizada em 03 de novembro de 2006, lavrada na forma de sumário:

5. Deliberações: Por acionistas representando de 100% (cem por cento) do capital social votante da Companhia, presentes à Assembleia, foram tomadas as seguintes deliberações:

5.1. Aprovar o aumento do capital social da Companhia no montante total de R\$ 996.087.876,00 (novecentos e noventa e seis milhões, oitenta e sete mil, oitocentos e setenta e seis reais), passando este de R\$ 101.698.838,85 (cento e um milhões, seiscentos e noventa e oito mil, oitocentos e trinta e oito reais e oitenta e cinco centavos) para R\$ 1.097.786.714,85 (um bilhão, noventa e sete milhões, setecentos e oitenta e seis mil, setecentos e quatorze reais e oitenta e cinco centavos), com a consequente emissão de 996.087.876 (novecentos e noventa e seis milhões, oitenta e sete mil, oitocentos e setenta e seis) ações, das quais 332.034.116 (trezentos e trinta e dois milhões, trinta e quatro mil, cento e dezesseis) são ações ordinárias, enquanto 664.053.760 (seiscentos e sessenta e quatro milhões, cinqüenta e três mil, setecentas e sessenta) são ações preferenciais, todas nominativas e sem valor nominal, pelo preço de emissão de R\$ 1,00 por ação, fixado na forma do artigo 170, § 1º, da Lei nº 6.404/76, as quais são totalmente subscritas pelos acionistas da Companhia e integralizadas, neste mesmo ato, mediante a capitalização de créditos detidos pelos acionistas contra a Companhia, no

mesmo valor do aumento de capital ora deliberado, tudo conforme Boletins de Subscrição que ficam arquivados na sede da Companhia.

INFORMAÇÕES PRESTADAS À FISCALIZAÇÃO:

A evolução do custo das ações do **Banco Pactual**, obtida a partir das informações prestadas na DAAS e nas respostas às intimações fiscais é a seguinte:

A evolução do custo das ações do **Banco Pactual**, obtida a partir das informações prestadas na DAA e nas respostas às intimações fiscais é a seguinte:

SOCIEDADES	Custo das quotas/ações em 31.12.2005 (R\$)	Lucros/dividendos capitalizados em 2006 (R\$)	Custo das quotas/ações acumulado em 1º.12.2006 (R\$)
Nova Pactual	11.879.031,70	15.350.517,00	27.229.548,70
Pactual S/A		17.431.540,00	17.431.540,00
TOTAL		32.782.057,00	44.661.088,70

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 recorrente o da ordem de 336% (de R\$14.962.740,96 para R\$ 44.661.001,20), 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 dúplice utilização dos lucros não encontra suporte legal.

Tais razões, por si só, são suficientes para o desprovemento 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 Iudicibus (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 Iudicibus (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 mantém 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.

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 sentido, 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.

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 n° 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 sentido, 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. 1281).

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 sucessora 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, percebe-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 tão somente 1,75% das ações do **Banco Pactual** (termo de verificação fiscal, e-fls. 328), 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.

Da mesma forma, não é razoável a alegação da tentativa de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária se as operações que deram origem às parcelas lançadas - especialmente o contrato no qual eram previstos os pagamentos - já eram de conhecimento da fiscalização, em razão de procedimento fiscal anterior.

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 hajam 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 Câmara Superior de Recursos Fiscais (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)

DOS PAGAMENTOS APÓS O INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL

Os pagamentos realizados após o início do procedimento fiscal não podem ser considerados espontâneos, a teor do art. 7º, § 1º do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

(...)

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

Correto, portanto, o procedimento de constituir o crédito tributário pelo lançamento pelo seu valor integral, sem considerar os pagamentos e as declarações apresentadas após o início do procedimento fiscal.

Os pagamentos efetuados fora do regime jurídico da espontaneidade não possuem o condão de elidir a incidência da multa de ofício, e podem ser aproveitados no procedimento de cobrança, sendo imputados ao crédito tributário constituído pelo lançamento

Conclusão

Voto, portanto, por (a) considerar não ocorrida a decadência do poder-dever de lançar o crédito tributário e (b) DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, reduzindo a multa qualificada ao percentual de 75% e mantendo o lançamento nas demais questões.

(assinado digitalmente)

João Bellini Júnior

Relator

Declaração de Voto

Conselheiro Fábio Piovesan Bozza

Peço vênia para apresentar algumas breves considerações sobre a fundamentação de alguns tópicos, em razão do caráter controvertido da matéria e da recorrência desses casos no colegiado.

Destaco que a presente declaração de voto foi preparada tendo em vista processo com o maior número de intercorrências, a exemplo das alegações de decadência e de insubsistência da multa qualificada. Portanto, a declaração de voto deverá ser ajustada, “mutatis mutandis”, à matéria controvertida nos presentes autos.

Decadência

A verificação do eventual transcurso do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário por parte da fiscalização depende de alguns fatores, a saber: **(i)** a determinação do momento em que ocorre o fato gerador do IR sobre o ganho de capital das pessoas físicas nas alienações a prazo; **(ii)** a existência ou não de dolo, fraude ou simulação nas operações realizadas pelo Recorrente; e **(iii)** a existência ou não de pagamento antecipado.

Aspecto temporal da hipótese de incidência do IRPF sobre o ganho de capital nas alienações a prazo

Trata-se de questão controvertida, com escassa manifestação doutrinária e com divergência jurisprudencial. De um lado, advoga-se que o fato gerador do imposto nessas circunstâncias ocorre por ocasião da alienação do bem, havendo somente um diferimento do pagamento do tributo para o momento do recebimento da parcela do preço pelo alienante. De outro lado, defende-se que o fato gerador do IRPF continua a seguir a regra geral do regime de caixa, o qual somente ocorre com o efetivo recebimento de cada parcela do preço.

A diferença entre uma e outra posição é significativa e não se restringe à decadência, podendo afetar também a determinação da lei tributária vigente no tempo (art. 144 do CTN). No caso ora analisado, contudo, a questão limita-se à decadência.

As principais normas relacionadas com o tema são as seguintes (grifamos):

Lei nº 7.713/88

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

(...)

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.

Lei nº 8.981/95

Art. 21. *O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza sujeita-se à incidência do Imposto de Renda, à alíquota de quinze por cento.*

§ 1º *O imposto de que trata este artigo deverá ser pago até o último dia útil do mês subsequente ao da percepção dos ganhos.*

§ 2º *Os ganhos a que se refere este artigo serão apurados e tributados em separado e não integrarão a base de cálculo do Imposto de Renda na declaração de ajuste anual, e o imposto pago não poderá ser deduzido do devido na declaração.*

RIR/99

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 nº 7.713, de 1988, art. 21).*

§ 1º *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.*

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

Instrução Normativa SRF nº 84/2001

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.

A aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica da renda ou dos proventos de qualquer natureza, aludida pelo art. 43 do CTN, não representa um instante unívoco. Ao contrário, ela encontra-se inserida em um espectro de possibilidades, demandando definição por parte do legislador ordinário.

A realização dessa riqueza pode ocorrer em diversos momentos, como a celebração do negócio jurídico, a tradição do bem, o recebimento do preço etc. Compete,

assim, ao legislador ordinário definir tal instante, observados os limites estabelecidas pela Constituição Federal e pelo CTN.

E assim o fez o legislador ordinário ao editar a Lei nº 7.713/88, conformando-se com tais balizas.

O art. 21 da Lei nº 7.713/88, ao tratar da tributação do ganho de capital sobre alienações a prazo, afirma que a tributação ocorre “*na proporção das parcelas recebidas*”. Considero que tal prescrição não excepciona a regra geral do regime de caixa, consagrada pelo art. 2º da Lei nº 7.713/88 e ratificada pelo art. 21 da Lei nº 8.981/95.

A regulamentação infralegal (art. 140 do RIR/99 e art. 31 da IN 84/2004) não destoa da lei – e nem poderia – ao estabelecer, respectivamente, a forma de apuração da base de cálculo e o momento da ocorrência do fato gerador do imposto: “*o ganho de capital deverá ser apurado como venda à vista e tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês*”.

O fato de a base de cálculo reportar-se a evento (alienação) ocorrido em momento distinto do aspecto temporal da obrigação tributária (recebimento da parcela) não é um impedimento, sequer uma novidade na legislação brasileira. Dois exemplos ilustram esse fato. Primeiro, a contribuição ao PIS, cujo fato gerador ocorria no momento em que auferido o faturamento do mês, mas a base de cálculo reportava-se ao faturamento do sexto mês anterior (art. 6º, parágrafo único da Lei Complementar nº 7/70). Segundo, o IRPF no ajuste anual, cujo fato gerador ocorre em 31 de dezembro, mas a base de cálculo abarca os rendimentos percebidos e as despesas dedutíveis pagas durante todo o ano-calendário (art. 7º, 8º e 25 da Lei nº 9.250/95)

Na verdade, a técnica empregada pelo art. 21 da Lei nº 7.713/88 busca delimitar a composição do ganho de capital ao valor de venda do bem, ao respectivo custo de aquisição e à eventual correção monetária existente no momento da alienação, não abrangendo outras verbas porventura acordadas, como eventuais juros incidentes sobre a parcela, que ficam sujeitos à tributação específica.

Por outro lado, a tese do diferimento (ocorrência do fato gerador no momento da alienação) não se afigura adequada, justamente porque deriva de uma interpretação do conteúdo da lei feita às avessas, a partir das disposições do seu decreto regulamentador (“*o ganho de capital deverá ser apurado como venda à vista*”)¹.

Em suma, o aspecto temporal da hipótese de incidência do IRPF sobre o ganho de capital nas alienações a prazo continua a ser o recebimento do preço (percepção da renda), e não o negócio jurídico da alienação (celebração do contrato de compra e venda).

A existência ou não de dolo, fraude ou simulação nas operações

¹ Além disso, a tese do diferimento cria situações, no mínimo, inusitadas. Se o fato gerador do IR sobre o ganho de capital nas alienações de bens a prazo ocorre no momento da alienação (de modo simplificado, na celebração do contrato), então restaria ao “recebimento do preço” o papel de mero vencimento da obrigação tributária, o qual poderia nunca ocorrer, frustrando a participação do Estado sobre riqueza já auferida pelo contribuinte. Isso porque, diferentes de outros tributos, a Lei nº 7.713/89 não indicou momento em que o diferimento estaria automaticamente interrompido.

Tal como o conselheiro relator, não vislumbro a existência de dolo, fraude ou simulação nas operações de reorganização societária promovidas.

E diversas são as razões:

(a) a estrutura societária com as empresas “holdings” já era preexistente, não havendo interposição fraudulenta de pessoas;

(b) a extinção dessas empresas “holdings”, por meio de sucessivas incorporações reversas, refletiu o poder de escolha assegurada constitucionalmente aos particulares pela autonomia privada, observou o ordenamento jurídico e atendeu com eficiência ao compromisso assumido pelos vendedores com o comprador, demonstrando a existência de *propósito negocial*, quer na sua vertente de *causa jurídica* (a qual adoto²), quer na acepção de *motivação extratributária*;

(c) todas as operações foram devidamente escrituradas e arquivadas no registro público, não havendo ocultação de atos;

(d) o tempo na realização da reorganização societária foi adequado para alcançar a estrutura requerida pelo comprador no fechamento do negócio (“closing”), com a observância das autorizações governamentais necessárias à validade e à eficácia da operação;

(e) não houve desfazimento de nenhuma etapa do procedimento de reorganização societária, nem neutralização dos respectivos efeitos, circunstância que afasta alegações de existência de pacto simulatório prévio entre as partes;

(f) a conduta do Recorrente, mesmo diante de uma interpretação a meu ver equivocada sobre o alcance do art. 135 do RIR/99, pode ser qualificada como erro de direito, mas não como ato doloso, fraudulento ou simulado.

Afasto, portanto, a acusação de simulação.

A existência ou não de pagamento antecipado

Não houve propriamente antecipação do pagamento do tributo (porque o IRPF incidente sobre o ganho de capital não está sujeito ao ajuste anual), mas sim pagamento a menor.

Em conclusão, aplicando-se a regra disposta no art. 150, § 4º do CTN, constata-se que o lançamento do IRPF sobre a parcela do preço recebida em 01/12/2006 encontra-se extinto pelos efeitos da decadência, uma vez que a ciência do auto de infração aconteceu em 14/12/2011. O lançamento sobre a outra parcela do preço, recebida em dezembro/2009, não se encontra decaída.

Art. 135 do RIR/99

O mérito da autuação envolve a atualização do custo de aquisição de participações societárias detida por pessoa física, em decorrência da capitalização de lucros e reservas na pessoa jurídica investida, conforme o disposto no art. 135 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99):

Art. 135. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros

² BOZZA, Fábio Piovesan. *Planejamento tributário e autonomia privada*. São Paulo: Quartier Latin. 2015.

apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista (Lei nº 9.249, de 1995, art.10, parágrafo único)

O Recorrente defende que a capitalização de lucros reconhecidos pelas empresas “holdings” de acordo com o método de equivalência patrimonial (MEP) é mera consequência das operações de reestruturação societária realizadas. E a legislação fiscal prevê que a capitalização de lucros e reservas gera acréscimo de custo para o acionista pessoa física, sem cogitar da natureza do lucro.

Realmente, pelo MEP, os lucros (ou prejuízos) deverão ser registrados como receita (ou despesa) da empresa investidora no momento da sua geração, independentemente da formalização do ato de distribuição, afetando o valor contábil do investimento constante do ativo, na subconta de equivalência patrimonial; posteriormente, o registro contábil dos dividendos distribuídos não deverá transitar pelas contas de resultado da investidora, havendo mero lançamento permutativo entre contas do balanço patrimonial (geralmente debitando-se a conta caixa ou bancos e creditando-se a subconta de equivalência patrimonial).

Referida sistemática de mensuração, portanto, não se esgota no fluxo financeiro de recursos, nem se limita aos efeitos dos atos jurídicos da pessoa jurídica investida. Busca, ademais, controlar e monitorar a performance das diversas entidades envolvidas, antecipando fluxos de caixa futuros ou oportunidades de negócio.

O viés econômico do resultado de equivalência patrimonial, todavia, não lhe retira o efeito de interferir no resultado contábil da investidora, de forma positiva (receita) ou negativa (despesa). Consequentemente, o lucro contábil oriundo da aplicação do MEP não é meramente gráfico, nem se reduz a uma informação econômica para os interessados, podendo ser objeto de distribuição de dividendos pela sociedade investidora.

Os resultados positivos de equivalência integram o lucro da pessoa jurídica investidora e são passíveis de distribuição. Tanto assim que a Lei das S/A criou um mecanismo para evitar a incompatibilidade entre a distribuição do dividendo obrigatório e o reconhecimento do lucro pelo MEP. Por meio da *reserva de lucros a realizar* (art. 197)³, é possível excluir da base dos dividendos a parcela do lucro ainda não realizada financeiramente.

³ **Art. 197.** *No exercício em que o montante do dividendo obrigatório, calculado nos termos do estatuto ou do art. 202, ultrapassar a parcela realizada do lucro líquido do exercício, a assembleia-geral poderá, por proposta dos órgãos de administração, destinar o excesso à constituição de reserva de lucros a realizar. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)*

§ 1º *Para os efeitos deste artigo, considera-se realizada a parcela do lucro líquido do exercício que exceder da soma dos seguintes valores:*

I – o resultado líquido positivo da equivalência patrimonial (art. 248); e

II – o lucro, rendimento ou ganho líquidos em operações ou contabilização de ativo e passivo pelo valor de mercado, cujo prazo de realização financeira ocorra após o término do exercício social seguinte. (Redação dada pela Lei nº 11.638, de 2007)

§ 2º *A reserva de lucros a realizar somente poderá ser utilizada para pagamento do dividendo obrigatório e, para efeito do inciso III do art. 202, serão considerados como integrantes da reserva os lucros a realizar de cada exercício que forem os primeiros a serem realizados em dinheiro.*

Para fins fiscais, todavia, os efeitos do MEP deveriam ser diferentes, conforme já tive oportunidade de manifestar opinião a respeito⁴:

Para ser considerada constitucionalmente válida e eficaz, a incidência tributária deve recair sobre um fato-signo presuntivo de riqueza, de natureza econômica ou jurídica, que traduza a manifestação de capacidade contributiva, com razoável margem de segurança e não configure confisco.

Em sua essência, o resultado de equivalência patrimonial, embora evidencie um fato econômico, não representa a aquisição de um direito ou a assunção de uma obrigação por parte da sociedade investidora, de maneira definitiva e incondicional. Não revela a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, exigida pelo art. 43 do CTN para permitir a incidência do imposto de renda. Traduz, isto sim, mero ajuste contábil, provisório e aproximado de potencial renda, ainda não realizada. Aliás, é importante enfatizar que o MEP revela exatamente os lucros não distribuídos pela investida. O resultado de equivalência patrimonial, portanto, não reúne os requisitos suficientes e necessários à tributação (resultado positivo) ou à dedução fiscal (resultado negativo).

Por essa razão, o legislador brasileiro conferiu, corretamente, tratamento fiscal neutro aos resultados de equivalência patrimonial pelos tributos incidentes sobre a renda e sobre a receita. Há quem defenda que estas previsões legislativas apenas declaram ou reconhecem hipóteses de não-incidência tributária, e não introduzem propriamente normas de isenção.

Contudo, o artigo doutrinário denunciava que a desejada neutralidade fiscal já não era integral no âmbito legal, justamente no tema ora em debate:

Em eventual alienação ou baixa do investimento, as oscilações patrimoniais da sociedade investida, desde o momento da aquisição, estarão refletidas no valor contábil do investimento em decorrência da aplicação do MEP, o qual constitui referência para apuração de ganho ou perda de capital (art. 33 do Decreto-lei n. 1.598/77). Quer dizer, no momento em que a sociedade investidora efetuar a alienação ou a liquidação das participações societárias, o montante que servirá de base para se definir a existência de ganho ou perda de capital será o valor contábil do investimento atualizado pelas variações do MEP, e não o custo de aquisição incorrido na data da aquisição das ações ou quotas.

Posteriormente, a desejada neutralidade fiscal do MEP sofreu novo revés, agora no âmbito judicial. Por ocasião do julgamento da ADI nº 2.588, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria apertada, que o resultado positivo da avaliação dos investimentos brasileiros no exterior pelo MEP corresponde ao acréscimo patrimonial exigido pelo art. 43 do CTN e que sua disponibilidade seria econômica, resultante da contabilização pelo regime de competência.

⁴ BOZZA, Fábio Piovesan. “Tratamento fiscal do ágio na aquisição de investimento”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 178. São Paulo: Dialética. 2010.

De qualquer modo, considero que a questão envolvendo a interpretação do art. 135 do RIR/99 **não está limitada à determinação da natureza do resultado positivo de equivalência patrimonial**. A sistemática do MEP não justifica como o custo de aquisição das ações do Recorrente, depois de algumas operações de reestruturação societária, possa superar o montante dos próprios lucros gerados pelo banco. Não justifica, porque não pode. Se pudesse, seria um benefício fiscal, redutor do ganho de capital na eventual alienação. Mas esse não é o caso.

O fato é que o art. 135 do RIR/99 encontra-se na confluência de dois regimes distintos de reconhecimento de resultados: o regime de competência, no caso das pessoas jurídicas, e o regime de caixa, no caso das pessoas físicas. Cada um deles exerce influência sobre o alcance do dispositivo. A mera literalidade não basta. É preciso também compreender a sua finalidade.

E a finalidade do art. 135 do RIR/99, a meu ver, foi possibilitar o aumento do custo de aquisição das participações societárias sem o necessário fluxo financeiro entre a pessoa jurídica investida e a pessoa física investidora, representado pelo pagamento de dividendos e pelo subsequente aumento de capital social. Ausente o art. 135, o aumento do referido custo de aquisição estaria condicionado a tal périplo. E esse parece-me ser o parâmetro adequado para se elucidar a função do dispositivo.

Por isso, ao se interpretar o art. 135 do RIR/99 não apenas literalmente, mas também sistemática e finalisticamente, concluo que o aumento do custo de aquisição das participações societárias dependeria da capitalização dos lucros em toda a cadeia de empresas, desde o banco até as empresas “holdings”, de modo equivalente ao que aconteceria se tivesse havido o mencionado périplo financeiro entre as empresas investidas e a pessoa física investidora.

Adicionalmente, vale enfatizar que os lucros sequer foram capitalizados no banco, o que justificaria, a meu ver, toda e qualquer glosa de aumento do custo de aquisição das participações da pessoa física investidora vinculado ao MEP (respeitado os limites do lançamento fiscal).

No caso concreto, o dispositivo parece ter sido interpretado apenas em sua literalidade, sem considerar os aspectos sistemático e finalístico acima elencados, redundando em uma diminuição indevida do ganho de capital tributável.

Em vista do exposto, acompanho o voto do eminente conselheiro relator, pelas suas conclusões.

Multa de Ofício Qualificada

Por não vislumbrar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação nas operações conduzidas pelo Recorrente, nos termos já antecipados no tópico relativo à decadência, acompanho o voto do conselheiro relator também nessa parte.

Juros de Mora sobre Multa de Ofício

A regra veiculada pelo art. 61 da Lei nº 9.430/96 refere-se à incidência de acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. A multa de ofício não decorre de tributo ou contribuição, mas do descumprimento do dever legal de declará-lo e

de pagá-lo. Consequentemente, afigura-se inaplicável a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício lançada.

Nesse ponto, diverjo do voto do conselheiro relator.

Fábio Piovesan Bozza

Declaração de Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto

Com o devido respeito, divirjo do voto do ilustre relator, uma vez que entendo 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 de renda ou proventos por pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil ou 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 instituíssem 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 2010 e 2011, 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 ajuste 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 distribui. 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 distribui. 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 determina 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 integrem 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 não 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 físicas) está fartamente documentada conforme pode ser observada nas próprias atas de Assembleias e Reuniões apresentadas no próprio vencedor.

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.

Processo nº 12448.726295/2014-81
Acórdão n.º **2301-005.106**

S2-C3T1
Fl. 41

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.

Voto, portanto, por (a) considerar não ocorrida a decadência do poder-dever de lançar o crédito tributário e (b) dar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)
Alexandre Evaristo Pinto