



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

Processo nº 12448.735359/2011-92
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2101-000.203 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 10 de março de 2015
Assunto Imposto sobre a Renda da Pessoa Física
Recorrente GILBERTO SAYÃO DA SILVA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, para esclarecimento de questões de fato, relativas a: (a) a composição do montante alegado pelo contribuinte como custo de suas ações, evidenciando cada investimento ou capitalização ocorrida, (b) Livro razão analítico ou fichas contendo os lançamentos individualizados, bem como livro diário esclarecendo as respectivas contrapartidas, para todas as contas patrimoniais envolvidas, nos períodos de capitalizações de lucros, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS - Presidente

(assinado digitalmente)

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR – Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS (Presidente), EDUARDO DE SOUZA LEÃO, MARIA CLECI COTI MARTINS, DANIEL PEREIRA ARTUZO E HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR (Relator)

Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF), através do qual se constituiu crédito tributário decorrente de recebimento, pelo autuado, no ano-calendário de 2009, de parcela referente à alienação de

ações de sua titularidade de emissão de Banco Pactual S/A (CNPJ 30.306.294/0001-45), alienação esta ocorrida em 01/12/2006.

Tal alienação resulta de contrato firmado em 09/05/2006 (e-fls. 830 a 952) entre a então controladora direta do referido Banco Pactual S/A, a saber Pactual S.A., CNPJ 02.220.758/0001-60, e o investidor estrangeiro UBS AG, onde o sócio pessoa física atuado foi incluído como parte, visto que então detentor de participação societária indireta no referido Banco Pactual S/A, rezando o referido contrato que a alienação final (ou seja, nos termos do contrato, “o fechamento”) já deveria ter como partes o comprador UBS AG e os sócios pessoas físicas, já então titulares de todas as ações emitidas pelo referido Banco Pactual, transformando-se assim a participação indireta do sócio em participação direta no referido Banco, através de uma etapa prévia que se denominou no referido contrato de “Reorganização” (vide e-fls. 839/840).

Concluída tal etapa intermediária, com o respectivo “fechamento do negócio” em dezembro de 2006, o referido sócio fez jus a um recebimento de parcela decorrente da alienação ainda em 2006 (quando do fechamento), bem como a parcela recebida em 2009, objeto do presente litígio, dentre outras parcelas recebidas em outros anos-calendário.

Elemento chave para a análise da autuação é a sequência de eventos societários que compuseram esta etapa de reorganização, muito bem relatadas pela autoridade julgadora de 1ª instância às e-fls. 1143 e seguintes, as quais envolveram, além das sociedades já citadas, as empresas Pactual Participações Ltda., CNPJ 02.244.808/0001-90. Nova Pactual Participações Ltda (antiga Pactual Participações S.A.), CNPJ 02.220.756/0001-71 e Pactual Holdings S.A., CNPJ 02.220.757/0001-16, *verbis*:

“ (...)

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

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

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

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

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

Em 13/10/2006 a Pactual Holdings S/A é incorporada por Pactual S/A, passando o capital social da incorporadora de R\$ 34.498.190,25 para R\$ 64.248.147,47.

Também nesta data, a Nova Pactual Participações Ltda é incorporada por Pactual S/A, cujo capital social passou de R\$ 64.248.147,47 para RS 97.841.295,93.

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

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

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

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

Entende estar a irregularidade evidenciada pelo fato do sujeito passivo ter recebido novas ações em troca das extintas, por ocasião da extinção sequencial da Pactual Holdings S/A, da Nova Pactual Participações Ltda. e da Pactual S/A, mantendo, porém, em sua propriedade, sempre a mesma parcela que detinha indiretamente do Banco Pactual S/A, entidade que concentrava a efetiva riqueza econômica e financeira do grupo empresarial, aumentando também o custo de aquisição de tais ações por meio de dividendos não distribuídos. Os dividendos capitalizados são os mesmos, na medida em que as Reservas e Lucros capitalizados por Nova Pactual Participações Ltda, Pactual Holdings S/A e Pactual S/A nada mais são do que o Resultado da Equivalência Patrimonial do Banco Pactual S/A.

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

Defendeu, assim, a autoridade autuante, que o custo da ação alienada por cada acionista deveria ter como base a participação de cada um deles no Capital Social da Pactual S/A, em 01/12/2006. Todavia, como o contrato firmado na compra e venda do Banco Pactual S/A determinava que, entre a data da celebração do negócio e a data da efetivação do mesmo os lucros auferidos seriam objeto de distribuição aos antigos proprietários, em 22/02/2007, os acionistas alienantes, àquela época exacionistas, receberam de dividendos o montante de R\$ 290.754.000,06. Tal montante, portanto, refere-se a lucros auferidos até 01/12/2006 e, para que pudessem ser distribuídos, deveriam estar incluídos no patrimônio líquido da Pactual S/A. Por isso, esta parcela deveria ser deduzida do custo de aquisição apurado.

Com isso, chega-se ao custo das ações alienadas pelo Contribuinte arbitrado pela fiscalização, que é de R\$ 183.194.183,97, correspondente a 21,20% do total do acervo líquido da sociedade, líquido dos dividendos distribuídos. Por sua vez, tendo o Contribuinte recebido em 2009, pela venda das ações, R\$ 498.247.699,40, correspondentes a 44,82% do valor total da venda, de R\$ 1.111.647.540,24, foi considerado como custo das ações relativo à parcela da venda recebida em 2009, R\$ 82.107.633,25 (183.194.183,97 x 44,82%).

Entendeu a autoridade fiscal que, com os procedimentos adotados pelos exacionistas, estes informaram no Demonstrativo de Ganho de Capital de suas Declarações de Ajuste Anual o custo majorado de suas ações, inserindo, dessa forma, elementos inexatos com o fim de pagar menos imposto de renda, conduta que se insere no contexto de fraude à fiscalização tributária, sendo o tipo doloso (art. 72, da Lei 4.502/64). Todo o arcabouço teria sido montado no sentido de prejudicar o direito do Fisco, configurando, em tese, crime contra a Ordem Tributária definido no inciso I, dos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90. O ato praticado vai contra as palavras e espírito da lei (art. 135 do RIR/99), apesar de o contribuinte fiscalizado afirmar que nela se baseou. Mesmo que isso fosse verdade, o ato preservaria a letra da lei, mas ofenderia o espírito dela, envolvendo o abuso do direito, intimamente ligado à idéia de que não há direito ilimitado.

Cientificado do Termo de Verificação de e-fls. 958 a 992 e do auto de infração de e-fls. 993 a 999 em 27/10/11 (e-fls. 1029/1030), apresentou o contribuinte impugnação de e-fls. 1037 a 1137, onde alegou, adotando-se aqui em sua totalidade o relatório detalhado produzido pela autoridade de 1ª instância:

“(…)

1. Antes da reestruturação, o impugnante era titular de investimentos representativos de 21% da Nova Pactual Participações Ltda (NPP), sociedade holding titular de investimentos representativos de 78,18% do capital de Pactual S.A. (PSA), também uma sociedade holding e titular de investimentos representativos de 100% do capital do Banco Pactual. Os demais 4,21,82% do capital social da PSA eram de

propriedade de Pactual Holdings S.A., sociedade holding da qual o Impugnante era titular de 50% do capital.

2. Após a implementação da reestruturação, o Impugnante considerou que o custo de seus investimentos no Banco Pactual passou a ser de R\$ 505.291.757,41.

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

Das Operações que Precederam a Venda do Banco Pactual e do Propósito das Mesmas

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

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

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

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

Dos Efeitos das Incorporações Inversas

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

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

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

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

12. Nas incorporações inversas, a capitalização de lucros das incorporadas nos processos de incorporação por vezes não é perceptível de imediato, pois pode ocorrer de o capital da incorporadora permanecer o mesmo antes e depois da operação.

Com efeito, tome-se, por exemplo, situação em que: (i) a incorporadora/controlada tenha sido constituída no ano I, com o capital de R\$ 100.000,00; (ii) sua única acionista seja a incorporada/controladora, uma empresa sem nenhum passivo cujo único ativo sejam os investimentos na incorporadora/controlada (R\$ 100.000,00); (iii) a incorporadora/controlada tenha auferido lucros de R\$ 50.000,00 e promovido a capitalização dos mesmos.

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

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

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

16. Com a incorporação da investidora/incorporada, seus acionistas passariam a participar de empresa (a investida/incorporadora) sem lucros disponíveis e com capital social de R\$ 150.000,00. Assim, se o custo dos investimentos dos acionistas da investidora/incorporada não fosse elevado para R\$ 150.000,00, eles perderiam, com a incorporação, a oportunidade de receber dividendos ou mesmo bonificações que possibilitassem o aumento do custo de seus investimento até o montante do patrimônio líquido da invertida/incorporadora; ou seja, se o custo não fosse ajustado, o acionista passaria a registrar um deságio nos seus investimentos.

Esse fato evidencia, por si só, a ocorrência da capitalização dos lucros das incorporadas nos processos de incorporação e justifica o ajuste do custo dos investimentos dos acionistas da incorporada, com base no § único do art. 130 ou no art. 135 do RIR.

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

18. Os lucros de Nova Pactual foram distribuídos em bases desproporcionais e reaplicados na empresa, acertando as participações dos acionistas no patrimônio líquido antes da incorporação.

19. O capital de Participações foi aumentado em R\$ 686.000.000,00, mediante a conversão de créditos detidos por seus quotistas, créditos estes decorrentes do direito ao recebimento de lucros e, como nela se observa, a capitalização dos referidos lucros gerou significativa alteração nos percentuais de participações dos acionistas no capital da referida empresa.

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

Do Aumento de Custo Resultante da Reestruturação

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

22. O aumento do custo de aquisição dos investimentos do Impugnante no Banco Pactual se verificaria, quer houvesse deliberação expressa e

específica no sentido da capitalização dos lucros das holdings como houve quer não.

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

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

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

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

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

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

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

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

Do Equívoco quanto ao Montante do Ganho de Capital Reduzido em Razão da Reestruturação

31. *O montante dos lucros capitalizados soma-se ao custo dos investimentos a que correspondem, ainda que eles tenham sido reconhecidos em razão da aplicação do MEP. Assim, após a capitalização dos lucros existentes em Participações e em Holdings, o custo dos investimentos do Impugnante atingiu R\$ 294.121.108,41.*

Esse é, pois, o valor que deveria ter servido de ponto de partida para quantificação do ganho de capital auferido na venda das ações do BANCO, caso os efeitos da Reestruturação fossem negados.

32. Mesmo que a Reestruturação tivesse sido levada a efeito nas bases que o TVF consideraria adequada, os R\$ 294.121.108,41 corresponderiam ao custo dos investimentos do Impugnante no Banco.

33. A sustentação da Fiscalização de que o custo das ações do Banco deveria ser definido com base no valor do capital de Pactual, dele expurgada uma parcela dos lucros do Banco que seria distribuída aos Acionistas, em razão de usufruto então constituído, chega a causar perplexidade, se confrontada com as normas legais que tratam da matéria, segundo as quais o custo do investimento corresponde ao preço pago por sua aquisição, acrescido dos lucros e reservas de lucros atribuídos aos mesmos, em razão da realização de aumentos de capital da investida.

Da Inexistência de Fraude e Abuso de Direito

34. Depreende-se do Auto que a fraude não estaria presente em ato específico, mas sim no resultado que, com a Reestruturação, o impugnante procurou atingir, qual seja, uma injustificada redução do montante do imposto a pagar.

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

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

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

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

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

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

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

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

42. Jamais se poderia ver fraude em procedimentos com as características da Reestruturação. Transcreve o Impugnante doutrina a respeito da matéria e destaca, por fim, que a participação do impugnante era extremamente reduzida, não tendo ele votos suficientes para fazer com que a Reestruturação ocorresse dessa ou daquela forma.

43. Não se alegue que a mera intenção do sujeito passivo de obter economia tributária caracterizaria “dolo” capaz de deflagrar a multa qualificada.

44. A participação do impugnante era extremamente reduzida, não tendo ele votos suficientes para fazer com que a Reestruturação ocorresse dessa ou daquela forma.

45. Ressalte-se que a própria Fiscalização não está convicta a respeito da ocorrência da fraude, na medida em que enquadrou os mesmos atos que chama de “processos de reorganização societária” como simulação ao efetuar o lançamento da diferença de IRPF relativa ao ganho auferido em 2006.

Da Inaplicabilidade da Multa Agravada

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

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

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

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

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

Das Considerações Finais

51. *Além do presente Auto, o Impugnante teve contra si lavrado outro auto de infração, em 16/12/2009, relativo à parcela recebida no anobase 2006, ambos com base em suposta majoração indevida do custo de aquisição dos investimentos do Impugnante no Banco.*

52. *No primeiro Auto o Fisco desconsiderou os acréscimos de custo decorrentes das capitalizações de lucros em Participações e em Holdings, admitindo, portanto, como legítimo um custo de aquisição no valor de R\$ 353.684.043,40. No segundo (este), o Fisco considerou como custo de aquisição a parcela do patrimônio líquido de Pactual correspondente à participação indireta do Impugnante, deduzidos dos lucros do Banco, por força do contrato de compra e venda de suas ações, foram atribuídos aos Acionistas, considerando como legítimo um custo de R\$ 183.194.183,97.*

53. *Ou seja, foram lavrados contra o Impugnante dois autos de infração questionando a quantificação do ganho de capital auferido na mesma operação. Entretanto, em um caso o Fisco valida o custo de R\$ 183.194.183,97 e, no outro caso, o Fisco valida o custo de R\$ 353.684.043,40.*

54. *Além disso, no auto de 2006 o Fisco alega que as operações que antecederam à venda do Banco configuraram simulação. Por outro lado, o Auto afirma terem ocorrido as figuras de fraude à lei e abuso de direito, sem fazer qualquer menção à simulação.*

55. *Tais fatos nada mais são do que reflexo de uma total indefinição do Fisco quanto ao ilícito que teria sido cometido pelo Impugnante e só reforça o argumento já aduzido, no sentido de que o Auto se baseia no inconformismo do Fisco quanto aos efeitos decorrentes da Reestruturação.*

Em outras palavras, as discrepâncias apontadas acima demonstram que a autuação fiscal é totalmente desprovida de embasamento legal, é incongruente e se funda exclusivamente em alegações econômicas.

Dos Juros sobre a Multa

56. *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.*

Do Pedido

57. *Requer o Impugnante, por fim, que seja julgado totalmente improcedente o Auto, com a consequente extinção do crédito tributário dele decorrente.*

A impugnação foi julgada improcedente, conforme Acórdão de e-fls. 1141 a 1169. Cientificado da decisão em 05/11/2012, o contribuinte, em 27/11/2012 ingressa com

recurso voluntário de e-fls. 1178 a 1223, onde repisa as argumentações trazidas em sede de impugnação, adicionando, ainda, em sede de recurso as seguintes argumentações:

a) Entende que a receita de equivalência é definitiva e efetivamente auferida pelas investidoras, podendo, inclusive, o lucro que a leva em consideração ser distribuído aos sócios ou objeto de capitalização, se tratando de obrigação imposta pela Lei (e não opção), não se confundindo, todavia, o lucro de uma investida com o da investidora, nem o lucro de uma holding com a das outras, entendendo que a capitalização se deu com lucros das próprias holdings. Aduz, ainda, que o fato de uma holding não ter atividades operacionais não permite que se dê tratamento diferenciado a esta em relação a outras que tenham atividades operacionais.

b) Rechaça a inaplicabilidade do art. 135 do RIR/99 a capitalizações de lucros originários do MEP, ressaltando inexistir óbice legal a tais capitalizações. Critica a argumentação tecida na decisão recorrida, no sentido de que uma vez capitalizados na sociedade investidora, os referidos lucros fiquem indisponíveis tanto para capitalizações como para novas distribuições na sociedade investida, argumentando inexistir base legal para tal “bloqueio”. Entende que as vantagens fiscais a que se refere a decisão decorrida decorrem da própria aplicação do art. 135 e não da reestruturação ocorrida no grupo.

c) Menciona a existência de Acórdão de lavra da 2ª. Turma Ordinária da 1ª. Câmara da 2ª. Seção de Julgamento deste CARF onde, por unanimidade de votos, se deu provimento ao recurso do contribuinte.

Finalmente, este último Acórdão mencionado deu origem, inclusive à petição do contribuinte de e-fls.1229 a 1256, onde alegava o contribuinte se tratar o presente auto de questão já apreciada (coisa julgada administrativa), por ser único o fato gerador relacionado às parcelas recebidas em 2006 e em 2009, diferindo as mesmas tão somente quanto ao vencimento do tributo, deslocado em função do recebimento das referidas parcelas, o qual restou não conhecido, na forma de despacho de e-fl. 1257.

Assim, remetem-se os autos à apreciação deste Colegiado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior, Relator.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual dele conheço.

Trata-se de litígio relacionado à apuração de custo, a ser computado quando do cálculo do ganho de capital decorrente da alienação de ações pelo autuado, com a contraprestação recebida em parcelas. Confrontam-se aqui duas teses jurídicas fundamentais, assim sintetizadas:

a) A tese de impossibilidade de majoração do custo, pelos acionistas das holdings do Grupo Pactual, quando da capitalização de lucros originados via Método de

Equivalência Patrimonial que permaneceram na disponibilidade do Grupo Pactual, mesmo após as referidas capitalizações e incorporações realizadas nas holdings do grupo, caracterizada, inclusive, no litígio em questão, fraude à fiscalização tributária (tese da autoridade fiscal), *versus*

b) A plena aplicabilidade do art. 135 do RIR/99, inclusive no caso de capitalização de lucros originados de resultados auferidos via Método de Equivalência Patrimonial (tese do autuado).

A propósito, como já tive oportunidade de me posicionar algumas vezes neste Colegiado, entendo ser recomendável, em hipóteses como a do presente litígio (nos quais estão confrontadas duas teses, geradoras de bases de cálculo completamente díspares), que se possa, com base nos elementos constantes dos autos, se certificar do montante a ser validado em caso de adoção de uma ou outra hipótese, de forma a que não reste o Colegiado a prolatar, independentemente da tese adotada, uma decisão ilíquida, de difícil execução pela autoridade preparadora.

Verifico que o presente caso difere bastante do auto lavrado em relação ao mesmo contribuinte quanto ao fato gerador ocorrido em 2006, uma vez que se está a litigar não a glosa específica de dois aumentos de custo registrados pelo contribuinte (o que pressupõe que o montante não glosado não era, naquele caso, objeto de litígio), mas sim se está, agora, a discutir o montante apurado pela fiscalização como custo, comparativamente ao valor apurado pelo contribuinte.

In casu, noto que, ainda que o custo de aquisição adotado pela autoridade lançadora esteja perfeitamente esclarecido e respaldado, na forma de cálculo constante às e-fls. 980/981, entendo **carecer de esclarecimento fático adicional o montante alegado pelo contribuinte como custo de suas ações alienadas, em resposta de e-fls. 39 e 40, a qual se limita a mencionar o montante de R\$ 505.291.757,41 como informado na declaração do Imposto de Renda do Exercício de 2006.**

Entendo, assim, inicialmente necessário que se esclareça, de forma exaustiva, de que forma o contribuinte atingiu este montante, a partir de cada investimento inicial ou capitalização ocorrida nas empresas Holdings e no Banco Pactual, através de demonstrativo detalhando, especificamente, o aumento de custo promovido a cada evento societário, acompanhado das respectivas atas e boletins de subscrição, se ainda não anexadas aos autos.

Adicionalmente, mesmo que tendo compreendido a lógica reversa da autoridade fiscal utilizada para fins de recálculo do custo a ser atribuído às ações (que parte do pressuposto de que só caberia ao contribuinte à título de custo, na forma do art. 135 do RIR/99, a sua parcela de participação no patrimônio líquido na Pactual S/A antes da incorporação pelo Banco, patrimônio este indubitavelmente composto exclusivamente pelo investimento inicial dos acionistas e lucros não distribuídos mas retidos no Banco Pactual S/A, uma vez que o patrimônio líquido do Banco Pactual S/A, em se tratando a Pactual S/A de holding puramente não operacional, detentora de 100% do Banco, se confunde, em termos de valor, com o patrimônio líquido da referida holding quando da incorporação), entendo que devesse tal recálculo deva ser validado à luz do mesmo art. 135 do RIR/99, mesmo que se venha a adotar a tese de impossibilidade de capitalização de lucros originados pelo Método de Equivalência Patrimonial.

Ou seja, me posicione no sentido de que, a fim de que se reste seguro na determinação do cálculo do custo a ser atribuído as ações, para ambas as hipóteses, se deva ainda, a cada aumento efetuado via capitalização de lucros, poder segregar o quanto do montante capitalizado efetivamente proveio de resultados de equivalência patrimonial e o quanto não, mesmo aqui considerada a evidência nos autos de que todas as capitalizações provieram de resultados exclusivamente auferidos em investidas via Método de Equivalência Patrimonial e originariamente auferidos no Banco Pactual S/A, evidência esta que porém, não julgo suficientemente esclarecedora de forma a firmar minha convicção.

Entendo, a propósito, que tal validação esclarecedora, possa ser feita através da **obtenção adicional** :

Nas empresas Pactual S/A (CNPJ 02.220.758/0001-60), Nova Pactual Participações Ltda. – antiga Pactual Participações S/A (CNPJ 02.220.756/0001-71), Pactual Holdings S/A (CNPJ 02.220.757/0001-16), Pactual Participações Ltda. (CNPJ 02.244.808/0001-40) e Banco Pactual S/A (CNPJ 30.306.294/0001-45), do **razão analítico** para:

1) todas as contas patrimoniais envolvidas em quaisquer investimentos iniciais, aumentos de capital, apuração e destinação de resultados e eventos societários (todas as contas de patrimônio líquido, eventuais contas de passivo utilizadas para fins de capitalização, como créditos a receber por acionistas e contrapartidas ativas decorrente da integralização e, ainda, contas de apuração e destinação de resultados), desde o investimento inicial do autuado em empresas do grupo Pactual até a alienação de ações ocorridas em 2006.

2) as contas patrimoniais destinadas ao registro de Investimentos e para aquelas que registraram os resultados auferidos via Método de Equivalência Patrimonial, acompanhado, aqui, dos devidos balanços/balancetes da respectiva investida que suportaram tal contabilização, também para o mesmo período, desde o investimento inicial do autuado em empresas do grupo Pactual até a alienação de ações ocorridas em 2006.

Quanto aos elementos acima, noto que ainda que conste dos autos solicitação semelhante realizada pela autoridade fiscal em sede de diligência (e-fl. 953), os elementos assim obtidos não foram acostados aos autos, tendo a resposta do contribuinte se limitado a afirmar já os ter encaminhado anteriormente (e-fl. 954).

Assim, resumindo as considerações acima, voto no sentido de converter o julgamento em diligência, a fim de que sejam obtidos os seguintes elementos:

a) Esclarecimento detalhado, pelo autuado, do montante alegado como custo de suas ações alienadas, constante de resposta de e-fls. 39 e 40 e de sua DIRPF para o ano-calendário de 2006, a saber, R\$ 505.291.757,41 ou seja, deverá ser elaborado demonstrativo que evidencie de que forma o contribuinte atingiu este montante, a partir de cada investimento inicial ou capitalização ocorrida nas empresas Holdings e no Banco Pactual, detalhando-se, assim, o aumento de custo promovido a cada integralização ou aumento de capital, até se atingir o montante alegado de R\$ 505.291.757,41, acompanhado o referido demonstrativo das respectivas atas e boletins de subscrição, se ainda não anexados aos autos.

b) Nas empresas Pactual S/A (CNPJ 02.220.758/0001-60), Nova Pactual Participações Ltda. – antiga Pactual Participações S/A (CNPJ 02.220.756/0001-71), Pactual

Holdings S/A (CNPJ 02.220.757/0001-16), Pactual Participações Ltda. (CNPJ 02.244.808/0001-40) e Banco Pactual S/A (CNPJ 30.306.294/0001-45) :

b.1) Livro razão analítico ou fichas contendo os lançamentos individualizados para todas as contas patrimoniais envolvidas em quaisquer investimentos iniciais de acionistas, aumentos de capital, apuração e destinação de resultados, criação/destinação de reservas e eventos de reorganização societária (ou seja, razão de todas as contas de patrimônio líquido e de apuração e destinação de resultados, eventuais contas de passivo utilizadas para fins de capitalização, como créditos a receber por acionistas, bem como contrapartidas ativas decorrente da integralização), com o período do razão para tais contas abrangendo desde o investimento inicial pelo autuado em quaisquer empresas do grupo Pactual até a alienação de ações ocorridas em dez./2006.

b.2) Livro razão analítico ou fichas contendo os lançamentos individualizados para as contas patrimoniais destinadas ao registro de investimentos e, ainda, para aquelas destinadas a registrar os resultados auferidos via Método de Equivalência Patrimonial, acompanhado dos devidos balanços/balancetes da respectiva investida que suportaram tal contabilização, também para o mesmo período, desde o investimento inicial do autuado em quaisquer empresas do grupo Pactual até a alienação de ações ocorridas em dez./2006.

b.3) Excertos do livros-diário, com a formalidade devida, onde estejam registrados os lançamentos constantes dos livros-razão citados nos itens b.1 e b.2 supra, acompanhados de suas contrapartidas.

O resultado da diligência deverá ser encaminhado através de relatório circunstanciado, com a devida ciência à autuada, abrindo-se prazo de 30 dias para sua manifestação.

É como voto.

(assinado digitalmente)

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Relator