



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

Processo nº 12448.735359/2011-92
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-003.425 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de fevereiro de 2017
Matéria Imposto sobre a Renda de Pessoa Física
Recorrente GILBERTO SAYÃO DA SILVA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2009

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. FATO GERADOR TRIBUTÁRIO. INDIVIDUALIZAÇÃO.

O momento de ocorrência do fato gerador é aquele previsto no artigo 116 do CTN. No caso de alienação de ações, por valores superiores ao seu custo de aquisição, o fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física ocorre no momento da efetiva alienação.

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. DECISÃO ADMINISTRATIVA IRREFORMÁVEL. EFEITOS.

O artigo 156, IX, afirma que a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, extingue o crédito tributário, decorrente do lançamento tributário que verificou a ocorrência do fato gerador, assim entendida a comprovação da prática pelo sujeito passivo do ato previsto na lei tributária como fato instaurador da relação jurídica tributária.

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

Devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado quando 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. Inteligência do artigo 135 do Decreto no 3.000, de 1999.

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.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADORA. COMPROVAÇÃO DAS CONDUTAS LEGALMENTE PREVISTA. NECESSIDADE.

Ausente a comprovação da prática intencional, pelo sujeito passivo, das condutas reprovadas pela Lei nº 9.430/96 é inaplicável a qualificadora da multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Daniel Melo Mendes Bezerra e Dione Jesabel Wasilewski. Apresentarão declaração de voto os Conselheiros Carlos Alberto do Amaral Azeredo e José Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado). Realizaram sustentação oral, pelo Contribuinte, o Dr. Luis Cláudio Gomes Pinto, OAB/RJ 88.704/RJ e pela Fazenda Nacional o Procurador Moises de Sousa Carvalho Pereira.

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Presidente.

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), Ana Cecília Lustosa da Cruz, Dione Jesabel Wasilewski, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente Convocado), Marcelo Milton da Silva Risso, Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Daniel Melo Mendes Bezerra e Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim.

Relatório

Trata-se de Recurso de Voluntário interposto contra acórdão da 21ª Turma da DRJ Rio de Janeiro 1 que manteve, na integralidade, o lançamento tributário relativo ao IRPF supostamente devido no ano-calendário de 2009, em razão de ganho de capital por venda de ações não listadas na bolsa.

Tal crédito foi constituído por meio do auto de infração (fls. 993 do processo digitalizado), devidamente explicitado, pelo qual foi apurado o crédito tributário de R\$ 8.742.153,14, que compreende imposto (R\$ 3.248.904,84), juros de mora (R\$ 619.891,04), multa proporcional (R\$ 4.873.357,26), valores consolidados em setembro de 2011.

A ciência do auto de infração, que contém o lançamento referente ao IRPF do ano-calendário 2009, ocorreu em 27 de outubro de 2011, conforme se verifica pela cópia do AR às folhas 1029.

Em 21 de novembro de 2011, foi apresentada impugnação (fls 1037) ao lançamento. A decisão da 21ª Turma da DRJ RJ 1 consubstanciada no Acórdão 12-50.058 de 11/10/12, foi pela procedência do procedimento de constituição do crédito tributário.

Em 27 de novembro de 2012, o Contribuinte apresenta recurso voluntário (fls. 1178), de maneira tempestiva, contra a decisão de primeiro grau da qual teve ciência em 05 de novembro de 2012.

Em 02 de maio de 2013, o contribuinte protocoliza uma petição pela qual pede o cancelamento do auto de infração constante do presente processo administrativo em razão do trânsito em julgado do Acórdão 2101-01.938, que versava sobre o mesmo negócio jurídico que originou o ganho de capital pela venda das ações não listadas em bolsa que aqui se discute. Tal pedido não foi conhecido, consoante os termos do despacho de fls. 1257.

Em 10 de março de 2015, por meio da Resolução 2101-000.203 a extinta 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara desta 2ª Seção de Julgamento, decidiu converter o julgamento em diligência. A decisão apresenta o seguinte relatório que, por sua clareza e adequação, adoto nas partes que nos interessam:

"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 30.306.294/000145), alienação esta ocorrida em 01/12/2006.

Tal alienação resulta de contrato firmado em 09/05/2006 (efls. 830 a 952) entre a então controladora direta do referido Banco Pactual S/A, a saber Pactual S.A., CNPJ 02.220.758/000160, e o investidor estrangeiro UBS AG, onde o sócio pessoa física autuado 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 efls. 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 to), 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 efls. 1143 e seguintes, as quais envolveram, além das sociedades já citadas, as empresas Pactual Participações Ltda., CNPJ 02.244.808/000190. Nova Pactual Participações Ltda (antiga Pactual Participações S.A.), CNPJ 02.220.756/000171e Pactual Holdings S.A, CNPJ 02.220.757/000116, 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 R\$ 97.841.295,93.

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

Em 03/11/2006 a Pactual S/A aumenta seu capital social em R\$ 996.087.876,00, passando este para R\$ 1.097.786.714,85,

mediante a capitalização de créditos detidos pelos acionistas contra a Companhia.

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

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, R\$ 33.593.148,46, R\$ 3.862.542,92 e R\$ 996.087.876,00. Com o evento de incorporação, todo o acervo líquido da Pactual S/A (PL), no montante de R\$ 1.149.610.206,41, foi incorporado pelo Banco Pactual S/A".

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 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 ex-acionistas, 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 ($183.194.183,97 \times 44,82\%$).***

Entendeu a autoridade fiscal que, com os procedimentos adotados pelos ex-acionistas, 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 efls. 958 a 992 e do auto de infração de efls. 993 a 999 em 27/10/11 (efls. 1029/1030), apresentou o contribuinte impugnação de efls. 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 21,82% do capital social da PSA eram 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 lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Como regra, cabe à incorporadora aumentar seu capital social, sendo o aumento realizado pelo patrimônio líquido da incorporada e tocando aos acionistas desta última as ações representativas desse aumento de capital (art. 224, inciso I).

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 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 Carfe 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 ano-base 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 efls. 1141 a 1169. Cientificado da decisão em 05/11/2012, o contribuinte, em 27/11/2012 ingressa com recurso voluntário de efls. 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 efls. 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 efl. 1257."

(destaques não constam da resolução).

Em 11 de dezembro de 2015, o sujeito passivo foi cientificado do resultado da diligência, por via postal, consoante se comprova por meio do AR de folhas 1333.

Não houve manifestação sobre tal resultado da diligência requerida pela 1ª Turma da 1ª Câmara.

O recurso foi distribuído por sorteio eletrônico para este Conselheiro, em razão do Conselheiro Relator original ter passado a integrar a CSRF.

É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira

Conheço do recurso pois se encontram presentes os requisitos de admissibilidade. Passo a analisá-lo.

Como relatado, a lide se instaura basicamente sobre a quantificação do ganho de capital decorrente da alienação de participação societária do Recorrente após a utilização de diversas incorporações reversas como forma de reestruturação societária que precedeu tal alienação.

Trata-se de tema complexo, porém já discutido no âmbito deste Colegiado e com reiterada jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais, inclusive em caso de extrema similaridade, posto que aplicado aos sócios do Recorrente.

Me filio ao entendimento que norteia os recentes julgamentos da CSRF.

Assim, com o devido pedido de licença à ilustre Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, relatora do Processo 12448.735830/2011-42, Acórdão 9020-003.765, de 16 de fevereiro de 2016, para adorar seu voto como fundamento para o presente julgamento. Ressalto que, além de minha concordância com os argumentos e fundamentos ali esposados, tal decisão se apóia em voto do Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, proferido na decisão consubstanciada pelo Acórdão 9202-003.700, que elucida a raciocínio jurídico que espelha meu entendimento sobre o tema. Vejamos:

"O cerne da questão é identificar se a legislação aplicável no caso de capitalização de lucros de uma pessoa jurídica, no tocante à atualização do custo de aquisição das participações societárias mantidas pelos proprietários dessa pessoa jurídica, bem como a Pela complexidade do tema, dividirei meu voto em quatro partes, a saber: (a.I) a delimitação do problema a ser enfrentado, (a.II) a interpretação correta da legislação aplicável, (a.III) a aplicação da legislação ao caso dos autos e (a.IV) conclusão.

a.I – Delimitação do Problema

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

Art. 10. ...

Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

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

Para exemplificar essa determinação, considere uma participação societária correspondente a 100% do capital de uma pessoa jurídica (detida por dois sócios, pessoas físicas), adquirida por R\$ 1.000,00. Considere, também, que essa pessoa jurídica, em seguida, tenha auferido um lucro de R\$ 100,00 e o tenha capitalizado. Considere, por fim, que os sócios tenham alienado essa participação societária a terceiros por R\$ 1.500,00.

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

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

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

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

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

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

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

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

Repare que, em que pese os sócios terem adquirido a participação societária por R\$ 1.000,00 e, posteriormente, alienado essa participação societária por R\$ 1.500,00, o ganho de capital apurado não foi de R\$ 500,00, nem de R\$ 400,00, mas de apenas R\$ 300,00.

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

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

Ora, essa situação é – em essência – igual à anterior: (a) uma participação societária adquirida por mil reais, (b) a correspondente empresa – operacional – que auferiu 100 reais 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 incoerente conclusão de que, em se existindo várias holdings interpostas entre os proprietários e a pessoa jurídica, o ganho de capital pode ficar artificialmente reduzido, até a zero ou ainda a valores negativos.

E adicionalmente, com essa interpretação, a capitalização de lucros apenas nas Holdings, além de permitir que o ganho de capital fosse reduzido, permitiria que o lucro registrado na pessoa jurídica fosse, posteriormente, distribuído isento, aos proprietários ou então aos futuros adquirentes. O que se discute aqui é o efeito da aplicação da legislação tributária em situações como essa, de capitalização de lucros em uma pessoa jurídica que detenha participação em outras pessoas jurídicas, para fins de cálculo do custo das ações ou cotas dessa primeira pessoa jurídica.

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

a.II Interpretação da Legislação

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

mesmos proprietários, com os recursos antes recebidos a título de distribuição de lucro.

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

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

- de início todos os investimentos (inclusive de empresas controladas) eram registrados pelo custo e os respectivos lucros somente eram reconhecidos quando da distribuição de lucros ou dividendos, já no caso de prejuízos, no máximo era aceito o reconhecimento de uma provisão para perdas no investimento;

- com influência anglo-saxã, surgiu a figura da consolidação de balanços e, consequentemente, 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 nºs 1.790/80, art. 1º, 2.065/83, art. 1º, I, a, e 2.303/86, art. 7º parágrafo único):

...

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

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

...

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

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

...

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

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

- o lucro distribuído deixou de ser tributado; e

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

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

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

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

Portanto, conhecendo a razão histórica do surgimento da legislação, (que foi a alteração de tributação para não-tributação da distribuição de lucros), para compreensão da legislação, (a) afastamos a aplicação da interpretação literal e (b) entendemos como mandatória a aplicação da interpretação histórico/teleológica

(acima discutida) e, sobretudo, da interpretação sistemática dos dispositivos relativos ao método da equivalência patrimonial, à distribuição e à capitalização de lucros. Ressalte-se aqui que todos esses métodos de interpretação convergem.

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

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

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

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

Pois bem, devemos nos lembrar de que a própria operação de capitalização de lucros foi concebida como um atalho para substituição do complexo procedimento de (i) a distribuição do lucro, pela pessoa jurídica a seus proprietários, (ii) o imediato aumento de capital da pessoa jurídica, no valor do lucro distribuído e (iii) a subscrição e integralização do aumento de capital, por esses mesmos proprietários, com os recursos antes recebidos a título de distribuição de lucro.

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

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

A conclusão acima é inevitável, porque:

- as disponibilidades passíveis de distribuição estão no patrimônio da pessoa jurídica operacional, que somente pode distribuir o lucro para sua proprietária direta, a holding;

- já, a holding, somente pode distribuir o lucro aos acionistas, pessoas físicas, após o recebimento dos recursos da pessoa jurídica operacional;
- os acionistas, por sua vez, somente podem aumentar capital na holding, em que possuem participação direta; e
- por fim, a holding, com os recursos recebidos, poderá aumentar capital da pessoa jurídica operacional.

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

E, ainda, quando houver holdings mistas, com operações próprias, a capitalização de seus lucros, sem que tenha ocorrido a correspondente capitalização dos lucros das investidas, somente poderá ter efeito parcial na atualização do custo da participação societária de seus sócios. Isso é facilmente calculado com base na memória de cálculo abaixo:

() 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);"

Assentados quanto a interpretação da norma e portanto, quanto à aplicação da norma ao caso concreto, passemos a examinar a base de cálculo num cotejo entre a aplicação do entendimento acima esposado e o adotado pela Fiscalização no caso concreto. Também esse foi o caminho trilhado pela ilustre Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Vejamos:

A autoridade fiscal, não acatando a sequência de capitalizações perpretadas pelo contribuinte, achou por bem determinar em R\$ 183.194.183,97 o valor do custo das ações do autuado, correspondente a 21,20% do total do acervo líquido da última sociedade holding incorporada (Pactual S/A), líquido dos dividendos distribuídos (fl. 980).

Porém, de acordo com a interpretação já apresentada pelo Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, no Processo 12448.736152/201135 e reproduzida no voto da Conselheira Elaine e Silva Vieira, os aumentos de custo decorrentes das capitalizações ocorridas em 2006 em Nova Pactual Participações Ltda. (NPP) e Pactual S/A (PSA), deveriam ter sido glosados. 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 consequentemente permaneceu passível de distribuição isenta aos adquirentes, ou terceiros (até mesmos os próprios alienantes), conforme acordo entre as partes.

Nesse sentido, concluiu no referido processo, que trata das mesmas questões aqui expostas, que 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 no ano-calendário de 2006 não podem ter qualquer efeito no custo da participação alienada.

Esse foi o entendimento adotado pela Fiscalização, como se pode observar pelo excerto transcrito do Relatório Fiscal (fls. 980/982):

"Por todo 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 firmado na compra e venda do Banco Pactual S/A, na cláusula 6.13, 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, tal qual, se àquela data ocorresse uma alienação conhecida pelo mercado como "ex-dividendos", ou seja, sem direito aos novos adquirentes dos dividendos provenientes da próxima distribuição de lucros fundamentada nos lucros auferidos no período. Tal se dá, por contrato, 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.

Ora, se o montante de R\$ 290.754.000,06 é distribuído, atendendo a determinação contratual, como de fato ocorreu, é

porque se refere a lucros auferidos no período compreendido entre a celebração do contrato de compra e venda e a efetiva alienação das ações, portanto, lucros auferidos até 01/12/2006.

Assim, para que pudessem ser distribuídos estes R\$ 290.754.000,06 deveriam estar incluídos no patrimônio líquido da Pactual S/A e 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.

(...)

*Ocorre que os lucros e reservas a serem capitalizados só terão impacto no custo das ações e, portanto, na tributação da operação de alienação, quando corresponderem à efetiva riqueza gerada e acumulada pelo grupo societário. No caso em tela, tal riqueza encontrava-se concentrada no **Banco Pactual S/A***

*Não é possível, portanto, que a cada extinção das Holdings, no caso **Pactual Participações Ltda, Nova Pactual Participações Ltda** e, posteriormente, **Pactual S/A**, ocorram majorações cumulativas no CUSTO DAS AÇÕES ALIENADAS da sociedade na qual efetivamente existe a riqueza do grupo, no caso, **Banco Pactual S/A**.*

Tal conclusão torna-se óbvia, na medida em que o Patrimônio Líquido das holdings constitui-se em apenas um reflexo do Patrimônio Líquido da sociedade principal do grupo, em decorrência da sistemática de Equivalência Patrimonial.

Em verdade, o fundamento do método da equivalência patrimonial, instrumento utilizado no caso em tela para promover a majoração do custo da participação acionária e a conseqüente redução do lucro tributável na alienação, consiste na necessidade de o conteúdo econômico decorrente da elevação da riqueza (Patrimônio Líquido) na investida repercutir, de imediato, na sociedade investidora.

Nesses termos, os ajustes ao valor do investimento na sociedade investidora, carecem, necessariamente, de um lastro correspondente à majoração de riqueza gerada na sociedade investida, demandando uma necessária e indissociável correlação entre o Patrimônio Líquido da sociedade investida e o Ativo Permanente da investidora.

*No caso vertente, não obstante a ocorrência de incorporação reversa, fato é que as sociedades empresariais objeto de incorporação, **PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA, NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA E PACTUAL S/A** eram desprovidas, por si só, de capacidade operacional de geração e majoração de conteúdo econômico, dado que seus objetos sociais consistiam, basicamente, na exploração de participação acionária na sociedade incorporadora (incorporação reversa), sendo certo que esta, por seu turno, obteve acréscimos*

*patrimoniais decorrentes do resultado registrado no **BANCO PACTUAL S/A**.*

*Destarte, somente os lucros auferidos pelo **BANCO PACTUAL S/A** eram dotados de aptidão para promover repercussões no Ativo Permanente das sociedades investidoras incorporadas por aquele.*

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 Pactuai S/A. Com efeito, eventuais ajustes promovidos pelo Banco Pactuai S/A em função de acréscimos patrimoniais ocorridos nas sociedades Pactuai Participações Ltda e Nova Pactuai Participações Ltda nada mais eram do que a própria riqueza gerada pelo Banco Pactuai S/A, as quais já haviam sido consignadas no patrimônio de Pactual S/A."

A determinação do custo de aquisição na forma acima mencionada, levou a Recorrente, desde a fase de impugnação, à insurgência. Consta do recurso (fls. 1199):

*Na IMPUGNAÇÃO, o **RECORRENTE** afirmou que o custo original dos seus investimentos em **PARTICIPAÇÕES** foi ajustado, por força da **REESTRUTURAÇÃO**, em duas oportunidades: (i) na primeira delas, quando ocorreu a capitalização de lucros de **PARTICIPAÇÕES** e **HOLDINGS**, empresas nas quais o **RECORRENTE** tinha investimentos diretos mesmo antes da **REESTRUTURAÇÃO**; essas capitalizações de lucros geraram um acréscimo de custo para o **RECORRENTE** no valor de R\$ 51.807.714,00 e de R\$ 99.800.000,00, respectivamente; e (ii) na segunda, quando ocorreu a capitalização de lucros da **PACTUAL**, ou seja, da empresa que veio a incorporar **PARTICIPAÇÕES** e **HOLDINGS**; esse aumento de capital gerou novo acréscimo de custo para o **RECORRENTE**, desta feita no valor de R\$ 211.170.649,00. A soma destes valores totalizou R\$ 505.291.757,41, os quais serviram de base para a quantificação do custo dos investimentos imputável à parcela do preço de venda das ações recebida em 2009.*

*O **RECORRENTE** ressaltou que, para efeitos de quantificação de ganhos e perdas de capital, o montante dos lucros capitalizados soma-se ao custo dos investimentos a que correspondem, ainda que 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 **RECORRENTE** atingiu R\$ 294.121.108,41 (custo original do investimento acrescido das bonificações provenientes de **PARTICIPAÇÕES** e **HOLDINGS**). Este 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."
(destaques nossos)

Importante ressaltar que um dos pedidos de esclarecimento constantes da Resolução prolatada pela extinta 1ª Turma da 1ª Câmara desta 2ª Seção, foi justamente a confirmação da origem do valor de R\$ 505.291.757,41 que deveria ser considerado, no entender do sujeito passivo, como base para a apuração do ganho de capital.

Observa-se pelo documento acostado às folhas 1279, apresentado em resposta à intimação que objetivava o cumprimento da diligência requerida, que o valor de quinhentos e cinco milhões de reais mencionado, realmente decorre das capitalizações de lucro acima descritas.

Com base no entendimento acima esposado, e aceito na CSRF, o custo original dos investimentos do Recorrente, devem ser obtidos a partir da participação dele no capital social da Pactual S/A, em 01/12/2006, ou seja, antes das incorporações ocorridas.

Recurso negado também nessa parte.

Questiona o recurso a aplicação da multa qualificada. Nesse ponto assiste razão ao Recorrente.

O dolo, leciona Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal Brasileiro*, 6ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, p. 113), se observa quando

"(...) age dolosamente o agente que conhece e quer a realização dos elementos da situação fática ou objetiva, sejam descritivos, sejam normativos, que integram o tipo legal do delito."
(negritamos)

Transportando para a seara tributária, podemos dizer que age dolosamente o contribuinte que conhecendo a incidência tributária, sabendo que determinada conduta enseja o fato gerador, dela procura se afastar, não com vista a não praticar o fato ensejador da incidência, mas sim, buscando de alguma forma, se escusar ao cumprimento da obrigação tributária.

Nesse sentido a dicção da Lei nº 4.502/64, que conceitua fraude como sendo toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador ou a reduzir as suas características essenciais de modo a reduzir o montante do tributo devido.

Já a sonegação, nos dizeres legais, é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador ou das condições pessoais do contribuinte ou do crédito tributário.

Claro resta que a intenção do agente, do contribuinte é determinante para caracterização da fraude e da sonegação nos termos da Lei nº 4.502/64. E mais, deve ser provada pela Fisco.

Mas como a Autoridade Fiscal pode verificar a intenção do contribuinte, se a verificação do cumprimento das obrigações tributárias é realizada, praticamente sempre, tempos após o surgimento dessas obrigações?

A lição de Vasco Branco Guimarães, reproduzida por Paulsen (*Direito Tributário Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, 15ª ed., Livraria do Advogado Editora, p. 1117), nos auxilia:

"A fraude fiscal pode ser definida como a conduta ilegítima tipificada que visa a obtenção indevida de vantagem mediante: - não liquidação, entrega ou pagamento de prestação tributária; - aquisição de benefício fiscal indevido; - aquisição de qualquer outra vantagem patrimonial à custa de receitas tributárias"

(destaquei)

Não observo a intenção do contribuinte em adotar uma conduta ilegítima. Muito se discutiu, em vários âmbitos, até que as correntes dos efeitos tributários desse tipo de reorganização societária se materializassem.

Não comprovou o Fisco, fraude, sonegação ou conluio. Não se verificam as condições previstas na Lei nº 9.430/96 que determinam a imposição da qualificação da multa.

Do exposto, dou provimento ao voluntário nesta parte.

Questiona a Recorrente a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

A incidência dos juros nos créditos tributários inadimplidos decorre de Lei. Não obstante, tal tema se encontra devidamente pacificado no âmbito deste colegiado.

Tanto assim o é que a Súmula CARF nº 4, expressamente dispõe:

"A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais."

Corroborando tal entendimento, a Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira no mesmo voto acima mencionado, explicitou:

"Ao contrário do que entende o recorrente, a aplicação de juros sobre multa de ofício é devida, na medida em que a penalidade compõe o crédito apurado. De acordo com o art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN é autorizada a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício. Fazendo parte do crédito juntamente com o tributo, devem ser aplicados à multa os mesmos procedimentos e critérios de cobrança."

Nesse sentido, já se manifestou esta Câmara, em outras oportunidades, como no processo 10.768.010559/200119, Acórdão 920201.806 de 24 de outubro de 2011, cuja ementa transcrevo a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE

IRRF

Ano calendário: 1997

*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. Recurso especial negado.

É legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC.

Precedentes do Tribunal Regional da 4ª Região.

Recurso Especial Negado.

A matéria sob exame pode ser dividida em duas questões, que se completam.

A primeira, diz respeito à própria possibilidade genérica da incidência de juros sobre a multa, e centra-se na interpretação do artigo 161 do CTN; a segunda questão envolve a discussão sobre a existência ou não de previsão legal para a exigência de juros sobre a multa, cobrados com base na taxa Selic.

Sobre a incidência de juros de mora o citado art. 161 do CTN prevê o seguinte:

“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.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.”

Inicialmente entendo que 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.

Ou seja, tanto a multa como o tributo compõem o crédito tributário, devendo-lhes ser aplicado os mesmos procedimentos e os mesmos critérios de cobrança, devendo, portanto, sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento.

Ademais, não haveria porque o valor da multa permanecer congelado no tempo.

Por seu turno o § 1.º do art. 161 do CTN, ao prever os juros moratórios incidentes sobre os créditos não satisfeitos no vencimento, estipula taxa de 1% ao mês, não dispondo a lei de modo diverso. Abriu, dessa forma, possibilidade ao legislador ordinário tratar da matéria, o que introduz a segunda questão: a da existência ou não de lei prevendo a incidência de juros sobre a multa de ofício com base na taxa Selic.

O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa. Confira-se in verbis:

"Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, 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."

Esse entendimento se coaduna com a Súmula nº 45 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que já previa a correção monetária da multa:

"As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária."

Considerando a natureza híbrida da taxa SELIC, representando tanto taxa de juros reais quanto de correção monetária, justifica-se a sua aplicação sobre a multa.

Precedentes do Tribunal Regional da 4ª Região:

"TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. REPETIÇÃO. JUROS SOBRE A MULTA. POSSIBILIDADE. ART. 113, § 3º, CTN. LEI Nº 9.430/96. PREVISÃO LEGAL.

1. Por força do artigo 113, § 3º, do CTN, tanto à multa quanto ao tributo são aplicáveis os mesmos procedimentos e critérios de cobrança. E não poderia ser diferente, porquanto ambos compõe o crédito tributário e devem sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento. Não haveria porque o valor relativo à multa permanecer congelado no tempo. 2. O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa, que pode, inclusive, ser lançada isoladamente. 3. Segundo o Enunciado nº 45 da Súmula do extinto TFR "As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária." 4. Considerando a natureza híbrida da taxa SELIC, representando tanto taxa de juros reais quanto de correção monetária, justifica-se a sua aplicação sobre a multa."

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005.72.01.0000311/ SC, Relator: Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares)

"TRIBUTÁRIO. ART. 43 DA LEI 9.430/96. MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS. LEGITIMIDADE.

1. É legítima a exigência fiscal consistente na incidência de juros moratórios sobre multa de ofício aplicada ao contribuinte.

Inteligência do artigo 43 da Lei 9.430/96 c/c art. 113, § 3, do CTN

2. Improvida a apelação."

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.70.00.0263869/ PR, Relator: Juiz Federal Décio José da Silva).

Destarte, entendo que é legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC.

Conforme descrito acima, os juros de mora sobre a multa são devidos em função do § 3º do art. 113 do CTN, pois tanto a multa quanto o tributo compõe o crédito tributário. Esse entendimento encontra precedentes da 2ª Turma da CSRF: Acórdão nº 920201.806 e Acórdão nº 920201.991.

Destaca-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a legalidade dos juros de mora sobre a multa de ofício (AgRg no REsp 1.1335.688/PR; REsp 1.129.990PR; REsp 834.681MG)."

Recurso negado também nessa parte.

Por fim, vejamos a questão suscitada na petição de 02 de maio de 2013 (fls. 1229), que restou não conhecida pelo Sr Presidente desta 2ª Seção, posto que solicitava o cancelamento dos autos pelo mesmo versar sobre matéria transitada em **julgado**. Entendeu o Sr Presidente não ser cabível, por decisão monocrática, tal exame em razão de ausência de previsão regimental para tal decisão.

Consta do apelo - que entendo ser um aditivo às razões recursais - que, em face do trânsito em julgado do Acórdão 2102-01.938, a matéria objeto da autuação que aqui se discute, tornou-se definitiva em favor da Recorrente. Vejamos seus argumentos (fls 1229):

"Em 01.12.2006, o PETICIONÁRIO vendeu as suas ações do Banco Pactual S.A. ("BANCO") por R\$ 1.111.647.540,24, tendo uma parcela do preço no valor de R\$ 432.043.319, 81 sido recebida em 2006; o saldo restante de R\$ 679.604.220,43 seria recebido em 2011, mas o PETICIONÁRIO recebeu, antecipadamente em 2009, uma parcela de R\$ 498.247.699, 40, além de quatro parcelas de R\$ 3 9.335.344,69 entre março de 2010 e julho de 2011 .

0 ganho de capital então apurado pelo PETICIONÁRIO foi quantificado no "Demonstrativo de Apuração do Ganho de Capital" ("DEMONSTRATIVO") anexo à sua Declaração de Ajuste Anual do IRPF ("DIRPF") do período-base encerrado em 31.12.2006, com indicação dos valores que foram recebidos

no próprio período-base (2006) e dos que seriam recebidos e tributados nos anos subsequentes.

A Receita Federal do Brasil ("RFB") revisou o ganho de capital (base de cálculo) informado no DEMONSTRATIVO e, em 16.12.2009, lavrou auto de infração ("AUTO/2009") sob o fundamento de que o PETICIONÁRIO teria quantificado a maior o custo de seus investimentos no BANCO e, por conseguinte, teria recolhido a menos imposto de renda (IR) sobre o ganho de capital; ou seja, a RFB recalculou o ganho de capital e lavrou o AUTO/2009 para exigir, com relação à parcela do preço efetivamente recebida em 2006, a diferença entre o valor do IR apurado com base no ganho de capital revisado e o IR que foi recolhido pelo PETICIONÁRIO.

Mas recentemente, em 25.10.2011, nos termos do auto em epígrafe ("AUTO/2011"), a RFB voltou a autuá-lo sob o mesmo fundamento, desta vez para exigir do PETICIONÁRIO o IR sobre a parcela do preço por ele recebida em 2009.

Em 16.04.2012, a 2ª Turma Ordinária desta E. Câmara, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário apresentado pelo PETICIONÁRIO com relação ao AUTO/2009 e cancelou o mesmo, por entender que a apuração do ganho de capital na venda das ações do BANCO foi realizada nos exatos termos da lei (DOC. 01) . Eis o que diz o voto da Relatora ROBERTA DE AZEREDO FERREIRA PAGETTI:

"A apuração do custo de aquisição das participações societárias do RECORRENTE [PETICIONÁRIO] foi feita nos exatos termos do que dispõe a lei, a qual não prevê qualquer exceção à regra. Assiste razão à sua defesa quando afirma que os lucros auferidos por cada uma das holdings é diverso, e não pode ser considerado como um só - como pretendido neste lançamento. Por isso está correta a aplicação do art. 135 do RIR/99 por ocasião da capitalização dos lucros em cada uma das empresas do RECORRENTE [PETICIONÁRIO], devendo ser considerado correto o cálculo por ele efetuado a título de ganho de capital pago por ocasião da venda de sua participação societária no Banco."(Acórdão nº 210201.938)

O referido acórdão tornou-se definitivo em 29.11.2012 e fez coisa julgada administrativa, encerrando a discussão quanto à apuração do ganho de capital auferido na alienação dos investimentos do PETICIONÁRIO no BANCO (DOC. 02).

.A jurisprudência do CARF é pacífica no sentido de que a fiscalização não pode reexaminar questões já analisadas por decisão administrativa definitiva. Citem-se, nesse sentido, os seguintes precedentes

(...)

A situação versada no AUTO/2009 e no AUTO/2011 é uma só: o ganho de capital auferido pelo RECORRENTE na venda das ações do BANCO, realizada em 2006. Há um único fato gerador - a venda das ações do BANCO; um único período-base - aquele em que ocorreu o fato gerador (2006); uma mesma base de cálculo - a diferença entre o preço de venda das ações

do BANCO e seu custo; e um único contribuinte - o RECORRENETE. Assim, tendo esta E. Câmara julgado correta a apuração do ganho de capital informada no DEMONSTRATIVO, deve o AUTO/2011 ser declarado cancelado.

É irrelevante que o AUTO/2009 exija IR sobre parcela recebida em 2006 e o AUTO/2011 sobre parcela recebida em 2009. Isso porque o fato gerador do IR incidente sobre o ganho de capital é a alienação do bem ou direito. Trata-se de fato gerador instantâneo, no qual o tributo é apurado e devido no momento em que o sujeito passivo pratica a conduta típica (alienação do bem ou direito).

.O fato de o pagamento do preço ser feito a prazo em nada altera o momento da ocorrência do fato gerador do IR sobre o ganho de capital; não há nenhuma previsão legal nesse sentido; o que a lei determina é tão somente o diferimento do pagamento do imposto para o momento do recebimento do preço pelo alienante, ou seja, há um deslocamento do vencimento do tributo e não um diferimento de seu fato gerador, que continua sendo a data da alienação do bem ou direito. Citem-se, nesse exato sentido, acórdãos da Câmara Superior de Recursos Fiscais ("CSRF") e do antigo CC:

(...)" (sublinhados originais, negritos meus)

Em suma, o Recorrente alega que tem uma decisão administrativa transitada em julgado que valida seu procedimento tributário, pois anula o auto de infração - sobre o mesmo fato gerador discutido nos presentes autos - que foi objeto da discussão administrativa, hoje definitiva. Segundo o Recorrente, tal situação fática e específica enseja a anulação do presente lançamento tributário.

Vejamos.

Preliminarmente devo analisar a admissibilidade da petição posto que as alegações sobre a definitividade da decisão prolatada pela 2ª TO da 1ª Câmara desta 2ª Seção não consta do voluntário.

Constato que o Recurso Voluntário foi tempestivamente protocolizado em 27 de novembro de 2012, sendo que - consoante consta da própria petição que aqui se analisa (fls 1230) - a decisão consubstanciada no Acórdão 2102-01.938 foi prolatada na sessão de 16 de abril de 2012, tendo seu trânsito em julgado ocorrido em 29/11/2012.

Verifico portanto, que o trânsito em julgado da decisão que deu provimento ao recurso voluntário do contribuinte, ocorre posteriormente à interposição do apelo constante dos presentes autos.

Além da minha posição pessoal sobre a possibilidade de alegações jurídicas que não constam do recurso tempestivamente interposto, no caso em apreço há justo motivo para que a presente discussão se inicie por meio de uma petição protocolizada fora do prazo previsto no Decreto nº 70.235/72, verdadeira novação, uma vez que fato determinante para tal proposição - o direito alegado que surge com a definitividade da decisão - ocorreu

posteriormente a protocolização do recurso voluntário. (Decreto nº 70.235/72, artigo 16, § 4º, 'c').

Logo, conheço da petição protocolizada em 02/05/2013 (fls. 1229), e passo a apreciá-la.

A questão se resume a verificar quais os efeitos do trânsito em julgado da decisão proferida no processo 12898.002335/2009-31, aperfeiçoada por meio do Acórdão 2102-01.938, relativa ao ganho de capital apurado na venda da participação acionária do Banco Pactual, ocorrida no ano de 2006, sobre o lançamento que aqui se discute, relativo à mesma operação de venda, porém incidente sobre o valor percebido pelo Recorrente no ano de 2009 (TVF, fls 958).

Para tanto, necessário analisar os lançamentos tributários ocorridos, buscando delimitar seus pontos de similitude, convergência ou distinção.

Início pelo próprio conceito de fato gerador, posto que o lançamento tributário, por expressa disposição do CTN, exige sua exata delimitação.

Regina Helena Costa (*Curso de Direito Tributário*, 3ª ed., Ed. Saraiva, pg. 198), nos alerta para a dupla acepção da expressão:

"Fato gerador "in abstracto" é, assim, substituído pelas expressões hipóteses de incidência ou hipótese tributária, que não deixam dúvidas quanto ao conceito a que se referem - o da situação hipotética.

E o fato gerador "in concreto" é designado por fato impositivo ou fato jurídico tributário, de molde a designar a situação aperfeiçoada no plano concreto"

Podemos, portanto, inferir que a expressão fato gerador se refere tanto à escolha que o legislador fez entre os fatos economicamente apreciáveis que uma vez realizados ensejam a obrigação tributária, como também ao próprio fato praticado pelo, a partir da realização, sujeito passivo.

A sempre precisa lição de Paulo de Barros Carvalho (*Direito Tributário: Linguagem e Método*, 2ª Ed., Noeses, pg. 421), elucida:

"Como decorrência do acontecimento do evento previsto hipoteticamente na norma tributária, instala-se o fato, constituído pela linguagem competente, irradiando-se o efeito jurídico próprio, qual seja, o liame abstrato mediante o qual uma pessoa, na qualidade de sujeito ativo, ficará investida do direito subjetivo de exigir de outra, chamada de sujeito passivo, o cumprimento de determinada prestação pecuniária. Empregando-se a terminologia do Código Tributário Nacional, diríamos que ocorreu o "fato gerador" (em concreto), surgindo daí a obrigação tributária: é a fenomenologia da chamada "incidência dos tributos". "

Esclarecedora explanação. A prática de um ato previsto na lei como ensejador de obrigação tributária, exige daquele que o praticou, o sujeito passivo, o dever de suportar o crédito tributário decorrente da obrigação tributária instaurada, nos termos do artigo 139 do CTN.

Novamente nos socorremos dos ensinamentos de Paulo de Barros (ob. cit. pg. 431):

"Como elemento indissociável da obrigação tributária, o crédito que falamos surge no mundo jurídico no exato instante em que se opera o fenômeno da incidência, com aplicação da regra matriz do tributo"

Assentemos. **Tendo praticado o sujeito passivo o fato previsto na norma tributária** como ensejador de obrigação dessa espécie, **surge em dado momento, o direito do credor** dessa obrigação, o Estado, **de exercer seu direito de crédito**, ou seja, **cobrar o tributo devido**.

Tal vínculo obrigacional, como recorda Luís Eduardo Schoueri (*Direito Tributário*, 3ª ed., Ed. Saraiva, pg. 609), não deve perdurar para sempre:

"Mas - a pergunta é imediata - até quando persiste essa relação jurídica? A resposta é: até que surja em evento que dê por extinta a obrigação. Ou seja: uma vez nascida a obrigação tributária, com um fato jurídico tributário, ela persiste até que seja extinta."

As formas de extinção da obrigação tributária e do correspondente crédito tributário, como assevera Paulo de Barros (ob. cit. pg. 469):

"(...) e assim também a extinção das obrigações tributárias não de ocorrer nos precisos termos da lei. Nesse terreno, o princípio da estrita legalidade impera em toda a extensão e a ele se ajunta, em vários momentos, o postulado da indisponibilidade dos bens públicos"

As formas de extinção do crédito tributário se encontram elencadas no artigo 156 do Código Tributário Nacional. Vejamos a redação do artigo:

"Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

II - a compensação;

III - a transação;

IV - remissão;

V - a prescrição e a decadência;

VI - a conversão de depósito em renda;

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;

VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

X - a decisão judicial passada em julgado.

XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.(Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Parágrafo único. A lei disporá quanto aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149."

(destaquei)

Aqui o ponto basilar de nossa análise. É causa de extinção do crédito tributário a decisão administrativa irreformável.

Sobre o tema, leciona Paulo de Barros (*Direito Tributário: Linguagem e Método*, 2ª ed., Noeses, pg. 514):

"A decisão administrativa irreformável, equivale dizer, aquela da qual não cabe mais recursos aos órgãos da Administração, é posta como causa extintiva, consoante o item IX do art. 156 do CTN."

Sobre a possibilidade de ação anulatória de decisão, constante da lei, elucida Barros Carvalho:

"Percorrido o 'iter' procedimental e chegando a entidade tributante ao ponto de decidir, definitivamente, sobre a inexistência de relação jurídica tributária ou acerca da ilegalidade do lançamento, cremos que não teria sentido pensar na propositura, pelo Fisco, de ação anulatória daquela decisão"

Logo, se a decisão prolatada em 16 de abril de 2012, registrada por meio do Acórdão 2102-01.938, de 16 de abril de 2012, tornada definitiva nos termos do artigo 42, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, em 29 de novembro desse mesmo ano, for aplicável ao lançamento tributário que aqui se discute, tal lançamento é improcedente, posto que decorrente de obrigação tributária extinta.

Mister elucidar esse ponto: o lançamento tributário que aqui se discute, representado pelo AI constante de folhas 993, relativo ao ano de 2009, lançado em face do ganho de capital decorrente da venda da participação acionária do Recorrente no Banco Pactual, decorre do mesmo fato gerador "in concreto" , discutido e decidido de forma irreformável em favor do sujeito passivo, nos autos do processo 12898.002335/2009-31, relativo ao ano-calendário de 2006?

Antes, porém, necessário assentarmos um conceito mais: lançamento tributário.

Me socorro novamente das lições de Barros Carvalho em razão de sua abrangência (*ob. cit.* pg. 432):

"Lançamento tributário é o ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, constitutivos e vinculados, mediante o qual se insere na ordem jurídica brasileira uma norma individual e concreta, que tem como antecedente o fato jurídico tributário, e como consequente, a formalização do vínculo obrigacional, pela individualização dos sujeitos ativo e passivo, a determinação do objeto da prestação, formado pela base de cálculo e correspondente alíquota, bem como pelo estabelecimento dos termos espaço-temporais em que o crédito há de ser exigido"

Mais sintético, porém não mesmo preciso, Luís Eduardo Schoueri (*ob. cit.*, pg. 575), assevera a função do lançamento:

"(...) o lançamento, para que aquele fato jurídico seja formalmente apurado, quantificando-se o montante devido"

Digo: o lançamento tributário é o ato administrativo pelo qual a autoridade, de modo plenamente vinculado:

i) constitui o crédito tributário decorrente da obrigação tributária surgida, posto que constatada a ocorrência do fato gerador, previsto em lei, por meio de ato praticado pelo sujeito passivo,

ii) determina a matéria tributável;

iii) calcula o tributo devido;

iv) e impõe a penalidade prevista em lei.

Ora, o lançamento tributário necessariamente se reporta a um fato gerador *in concreto* praticado pelo sujeito passivo. Como consequência, há uma matéria tributável a ser determinada, com a discriminação da base de cálculo e da alíquota aplicável.

Como visto acima: uma hipótese de incidência (*fato gerador 'in abstracto'*), uma fato imponível (*fato gerador 'in concreto'*).

Não obstante tal afirmação, situações há em que um fato gerador enseja vários momentos de constituição de crédito tributário, como por exemplo, na obtenção da renda pelo trabalho. Surge a importância do aspecto temporal da regra matriz de incidência.

Regina Helena Costa, em louvável síntese assevera: *"o aspecto temporal que indica o momento no qual se considera nascida a obrigação tributária"* (*ob. cit.* pg. 207)

Schoueri (*ob. cit.* pg. 496), após esclarecer que cabe a lei determinar o momento de constituição da obrigação tributária, traz elucidativa distinção entre os fatos geradores ditos instantâneos e periódicos. Assevera:

"Em Direito Tributário, instantâneo é aquele que se esgota, por sua própria natureza, num certo período de tempo, i.e, aquele que não tende, por sua própria natureza, a reproduzir-se. Daí que um negócio jurídico, por mais duradouras que sejam as

tratativas entre as partes, será instantâneo, já que se esgotará na sua conclusão" (destaquei)

Neste ponto, necessária pausa. Não olvidemos os conceitos analisados.

O lançamento tributário se reporta, forçosamente, a um fato gerador ocorrido. O momento de ocorrência do fato gerado se encontra firmado em lei, independentemente das consequências do negócio jurídico firmado entre as partes (art. 118, II, do CTN).

O lançamento tributário é o ato constitutivo do crédito decorrente da obrigação tributária surgida com a prática, pelo sujeito passivo, da hipótese de incidência prevista na lei. O crédito tributário, que tem a mesma natureza da obrigação tributária, se extingue, por império da lei, pelas formas previstas no artigo 156 do CTN, dentre elas, pela decisão administrativa irreformável.

Firmes nos conceitos jurídicos aplicáveis ao caso concreto, vejamos o deslinde da questão.

Assiste razão ao Recorrente. Explico

Em 2006, houve um negócio jurídico previsto na norma como ensejador da obrigação tributária correspondente ao direito de crédito da União relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Física em razão da verificação do ganho de capital constatado pela venda da participação acionária do sujeito passivo.

Tal negócio jurídico foi firmado com o pagamento do preço avençado em parcelas, cujo prazo extrapolou o ano-calendário.

O sujeito passivo fez constar de sua DAA a apuração do ganho de capital decorrente das reorganizações societárias que resultaram em incorporações das empresas holdings que detinham o controle societário da empresa vendida.

Tal forma de apuração do ganho de capital foi objeto de autuação da RFB quando da verificação da DAA do ano-calendário de 2006, em razão de suposta simulação das operações societárias realizadas que resultaram em uma majoração do custo de aquisição das ações alienadas.

Como resultado do processo administrativo tributário instaurado contra o lançamento tributário mencionado, foi publicado o Acórdão 2102-01.938, de 16 de abril de 2012, que deu provimento ao recurso voluntário do contribuinte, validando a apuração do ganho de capital na forma constante de sua Declaração de Ajuste Anual.

Tal decisão tornou-se definitiva, posto que não cabível mais recurso, em 29 de novembro de 2012.

Posteriormente, em 25 de outubro de 2011, a Divisão de Fiscalização da DRF RJ/I, procede a novo lançamento tributário, em razão da revisão da DAA referente ao ano-calendário 2009.

Assim se pronunciou a Autoridade Fiscal (TVF, fls. 958):

"A referida ação teve como escopo a análise da operação de alienação das AÇÕES DO BANCO PACTUAL S/A, CNPJ nº 30.306.294/0001-45, ocorrida no ano-calendário de 2006, das quais o sujeito passivo detinha juntamente com outro sócio Sr.

ANDRÉ ESTEVES parte majoritária, mas nos deteremos somente no recebimento da parcela de 2009." (negritei)

Claríssimo o lançamento tributário. Fato gerador decorrente da alienação das ações do Banco Pactual, ocorrida no ano de 2006. Ou seja, o mesmo fato impositivo.

Como visto acima nas lições de Schoueri, é a lei quem deve determinar o momento de ocorrência do fato gerador. Regulamentando as prescrições da Lei nº 7.713/89, o artigo 140 do RIR explicita o momento de ocorrência do fato gerador do imposto de renda devido sobre o ganho de capital:

"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).

§1ºPara 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.

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

Tal comando regulamentar não passo despercebido da Administração Tributária, que ao publicar a IN SRF nº 84/01, esclareceu:

"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." (destaquei)

Diante do exposto, forçoso constatar que os lançamentos tributários decorrente das revisões de DAA anual realizados nos anos calendários 2006 e 2009 se referem ao mesmo fato gerador, posto que consubstanciador da mesma hipótese impositiva, sendo certo que os lançamentos realizados decorrem de mero momento de apuração do tributo devido, em procedimento de homologação da DAA entregue pelo contribuinte, uma vez que a lei tributária difere o pagamento do tributo.

Com essa constatação, mister reconhecer que, **para o caso em apreço, houve para o Recorrente a extinção da obrigação tributária decorrente do crédito tributário devido** em razão da incidência do imposto sobre a renda a ser apurada sobre o ganho de capital ocorrido quando da alienação da participação societária no Banco Pactual, em razão da decisão

irreformável consubstanciada no Acórdão nº 2102-01.938, de 16 de abril de 2012, nos termos do inciso IX do artigo 156 do CTN.

Conclusão

Por todo o exposto e com base nos fundamentos apresentados, voto por conhecer e dar provimento ao recurso voluntário.

assinado digitalmente

Carlos Henrique de Oliveira - Relator

Declaração de Voto

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Conselheiro

Em que pese a pertinência das razões e dos fundamentos legais contidos no voto do Ilustre Relator, o qual foi acompanhado pela maioria dos membros da Turma, divirjo da tese vencedora pelas razões que passo a expor.

Competência da União, nos termos do inciso III do art.153 da CF/88, o Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza tem sua regra matriz no art. 43 do CTN, o qual prevê, expressamente, que seu fato gerador é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, de rendas ou de proventos de qualquer natureza:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho

ou da combinação de ambos;

II de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os

acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

Dando ainda maior ênfase à vinculação entre a ocorrência do fato gerador e a aquisição da disponibilidade, a Lei 7.713/89 previu que, no caso de pessoas físicas, o imposto de renda é devido à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem recebidos, conforme se vê abaixo. Além disso trouxe outros preceitos em que se pode notar a vinculação do tributo com o efetivo recebimento do ganho.

Lei 7.713/89

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. 8º Fica sujeito ao pagamento do imposto de renda, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei, a pessoa física que receber de outra pessoa física, ou de fontes situadas no exterior, rendimentos e ganhos de capital que não tenham sido tributados na fonte, no País. (...)

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.

Portanto, para incidência do tributo, não basta uma mera expectativa de direito, já que o fato gerador é a disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos. Sem esta, não há que se falar em imposto sobre a renda.

E mais, no caso das pessoas físicas, a regra é o regime de caixa, sendo indispensável a percepção efetiva do rendimento ou do ganho de capital.

Vejamos como o art. 140 do Regulamento do Imposto de Renda tratou do tema:

"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).

§1ºPara 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.

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

O texto regulamentar acima não estaria definindo o momento da ocorrência do fato gerador do tributo incidente sobre o ganho de capital. Ora, como bem sabemos, tal matéria é privativa de lei, o que nos impõe à interpretação do regulamento sem nos afastar da previsão legal que lhe deu origem.

Como já dito, a lei prevê que o fato gerador do Imposto é a disponibilidade econômica e jurídica de renda e proventos. Já nos caso das pessoas físicas, o imposto é devido à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem recebidos. Restando absolutamente inadequado falar-se em mero diferimento do pagamento do tributo.

Assim, no meu sentir, o texto regulamentar nada mais fez do que respeitar o objeto da Seção V do Decreto 3000/99, que seria orientar para a correta apuração do ganho de capital e, na Seção seguinte, orientar o contribuinte para o cálculo do imposto e prazo para recolhimento.

Naturalmente, exclusivamente por questão de segurança jurídica, o regulamento prescreveu que, nas alienações a prazo, o ganho deverá ser apurado como se a venda fosse à vista. Deu seguimento à sentença pela literalidade do preceito legal, ao dispor que o ganho deveria ser tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês.

Assim, claro está que o texto regulamentar cumpriu o seu papel de orientar sobre a forma de calcular o ganho de capital e o fez preocupado em conferir segurança para o contribuinte que faz uma venda a prazo, pois, do contrário, muito mais difícil seria a apuração do ganho de capital passivo de tributação, já que são inúmeras as regras aplicáveis para apuração do ganho, dependendo da natureza do bem (ex. bem de pequeno valor), da forma de aquisição (por permuta), da situação pessoal do sujeito passivo (único imóvel), do tempo de propriedade (redução ou fator de redução de acordo com o ano de aquisição) e da legislação aplicada ao caso concreto.

Mais simples apurar o ganho como se a venda fosse à vista, de modo a se definir qual legislação deve ser aplicada ao caso e qual percentual do preço da venda constituiu-se em ganho de capital, para que este seja aplicado no momento efetivo da tributação, da ocorrência efetiva do fato gerador (no caso da pessoa física, a percepção).

Não se pode entender que uma operação qualquer, neste caso a alienação das ações do Banco Pactual, configure um fato imponible, já que, no caso do IR, a alienação não é fato gerador do tributo, não é uma conduta prevista como hipótese de incidência tributária. O fato imponible é disponibilidade econômica ou jurídica decorrente do ganho de capital auferido na operação de alienação, determinado, como regra, pela diferença positiva, entre o valor de alienação e o custo de aquisição, apurado nos termos da legislação.

Desta forma, considerando que a tributação do ganho de capital, por expressa previsão legal, ocorre a medida do seu recebimento, cada parcela acordada importaria em um fato gerador distinto, não sendo procedente a alegação recursal que busca confundir os objetos da presente lide administrativa com a que teve lugar quando da tributação do recebimento da parcela do ganho anterior.

Ainda que deixando de lado todas as considerações acima sobre o momento da ocorrência do fato gerador do IR incidente sobre o Ganho de Capital, penso que, ainda assim, precisaríamos avaliar se, de fato, a ocorrência do fato gerador do tributo, neste caso, coincide com o momento da alienação.

Como já destacado, a regra matriz do Imposto sobre a Renda prevê que o fato gerador ocorre com a disponibilidade econômica ou jurídica de renda e proventos de qualquer natureza. Será que na alienação em discussão houve disponibilidade econômica ou jurídica do ganho de capital?

Disponibilidade, no âmbito do direito privado, está relacionada à noção de propriedade e, no âmbito tributário, estaria vinculada ao direito de dispor.

Ora, será que, a despeito da previsão legal expressa de tributação do ganho de capital no momento do seu recebimento, a operação de alienação das ações do Banco Pactual poderia ser considerada acabada em 2006, quando do fechamento do negócio? Naquele momento, será que o ora recorrente já poderia dispor de todo o valor ajustado pela venda das ações? Já sabemos que não houve disponibilidade econômica, mas ocorreu a disponibilidade jurídica? Os valores pactuados já integravam o patrimônio do contribuinte, seja de que forma fosse? Estavam disponíveis ou correspondiam a mera expectativa de direito?

Patrimônio é o conjunto de bens, direitos e obrigações vinculado a uma pessoa ou a uma entidade. Já a Lei nº 10.406/2002, Código Civil, prevê, em seu art. 91, que constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

Há valor econômico definido para o caso da alienação de propriedade em tela? Ou há uma mera possibilidade de que tais valores venham a se tornar efetivos, a partir do cumprimento de determinadas condições contratuais?

A resposta é NÃO. Os valores pactuados pela venda das ações, no momento da negociação efetiva, não estavam disponíveis ao vendedor, já que o contrato de compra e venda é rico em cláusulas que podem alterar, ou até mesmo zerar, o pagamento das parcelas diferidas, senão vejamos alguns exemplos:

CLAUSULA 1.3. Pagamento Diferido. Sujeito aos termos e condições aqui previstos, na data especificada na Cláusula 1.4(d), a Controladora ou, se a Reorganização estiver concluída antes do Fechamento, os Sócios deverão ter direito a receber, como contraprestação adicional pela Compra de Ações, um valor igual a:

(i) (x) US\$1,49 bilhão (sujeito ao ajuste conforme previsto na Cláusula 1.4 (e), se o Lucro Líquido Cumulativo antes do Imposto for maior ou igual a zero e o Aumento das Receitas Cumulativas for maior do que zero;

(y) US\$740 milhões (sujeito ao reajuste conforme previsto na Cláusula 1.4(e), se o Lucro Líquido Cumulativo antes do Imposto for menor do que zero; ou

(z) US\$1,184 bilhão (sujeito ao reajuste conforme previsto na Cláusula 1.4(e) se o Lucro Líquido cumulativo antes do Imposto for maior ou igual a zero, mas o Aumento das Receitas Cumulativas for (ou for considerado de acordo com sua definição) zero (o valor a ser pago em decorrência desta cláusula (i), o "Valor Base do Pagamento Diferido"); menos

(ii) o Valor a Compensar.

Se o valor determinado na subtração do Valor a Compensar do Valor Base do Pagamento Diferido for um número positivo, será aqui denominado "Valor do Pagamento Diferido". Quaisquer controvérsias relativas ao cálculo do Valor a Compensar deverá ser resolvida conforme previsto na Cláusula 1.7. Para que não parem dúvidas, o Valor Base do Pagamento Diferido mínimo, antes de quaisquer reduções conforme previsto na Cláusula 1.4(e), é US\$740 milhões.

(b) Não obstante qualquer disposição em contrário prevista neste Contrato, nenhum valor deverá ser pago pela Adquirente nos termos desta Cláusula 1.3 se o Valor a Compensar, conforme finalmente determinado de acordo com os termos deste Contrato, exceder o Valor Base do Pagamento Diferido.

CLÁUSULA 1.4. Determinação do Valor Base do Pagamento Diferido. (a) No prazo de 90 dias a partir da Data de Medição Anual, a Adquirente deverá elaborar de boa-fé e entregar aos Representantes do Sócio um extrato (cada uma deles um "Extrato do Pagamento Diferido da Adquirente") contendo o cálculo da Adquirente do Lucro Líquido Anual antes do Imposto

*e das Receitas Anuais para o Período Anual encerrado em tal Data de Medição Anual (e, no caso da Data de Medição Final, os cálculos da Adquirente do Lucro Líquido Cumulativo antes do Impostos, Aumento da Receita Cumulativa e os cálculos resultantes do Valor Base do Pagamento Diferido), junto documentos comprobatórios razoavelmente detalhados. (...) **SEGUIR-SE RITO RELATIVO A QUESTIONAMENTO DOS VALORES, PREVENDO ATÉ MEDIAÇÃO DE EMPRESA INDEPENDENTE. (DESTAQUE INSERIDO)***

(...) "Data de Medição Anual" significa 30 de junho de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011.

(e) "Lucro Líquido Anual antes do Imposto" significa o Lucro Líquido Pro Forma antes do Imposto para os quatro trimestres fiscais anteriores encerrando em cada Data de Medição Anual.

**Período Anual" significa o período de 12 meses encerrando em cada Data de Medição Anual.*

"Receita Anual" significa as Receitas Pro Forma para os quatro trimestres fiscais anteriores encerrando em cada Data de Medição Anual.

(h) "Associada" tem o significado previsto na Regra 12b-2 da Lei de Mercado de Capitais de 1934.

(i) "Valor Base da Receita Pro Forma" . significa US\$370 milhões. (...)

(r) "Aumento Cumulativo da Receita" significa o valor pelo qual (i) (x) o total das Receitas Pro consolidadas para os 20 trimestres fiscais do Pactual encerrando em 30 de junho de 2011, dividido por (y)' cinco exceda (ii) o Valor Base da Receita Pro Forma; ressalvado, no entanto, que se o Valor Base da Receita Pro Forma for maior do que o valor determinado de acordo com a alínea (i) desta definição, então o Aumento Cumulativo da Receita deverá ser considerado como sendo zero.

(w) "Data de Medição Final" significa 30 de junho de 2011.

Assim, ainda que deixássemos de lado o texto literal da lei que prevê que o imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, não observo no presente caso que, na data da celebração do negócio, já havia disponibilidade econômica ou jurídica de rendas e proventos de qualquer natureza que ensejasse a configuração plena da hipótese de incidência tributária.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário na parte em que busca demonstrar que o fato gerador do presente processo se confunde com o do lançamento pretérito.

Assinado digitalmente

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Conselheiro

Declaração de Voto

José Alfredo Duarte Filho - Conselheiro

Importante ressaltar a qualidade do brilhante voto do Relator pela forma didática que abordou a questão particular deste tipo de operação geradora do ganho de capital na alienação de ações, após a realização de incorporação inversa da holding, e depois da capitalização dos lucros gerados pela empresa operacional do grupo econômico, fruto, proposital ou não, de planejamento tributário previamente feito, com a incorporação reversa quando da venda das ações da instituição financeira. Em paralelo, a abundante descrição fática e citações legais e doutrina pertinente, sempre presentes no texto apresentado em estilo técnico.

A discussão da lide abrange, em especial, a capitalização de lucros gerados, sua incorporação na empresa controladora e a utilização de mesmo quantitativo como custo de aquisição da participação societária alienada. Trata também de matéria com trânsito em julgado no Acórdão 2102-01.938, em favor do Recorrente, de forma definitiva porque julgada em mesma instância administrativa, que busca agora interpretação da hipótese de incidência e fato gerador da operação da alienação de ações.

A sequência de procedimentos levada a efeito resultou na controvérsia geradora da presente lide, tendo como ponto de partida a geração de lucros na empresa operacional do grupo econômico (Banco). A holding, por sua vez, contabilizou o valor correspondente a tais lucros gerados na empresa operacional, por equivalência patrimonial para espelhar a realidade e correspondência dos valores registrados em uma e outra sociedade empresária vinculada, do mesmo grupo econômico. Até aqui tudo dentro dos padrões de providências administrativo/gerencial usual no relacionamento entre empresa controlada e controladora.

Os acionistas do grupo econômico promoveram a alienação de suas ações formalizada em determinada data para receber os valores correspondentes parceladamente. Em sequência, razão da apuração dos resultados da PJ alienada, a Holding promove a capitalização dos referidos lucros gerados na empresa operacional e refletidos no patrimônio líquido da Controladora do grupo econômico. Capitalizados os lucros na Holding os valores passaram a compor o seu capital social como valoradores da participação acionária dos sócios naquela empresa Controladora, assim como ocorreu na empresa Controlada, mesmo que essa não tenha procedido a referida capitalização, deixando permanecer tais valores, a título de lucros, nos registros contábeis da empresa geradora. Em resumo, a empresa operacional (Banco) gerou o lucro e não incorporou ao capital, com o intuito de distribuí-los aos acionistas alienantes das ações, ao passo que a Holding registrou o lucro por equivalência patrimonial e promoveu a incorporação dos valores ao seu capital social.

A empresa operacional (Banco) corresponde à parte importante e fundamental do grupo porque se constituiu na única geradora de resultados do grupo, assim que, a alienação de suas ações tornou desnecessária a existência da Holding e por isso a incorporação inversa procedida.

Importante ressaltar que no contrato firmado que respaldou a alienação das ações consta 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, no caso o Recorrente, conforme ressaltado pela Fiscalização em seu relatório, como segue:

"Todavia, o contrato firmado na compra e venda do Banco Pactual S/A, na cláusula 6.13, 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, tal qual, se àquela data ocorresse uma alienação conhecida pelo mercado como "ex-dividendos", ou seja, sem direito aos novos adquirentes dos dividendos provenientes da próxima distribuição de lucros fundamentada nos lucros auferidos no período."

Ocorre que, atendendo ao que consta na cláusula 6.13 do contrato de alienação das ações, o valor do lucro gerado foi efetivamente distribuído aos antigos acionistas em contrapartida do registro contábil da empresa geradora do lucro que o havia mantido como lucros acumulados, portanto, não capitalizados, diferentemente do ocorrido na pessoa jurídica Holding. Em sentido contrário, quando da incorporação inversa controlada/controladora ficou mantida a capitalização do mesmo lucro que antes fora apropriado na Holding por equivalência patrimonial. Em exercício de lógica, o mesmo lucro fora distribuído aos antigos acionistas, entre eles o Recorrente, e também incorporado ao capital da sociedade empresária Controladora. Como a capitalização substitui a distribuição de lucros e vice-versa e, independente da opção, o procedimento conta com a isenção do imposto, resta evidente que a operação não poderia produzir duplo benefício fiscal. Em síntese, o lucro gerado é o mesmo lucro refletido por equivalência patrimonial, assim que, o mesmo lucro incorporado ao patrimônio da pessoa jurídica objeto da venda é o mesmo lucro distribuído aos antigos acionistas do Banco. Finalmente, como o lucro foi distribuído não poderia ter sido utilizado para constar como custo da participação acionária e, por efeito, redutor da tributação na operação de alienação da participação acionária do Recorrente.

Neste sentido, não assiste razão ao Recorrente quanto à inclusão do valor do lucro capitalizado como custo das ações objeto da alienação. Portanto, o valor do custo das ações alienadas corresponde ao montante dos investimentos, desconsiderando-se a capitalização dos lucros aqui referidos.

Também não assiste razão ao Recorrente quanto ao pleito referente à incidência de juros sobre crédito tributário lançado, conforme argumentos apontados no voto do Conselheiro Relator.

Assiste razão ao Recorrente quanto a indevida imposição de multa qualificada, porquanto ausentes os determinantes que a justifiquem, conforme argumentos apontados no voto do Conselheiro Relator.

De outra banda, a lide trata da alienação de ações do Banco Pactual S.A., após reestruturação societária, realizada em 01.12.2006, na condição de pagamento parcelado, sendo que o primeiro pagamento correu em 2006, o segundo em 2009 e os demais em 2010 e 2011. Ocorre que a alienação da participação acionária aconteceu em 2006, quando do pagamento da primeira parcela. Sobre essa operação que efetiva o negócio como um todo foi lavrado o Auto de Lançamento, que o contribuinte o denomina como AUTO/2009. Pois bem, o AUTO/2009 foi julgado em 16.04.2012, pela 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 2ª Seção deste CARF, que por unanimidade de votos cancelou o Lançamento, decidindo que a apuração do ganho de capital do contribuinte na venda das ações do Banco foi calculado de forma correta, com a inclusão no custo das ações daquele valor correspondente a capitalização dos

lucros, reduzindo o imposto a pagar. Embora não alinhado com o fulcro daquela decisão, curvo-me a questão da coisa julgada por tratar-se da mesma operação, já estando, portanto, decidida a matéria de forma definitiva em favor do Contribuinte.

Hipótese de incidência e fato gerador podem ser coisas distintas, porém com ocorrência simultânea, confundindo-se uma em outra. Por vezes é imprecisa a distinção da definição do fato gerador como elemento abstrato inserto na lei (CTN – Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência), e a concretização objetiva observada na realidade do fato efetivamente realizado, materializado, como comportamento descrito na norma, cuja observação faz nascer uma obrigação jurídica (Decreto nº 3000/99 - Art. 138. O ganho de capital será determinado pela diferença positiva, entre o valor de alienação e o custo de aquisição, apurado nos termos dos arts. 123 a 137).

Inaplicável aqui a distinção de hipótese de incidência para a operação de venda da participação acionária como um todo, de forma abstrata, e a ocorrência do fato gerador identificado em cada recebimento financeiro definido no contrato. No caso em exame, tanto a hipótese de incidência quanto a ocorrência fática geradora da operação que faz nascer a obrigação principal miram para um mesmo ponto, que é a efetivação da alienação da participação acionária.

Neste sentido, o fato gerador se deu, por inteiro, no momento da formalização da alienação das ações, sendo naquele ato gestado o surgimento da obrigação principal, com apuração diferida para o momento dos recebimentos das parcelas com datas definidas em contrato. Em cada um daqueles momentos, então, é calculado e pago o imposto na proporção da parcela paga, conforme disposto no art. 140 e seus parágrafos, do Decreto 3000/99, por se tratar de alienação a prazo.

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.

§ 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.

Da mesma forma, a Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, que dispõe sobre a apuração e tributação de ganhos de bens e direitos, confirma o regramento de apuração do imposto pelo ganho de capital na alienação a prazo como se venda à vista fosse, nos seguintes termos:

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.

Pelo exposto, não há que se considerar o entendimento de que na alienação teria acontecido somente a hipótese de incidência tributária e que o fato gerador teria ocorrido nas datas dos recebimentos das parcelas pagas, porque tal interpretação confrontaria a legislação que disciplina a matéria, conforme citado acima. Ao contrário, no caso em tela, o fato gerador ocorreu efetivamente no momento da alienação, cujo ato foi julgado no Acórdão nº 2102-01.938, de 16 abril de 2012, em favor do Recorrente e que se tornou irreformável.

Incompatível a realidade jurídica existente com a situação hipotética de que o fato gerador ocorre em cada operação de recebimento, porquanto assim a tributação se daria proporcionalmente pela disponibilidade financeira, como se o jurídico se subordinasse ao financeiro. Em princípio, a incidência tributária deve ser neutra, ou seja, não interferir ou modificar as relações de mercado, todavia, quando isso ocorre as relações transacionais se adaptam de forma a alocar o ônus do tributo para aquele que deve efetivamente suportar a carga do imposto. A lei tributária não se subordina ao mercado, esse sim se flexiona à circunstância da incidência em razão da definição do momento da ocorrência fato gerador e o correspondente pagamento do tributo, abatendo-se o ônus na primeira parcela ou diluído em parcelas conforme disciplinado no art. 140 e seus parágrafos, do Decreto 3000/99 e Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001.

O real motivo da existência dos dispositivos legais citados é a permissão do recolhimento do imposto na medida proporcional dos recebimentos parcelados definidos no momento da alienação, realizada por inteiro em uma primeira data, momento da ocorrência do fato gerador, também ocorrido por inteiro naquela mesma oportunidade. Neste sentido, considera-se que os lançamentos efetuados em razão dos recebimentos parcelados referem-se àquele único fato gerador já ocorrido e julgado anteriormente, com decisão irreformável no Acórdão 2102-01.938, de 16 de abril de 2012.

Em conclusão, e por todo o exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário por considerar extinto o crédito tributário por decisão administrativa irreformável nos termos do art. 156 do CTN.

assinado digitalmente

José Alfredo Duarte Filho - Conselheiro