



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12448.735359/2011-92
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-005.983 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de janeiro de 2020
Recorrente GILBERTO SAYAO DA SILVA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Ano-calendário: 2009

ENQUADRAMENTO LEGAL GENÉRICO.

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

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

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

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

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 consequente 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 n.º 9.430/96 é inaplicável a qualificadora da multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir a qualificação da penalidade de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Francisco Nogueira Guarita – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: : Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu Kushiya, Débora Fófano Dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente)

Relatório

O presente processo trata de recurso voluntário em face do Acórdão n.º **12-50.058 - 21ª Turma da DRJ/RJ1, fls. 1.141 a 1.169.**

Trata de autuação referente ao Imposto Sobre a Renda de Pessoa Física e, por sua precisão e clareza, inicialmente, utilizarei o relatório elaborado no curso do voto condutor relativo ao julgamento de 1ª Instância.

Trata-se de lançamento de crédito tributário do Imposto de Renda da Pessoa Física – IRPF relativo ao ano-calendário 2009, efetuado por meio do Auto de Infração lavrado em 23/10/2011 (fls. 993/997), em face do contribuinte acima identificado, no montante de R\$ 8.742.153,14, sendo R\$ 3.248.904,84, de imposto; R\$ 619.891,04 de juros de mora calculados até 30/09/2011 e R\$ 4.873.357,26 de multa proporcional calculada sobre o principal.

Consistiu a infração apurada na Omissão de Ganhos de Capital na Alienação de Ações/Quotas não Negociadas em Bolsa, cujo respectivo Imposto de Renda exigido refere-se ao ano de 2009.

DO PROCEDIMENTO FISCAL E DO LANÇAMENTO

No curso do procedimento fiscal iniciado através do Termo de Início de Fiscalização do qual o Contribuinte foi cientificado em 07/10/2010 (fls. 36/38) foram emitidas intimações pela Auditoria-fiscal e apresentados documentos e esclarecimentos pelo Contribuinte. Relativamente a todo o procedimento fiscal desenvolvido, foi lavrado o Termo de Verificação Fiscal (fls. 958/992), parte integrante e indissociável do Auto de Infração, no qual foram consignadas, em síntese, as informações a seguir:

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

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

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

Através de contrato firmado em 09/05/2006, entre a pessoa jurídica UBS AG, a pessoa jurídica Pactual S.A (controladora direta do Banco Pactual S.A.) e as pessoas físicas que possuíam participação indireta sobre o patrimônio do Banco Pactual S.A., ficou definido, entre outras cláusulas, que as *holdings* detentoras de todas as ações do Banco Pactual S.A seriam extintas mediante a reorganização, para que os sócios pessoas físicas assumissem a condição de proprietários diretos das ações negociadas.

O pagamento pela compra das ações do Banco Pactual S.A. foi dividido em parcelas, sendo a primeira paga na data de “Fechamento” da compra e venda das ações, ocorrido em dezembro de 2006, e a segunda em data posterior denominada de “Pagamento Diferido”.

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.

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

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

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

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

Todavia, o contrato firmado na compra e venda do Banco Pactual S/A determinava que, entre a data da celebração do negócio e a data da efetivação do mesmo os lucros auferidos seriam objeto de distribuição aos antigos proprietários, de tal forma, que em 22/02/2007, os acionistas alienantes, àquela época 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 deve ser deduzida do custo de aquisição apurado.

Com isso, chega-se ao custo das ações alienadas pelo Contribuinte, que é de R\$ 183.194.183,97, correspondente a 21,20% do total da sociedade.

Tendo o Contribuinte recebido em 2009, pela venda das ações, R\$ 498.247.699,40, que corresponde a 44,82% do valor total da venda, de R\$ 1.111.647.540,24, foi considerado como custo das ações relativo à parcela da venda recebida em 2009, R\$ 82.107.633,25 (183.194.183,97 x 44,82%).

O que evidencia a irregularidade é que o sujeito passivo recebeu novas ações em troca das extintas, por ocasião da extinção da Nova Pactual Participações Ltda, mantendo assim, em sua propriedade a mesma parcela que detinha indiretamente do Banco Pactual S/A, entidade que concentrava a efetiva riqueza econômica e financeira do grupo empresarial, como também aumentou 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 e Pactual S/A nada mais são do que o Resultado da Equivalência Patrimonial do Banco Pactual S/A.

As operações engendradas pelas citadas sociedades empresariais (uma autêntica cadeia de repercussões de equivalência patrimonial), no que concerne à questão da incorporação de lucros e dividendos, somente encontra lastro jurídico-contábil-financeiro no que se refere àqueles gerados pelo Banco Pactual S/A, com repercussão na controladora Pactual S/A. Com efeito, eventuais ajustes promovidos pelo Banco Pactual S/A em função de acréscimos patrimoniais ocorridos nas sociedades Pactual Participações Ltda e Nova Pactual Participações Ltda 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.

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 montado foi 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 segundo a qual não há direito ilimitado.

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

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

Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais – Processo n.º 12448.735360/201117, para comunicação ao Ministério Público da prática de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária.

DA IMPUGNAÇÃO

Cientificado do Lançamento em 27/10/2011, conforme Aviso de Recebimento dos Correios de fl. 1.029/1.030, o Contribuinte, por meio de seu advogado, apresentou Impugnação em 21/11/2011 (fls. 1.037/1.069), trazendo, em síntese, as seguintes alegações:

Do Auto de Infração

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 de propriedade de Pactual Holdings S.A., sociedade *holding* da qual o Impugnante era titular de 50% do capital.
2. Após a implementação da reestruturação, o Impugnante considerou que o custo de seus investimentos no Banco Pactual passou a ser de R\$ 505.291.757,41.
3. O Auto de Infração indica, como enquadramento legal, uma série de dispositivos que apenas contém regras gerais relativas à apuração e à tributação dos ganhos de capital auferidos por pessoas físicas, entretanto, não há a indicação do dispositivo legal que teria sido infringido, o que nem poderia ser feito, pois os efeitos da reestruturação decorreram justamente da aplicação dos dispositivos legais em vigor.

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

4. O Grupo Pactual era composto por diversas *holdings*, existentes há mais de 10 anos e constituídas em uma época em que os acionistas sequer cogitavam alienar seus investimentos no Banco Pactual. Os objetivos das *holdings* eram exclusivamente os de organizar o exercício do controle do Banco Pactual e propiciar uma distribuição adequada de seus resultados. Dessa forma, a alienação do Banco Pactual a terceiros faria com que as *holdings* se tornassem totalmente desnecessárias.
5. O caminho trilhado pelos acionistas para se tornarem vendedores do Banco Pactual foi o mais lógico, rápido e econômico dentre todos disponíveis, sendo o acréscimo do custo de seus investimentos mera consequência de aplicação das normas em vigor.
6. Havia algumas opções para a realização do negócio diretamente pelos acionistas, tendo sido a opção pela incorporação reversa das *holdings* pelo Banco Pactual a mais conveniente do ponto de vista prático, operacional, negocial e fiscal. Desde que o art. 8º da Lei n.º 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 n.º 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-lhes

atribuídas na proporção do capital social, fazendo com que os lucros acumulados até então fossem distribuídos também nesta proporção.

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

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

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

Do Aumento de Custo Resultante da Reestruturação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Da Inexistência de Fraude e Abuso de Direito

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

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

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

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

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

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

40. Não há no TVF, elemento que possa caracterizar a alegada fraude. Questiona o impugnante: onde está a informação falsa oferecida à fiscalização? Onde está a omissão quanto a fato que deveria ser obrigatoriamente declarado à fiscalização? Também não há uma única indicação de que os atos praticados foram ilógicos ou menos convenientes, em termos negociais, do que outros.

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

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

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

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

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

Da Inaplicabilidade da Multa Agravada

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

47. A jurisprudência administrativa reserva a multa majorada apenas para casos em que haja tentativas de enganar, esconder, iludir a fiscalização. (Apresenta uma série de exemplos de acórdãos) 48. Por outro lado, jurisprudência administrativa é uníssona em rejeitar a qualificação da multa quando não for demonstrada pela autoridade fiscal, com precisão, a existência de falsidade ou omissões que a justifiquem. São citadas a Súmula nº 14 do Carf e diversas decisões proferidas pelo órgão administrativo.

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

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

Das Considerações Finais

51. Além do presente Auto, o Impugnante teve contra si lavrado outro auto de infração, em 16/12/2009, relativo à parcela recebida no 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 conseqüente extinção do crédito tributário dele decorrente.

Em sua decisão, o órgão julgador de 1ª instância, decidiu que não assiste razão ao contribuinte, de acordo com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Ano-calendário: 2009

ENQUADRAMENTO LEGAL GENÉRICO.

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

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

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

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

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

É aplicável a multa qualificada quando restar caracterizado o evidente intuito de fraude do Contribuinte no sentido de impedir ou retardar, total

ou parcialmente a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Considerando que a multa de ofício é classificada como débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da

Receita Federal do Brasil, é correta a incidência dos juros de mora sobre os valores da multa de ofício não pagos, a partir de seu vencimento.

Em 27/11/2012, o contribuinte apresentou, tempestivamente recurso voluntário às fls. 1.178 a 1223.

Em 24/04/2013, o contribuinte, às fls. 1.229 a 1.254, fez solicitação de cancelamento do auto de infração em questão, sob o argumento de que o mesmo versa sobre matéria transitada em julgado por ocasião do julgamento por este Conselho da matéria constante do mesmo fato gerador, ocorrido em 16/04/2012, através do acórdão 2102.01.938, sendo o mesmo anexado às fls. 1.236 a 1.254, cuja ciência do referido acórdão deu-se em data posterior ao protocolo do recurso voluntário do contribuinte em relação a este processo.

Em 08/08/2013, o então presidente da segunda seção de julgamento negou o cancelamento solicitado pelo contribuinte (fls. 1.257).

Em 10/03/2015, através da Resolução nº 2101000.203 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, fls. 1.258 a 1.272, os membros do colegiado se manifestaram no sentido de que o julgamento se transformasse em diligência para que fosse feito esclarecimento de questões de fato, relativas a: (a) a composição do montante alegado pelo contribuinte como custo de suas ações, evidenciando cada investimento ou capitalização ocorrida, (b) Livro razão analítico ou fichas contendo os lançamentos individualizados, bem como livro diário esclarecendo as respectivas contrapartidas, para todas as contas patrimoniais envolvidas, nos períodos de capitalizações de lucros, nos termos do voto do relator.

Em 08/02/2017, foi proferido o Acórdão nº 2201-003.425 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária (fls. 1.345 a 1.390), onde foi dado provimento ao recurso voluntário por maioria de votos, de acordo com a seguinte ementa e decisão:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2009

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. FATO GERADOR TRIBUTARIO. 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 consequente 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 n.º 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 Bezzera 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.

Em 27/04/2017, anexo às fls. 1.392 a 1.408, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, interpôs recurso especial junto à Câmara Superior de Recursos Fiscais, solicitando o restabelecimento da autuação.

Foi anexado pela PGFN, o Acórdão n.º 2202-003.737 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, de 15/03/2017 e o Acórdão n.º 9202-003.770 – 2ª Turma, de 16/06/2016, utilizados como parâmetro para seu recurso, Fls. 1.392 a 1.408.

Em 20/06/2017, foi feita a análise da admissibilidade do recurso especial, fls. 1.461 a 1.468, onde foi proposto que, diante do exposto, com fundamento no art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 2015, que seja DADO SEGUIMENTO ao Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional, para que seja rediscutida a ausência de vinculação entre os diferentes fatos geradores decorrentes de alienação a prazo, no que tange à aplicação dos efeitos da coisa julgada.

Em 12/07/2017, às fls. 1.484 a 1.495 e 1.581 a 1.592, o contribuinte apresentou as contrarrazões.

Em 27/12/2017, foi anexada a solução de consulta da COSIT N.º 663, sobre PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA. ALIENAÇÃO A PRAZO. PESSOA JURÍDICA DOMICILIADA NO EXTERIOR. ALÍQUOTA, fls. 1.666 a 1.678.

Em 25/10/2018, através do Acórdão n.º 9202007.320 – 2ª Turma, fls. 1.679 a 1.712, a Câmara Superior de Recursos Fiscais acordou no sentido de que, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, com retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação das demais questões do recurso voluntário, vencidas as conselheiras Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que negaram provimento ao recurso. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Pedro Paulo

Pereira Barbosa, Ana Paula Fernandes, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri. Entretanto, findo o prazo regimental, a Conselheira Ana Paula Fernandes não apresentou a Declarações de Voto, que deve ser tida como não formulada, nos termos do § 7º, do art. 63, do Anexo II, da Portaria MF nº 343, de 2015 (RICARF). Julgamento iniciado na reunião de 09/2018, de acordo com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Ano-calendário: 2009

COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. FATOS GERADORES DISTINTOS.

No caso de alienação a prazo, cada parcela recebida constitui fato gerador distinto e autônomo, sem qualquer vinculação a eventual decisão administrativa porventura proferida quando do julgamento relativo a parcela de tributo anteriormente exigida.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Francisco Nogueira Guarita, Relator.

Por ser tempestivo e por atender as demais condições de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário.

De acordo com a parte final do relatório emitido por ocasião da resolução da segunda seção de julgamento deste conselho de nº 2101-000.203 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, datado de 10 de março de 2015, fls. 1.258 a 1.272, temos que a impugnação foi considerada improcedente e que o contribuinte repete as mesmas argumentações utilizadas por ocasião da impugnação, à exceção da adição de insurgimentos relacionados ao entendimento de que a receita de equivalência é definitiva e efetivamente auferida pelas investidoras, rechaça a inaplicabilidade do art. 135 do RIR/99 às capitalizações de lucros originários do MEP e menciona também 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, deu-se provimento ao recurso do contribuinte, conforme os trechos do referido relatório a seguir apresentados:

A impugnação foi julgada improcedente, conforme Acórdão de e-fls. 1141 a 1169. Cientificado da decisão em 05/11/2012, o contribuinte, em 27/11/2012 ingressa com recurso voluntário de e-fls. 1178 a 1223, onde repisa as argumentações trazidas em sede de impugnação, adicionando, ainda, em sede de recurso as seguintes argumentações:

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

b) Rechaça a inaplicabilidade do art. 135 do RIR/99 a capitalizações de lucros originários do MEP, ressaltando inexistir óbice legal a tais capitalizações. Critica a argumentação tecida na decisão recorrida, no sentido de que uma vez capitalizados na sociedade investidora, os referidos lucros fiquem indisponíveis tanto para capitalizações como para novas distribuições na sociedade investida, argumentando inexistir base legal

para tal “bloqueio”. Entende que as vantagens fiscais a que se refere a decisão decorrida decorrem da própria aplicação do art. 135 e não da reestruturação ocorrida no grupo.

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

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

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

Por conta disso, considerando que:

1 – que esta turma de julgamento em 08/02/2017, proferiu o acórdão n.º 2201-003.425 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária (fls. 1.345 a 1.390), onde foi dado provimento ao recurso voluntário por maioria de votos, com o respectivo cancelamento da autuação, acordando no sentido de que 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.

2 – que a PGFN interpôs recurso especial junto à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) solicitando o restabelecimento do lançamento,

3 – que a CSRF deu provimento ao recurso da PGFN no sentido de dar provimento, com retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação das demais questões do recurso voluntário,

4 - que a CSRF delimitou seu julgamento apenas sobre a coisa julgada administrativa, onde segundo a mesma, no caso de alienação a prazo, cada parcela recebida constitui fato gerador distinto e autônomo, sem qualquer vinculação à eventual decisão administrativa porventura proferida quando do julgamento relativo à parcela de tributo anteriormente exigida e, finalmente,

5 – que a decisão proferida por esta turma de julgamento, anulada pela CSRF, tratou dos demais temas deste recurso voluntário, cujo teor do decidido concordo plenamente, decido utilizá-la integralmente na parte não tratada pelo acórdão da CSRF, transcrevendo-a, conforme a seguir:

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 socios 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 apoia em voto do Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, proferido na decisão consubstancia 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 n.º 9.249, de 26 de dezembro 1995, base legal do art. 135 do Decreto n.º 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 n.º 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 n.ºs 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 tribulação para não-tribulação 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.ITÍ - 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 12448.736152/2011-35 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 conseqüentemente 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 Pactuai S/A

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

Tal conclusão tornase 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 Pactual S/A. Com efeito, eventuais ajustes promovidos pelo Banco Pactual S/A em função de acréscimos patrimoniais ocorridos nas sociedades Pactual Participações Ltda e Nova Pactual Participações Ltda 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."

A determinação do custo de aquisição na forma acima mencionada, levou a corrente, 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 Régis 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 10.768.010559/2001-19, 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 § 1º 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 compõem 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, justificase a sua aplicação sobre a multa. "

(APELAÇÃO CÍVEL N.º 2005.72.01.0000311/ SC, Relator: Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares)

"TRIBUTARIO. ART 43 DA LEI 9.430/96. MULTA DE OFICIO. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS LEGITIMIDADE.

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 n.º 920201.806 e Acórdão n.º 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 L1335.688/PR; REsp L129.990PR; REsp 834.681MG)."

Recurso negado também nessa parte.

Neste sentido, na parte não atacada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, decido por manter o acordado nos termos do voto condutor do acórdão anulado, com a respectiva desqualificação da multa de ofício aplicada.

Conclusão

Assim, tendo em vista tudo o que consta nos autos, bem como na descrição dos fatos e fundamentos legais que integram o presente, conheço do recurso, para no mérito, dar provimento parcial, no sentido de afastar a qualificação da multa aplicada.

Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo.

(assinado digitalmente)

Francisco Nogueira Guarita

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 por todos os membros da Turma, sirvo-me da presente para tecer algumas considerações.

Adicionalmente às relevantes e consistentes conclusões expostas no voto acima reproduzido, verifica-se que, em relação aos temas "**capitalização de lucros decorrentes de investimento avaliados pelo MEP**" e "**aumento do custo de aquisição dos investimentos do recorrente**", o procedimento adotado pela empresa investida, ao fim, acaba por criar riqueza com origem eminentemente escritural.

A Contabilidade é uma ciência social que se ocupa do patrimônio das entidades, acompanhando suas variações quantitativas e qualitativas e, embora tenha origem muito mais remota, no Brasil, ainda em sua fase Colonial, começou a ganhar caráter impositivo quando, em 1808, restou definido pelo Príncipe Regente D. João VI:

“Para que o método de escrituração e fórmulas de contabilidade de minha Real Fazenda não fique arbitrário à maneira de pensar de cada um dos contadores gerais, que sou servido criar para o referido Erário: ordeno que a escrituração seja mercantil, por partidas dobradas, por ser a única seguida pelas nações mais civilizadas, assim pela sua brevidade, para o manejo de grandes somas como por ser mais clara e a que menos lugar dá a erros e subterfúgios, onde se esconde a malícia e a fraude dos prevaricadores.” (fonte <http://lcmtreinamento.com.br/a-origem-da-contabilidade/>)

A evolução do comércio e da indústria e a sofisticação das economias têm exigido cada vez mais rigor na aplicação da Ciência Contábil, que conta com uma estrutura teórica formada por convenções e princípios de observância obrigatória, em razão do que determina a Resolução CFC nº 750/1993, com a redação dada pela Resolução CFC nº 1.282/2010.

No caso das Sociedade por Ações, as balizas da Contabilidade estão definidas na Lei 6.404/76, que prevê igualmente, em seu art. 177, que escrituração das companhias devem obedecer aos termos da legislação e aos Princípios de contabilidade geralmente aceitos.

Dentre tais Princípios, podemos destacar:

- o do Conservadorismo Contábil (ou Prudência), que impõe a adoção do menor valor para componentes do ativo e do maior para os do passivo, sempre que se apresentarem alternativas igualmente validadas para a quantificação das mutações patrimoniais que alterem o Patrimônio Líquido;

- o da Competência, que determina que os efeitos das transações sejam reconhecidos nos períodos a que se referem, independentemente do efetivo recebimento ou pagamento, pressupondo o confronto de receitas e despesas correlatas;

- o do Registro pelo Valor Original, que impõe que os componentes do patrimônio devem ser inicialmente registrados pelos valores originais das transações, podendo sofrer ajustes posteriores para melhor espelhar o seu justo valor, sendo certo que entre o valor do custo e o valor de mercado, deve ser considerado o menor;

Os Princípios acima não deixam dúvidas de que a preocupação da Ciência Contábil está estritamente ligada ao correto registros dos fatos, para que se tenha em mãos uma mensuração do patrimônio a mais fidedigna possível, do que resulta maior facilidade na tomada de decisões, maior confiança do mercado e maior proteção para os ativos.

Entretanto, vale ressaltar, de forma segregada, o Princípio da primazia da Essência Econômica sobre a Forma Jurídica, que se constitui uma das mais importantes características da Ciência Contábil, que aponta a necessidade de registrar-se a efetiva substância econômica das transações e não meramente a forma legal que as revestem, já que estas nem sempre são consistentes com aquelas, podendo resultar em informação produzida artificialmente.

É exatamente o que se identifica no caso em apreço, em que um único fato, ao ter sido contabilizado a partir de uma interpretação literal de um preceito legal isolado, resultou em reflexos múltiplos nos patrimônios das empresas controladoras e de seus sócios, que se mostram absolutamente artificiais e irreais.

O método de atualização de investimento pelo valor equivalente à participação societária no Patrimônio Líquido da sociedade investida, o Método da Equivalência Patrimonial, está estreitamente ligado a essa preocupação de controlar e informar as transações pelo seu valor justo. Tanto é assim que, nos termos do art. 248 da Lei 6.404/76, o valor do investimento é apurado pela aplicação do percentual detido do PL da investida, diminuído de resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas.

Assim, a título de exemplo, se uma investidora registra em seu ativo, pelo custo da operação, a aquisição de um imóvel de uma investida, que tenha resultando na apuração de um lucro na investida, no momento da avaliação do valor do investimento pelo MEP estes efeitos devem ser eliminados.

Portanto, se a contabilidade deve registrar as transações que importem mutações patrimoniais pelo seu valor justo e se a essência econômica de tais transações deve prevalecer sobre a sua forma jurídica, não há dúvidas de que a multiplicação dos efeitos do lucro obtido pelo Banco Pactual S/A de maneira sucessiva nas empresas controladoras, além de não se mostrar compatível com a interpretação integrada do preceito contido § único do art. 10 da Lei 9.249/95, não se apresenta alinhada à boa técnica contábil.

Por todo o exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário, acompanhando integralmente o voto do Nobre Relator.

Assinado digitalmente

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Conselheiro