



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12448.735359/2011-92
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9202-009.825 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 27 de agosto de 2021
Recorrentes FAZENDA NACIONAL E
GILBERTO SAYÃO DA SILVA

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

Ano-calendário: 2009

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

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, seguida de incorporação reversa e nova capitalização, em inobservância da correta interpretação a ser dada ao art. 135 do Decreto nº 3.000, de 1999, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. COMPROVAÇÃO DAS
CONDUTAS PREVISTAS NOS ARTIGOS 71, 72 ou 73, da Lei nº 4.502, de 1.966.

No caso de lançamento de ofício, a multa deve ser exigida em dobro (qualificada) nos casos previsto nos artigos 71, 72 ou 73, da Lei nº 4.502, de 1.966. É dever da autoridade lançadora demonstrar, de forma inequívoca que a conduta do contribuinte se enquadra em uma dessas hipóteses.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, em negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Ana Cecilia Lustosa da Cruz e João Victor Ribeiro Aldinucci. Acordam ainda, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho, Ana Cecilia Lustosa da Cruz e João Victor Ribeiro Aldinucci, que não conheceram. No mérito, acordam, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mario Pereira de Pinho Filho, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Joao Victor Ribeiro Aldinucci, Mauricio Nogueira Righetti, Marcelo Milton da Silva Risso, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em exercício).

Relatório

Cuida-se de Recursos Especiais interpostos pela Fazenda Nacional e por Gilberto Sayão da Silva contra o Acórdão nº 2201-005.983, proferido na Sessão de 16 de janeiro de 2020, que deu provimento parcial ao Recurso Voluntário, nos seguintes termos:

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.

O Acórdão foi assim ementado:

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 nº 9.430/96 é inaplicável a qualificadora da multa de ofício.

O recurso da Fazenda Nacional visa rediscutir a seguinte matéria:
Desqualificação da multa de ofício.

O Recurso Especial do contribuinte visa rediscutir a seguinte matéria: **Forma de apuração do custo de aquisição a ser considerado no cálculo do ganho de capital, relativamente à operação de alienação da participação societária da contribuinte Banco Pontual S/A à empresa Grupo UBS.**

Em exames preliminares de admissibilidade, a Presidente da Câmara de origem deu seguimento a ambos os apelos.

O processo já passou por esta turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais para julgamento de Recurso Especial da Fazenda Nacional contra o Acórdão nº 2101-003.425, na Sessão 25 de outubro de 2018, quando foi proferido o Acórdão nº 9202-007.320, que conheceu e deu provimento ao Recurso Especial, nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado, 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.

O Acórdão 2101-003.425 dera provimento ao Recurso Voluntário, por entender que o lançamento se referia a obrigação tributária extinta, associada à tese de que, tratando-se de venda a prazo, o fato gerador do Imposto de Renda sobre ganho de capital, no caso de venda parcelada, ocorre no momento do fechamento do negócio, tese que foi rejeitada na ocasião por esta Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Portanto, o Acórdão nº 2201-005.983, objeto do Recurso ora examinado, foi proferido quando do exame complementar do Recurso Voluntário, em decorrência da decisão desta Turma da CSRF.

Em suas razões recursais a Fazenda Nacional aduz, em síntese, que os atos praticados pelo contribuinte tiveram como propósito aumentar irregularmente o custo de aquisição das ações do BANCO PACTUAL S.A.. que com isso, ele pretendia reduzir a tributação do ganho de capital quando fosse finalizada a venda do Banco para a UBS AG.; que efetivamente houve a prática de sonegação por parte do contribuinte que, por meio de operações realizadas em sequência, omitiu receitas passíveis de tributação; que a fraude também está caracterizada, pois a forma dada ao negócio teve, ainda, o objetivo de modificar as características essenciais do fato gerador, de modo a reduzir o montante do tributo devido; que é aplicável ao caso a majoração prevista no artigo 44 da Lei 9.430/96; que o contribuinte exercia poder de

comando por ser acionista controlador do GRUPO PACTUAL, não podendo se esquivar de sua responsabilidade diante de toda a estrutura fraudulenta, sem qualquer intuito negocial, com o propósito aumentar irregularmente o custo de aquisição das ações do BANCO PACTUAL S/A; que o artigo 135 do RIR de maneira alguma permite que um mesmo lucro seja utilizado em mais de uma capitalização de empresas do grupo e ainda ser distribuído aos sócios, como ocorreu na hipótese dos autos; que no caso o custo de aquisição do Banco Pactual foi aumentado em incríveis 236,84%, sendo que o patrimônio líquido do investimento experimentou, no mesmo período, um aumento de 89%; que se não houve a riqueza respectiva, o aumento foi artificial, de forma fraudulenta, apenas visando à minoração da tributação do ganho de capital auferido quando da alienação do Banco Pactual.

A contribuinte apresentou tempestivamente Contrarrazões nas quais defende, em síntese, a manutenção do decidido pelo recorrido quanto à desqualificação da multa de ofício. Argumenta que, conforme ressaltado no recorrido, a reestruturação societária foi realizada com propósitos negociais legítimos e que a majoração dos custos é mera decorrência da aplicação direta da legislação em vigor; que em nenhum momento o recorrido se desviou das regras previstas em lei, ao considerar que as capitalizações de lucros das holdings provocariam um aumento no custo de seus investimentos; que a reestruturação não foi realizada por razões fiscais, sendo o seu objetivo sempre o de desfazer uma estrutura societária criada especificamente para organizar o controle do BANCO e para viabilizar sua venda pelos Acionistas; que o entendimento esposado pela PGFN contraria a jurisprudência pacífica do CARF e da CSRF que, em numerosos julgamentos, têm decidido que a aplicação da multa qualificada está condicionada à comprovação, por parte do fisco, da existência de evidente intuito de fraude (Invoca a Súmula CARF nº 14). Aduz ainda que a multa qualificada tem conotação penal e, pelas consequências que dela derivam, só se aplicam aos contribuintes que, conscientemente, infringiram a lei para furtar-se ao pagamento de tributos, cabendo nos demais casos a multa regular de 75%. Cita jurisprudência administrativa.

Passo à exposição das razões do Recurso Especial do contribuinte.

O contribuinte aduz que quando um investimento é realizado pelo método da equivalência patrimonial os lucros da sociedade investida traduzem-se em receitas da sociedade investidora, os chamados ganhos de equivalência, que antes de ser o próprio lucros da sociedade investidora, são apenas um elementos positivo na formação deste; que a rigor, sequer poderá existir, a depender das demais receitas e despesas; que essa receita de equivalência é considerada definitiva e efetivamente auferida pela investidora, mas não está sujeita à incidência do Impostos de Renda e outros tributos, porque a lei permite que ela seja excluída da sua base de cálculo, o que não ocorre quando o lucro provem de investimentos em coligadas e controladas no exterior; que o método da equivalência patrimonial não é uma preferência do contribuinte, mas uma imposição legal, e visa fazer com que a investidora considere como seu valores correspondentes a lucros retidos na sociedade investida; que isso, contudo, não torna o lucro da investida lucro da investidora; que não iguala a capitalização dos lucros da investidora com a capitalização dos lucros da investida; que no caso concreto, o custo de aquisição das ações do banco detidas pela recorrente aumentou em função da capitalização dos lucros de participações e holdings, nas quais detinha participação diretamente, e, depois, dos lucros de PACTUAL, de cujo capital passou a participar com a extinção de participações e holdings; que as capitalizações deram-se com os lucros das próprias holdings e não com o lucro do BANCO, que são distintos; que a “justiça econômica!” buscada pela fiscalização não se coaduna com a norma jurídica; que essa interpretação econômica leva à violação da norma jurídica, que diferencia receita de lucro, o

lucro do dividendo, e assim por diante; que deve ser rechaçada essa interpretação econômica, reconhecendo-se a aplicação do art. 135 do RIR/99.

Sobre o aumento o custo de aquisição, aduz que, no caso de alienação de quotas/ações por pessoa física, o custo corresponde ao valor do investimento acrescido do montante dos lucros e reservas de lucros capitalizados, nos termos do art. 135 do RIR/99; que na incorporação inversa, os acionistas da incorporada recebem ações da incorporadora por custo idêntico ao das ações da incorporada e que, no caso concreto, ante das incorporações os lucros das incorporadas foram capitalizados; que o custo de aquisição das empresas do grupo pactual foi aumentado em duas oportunidades: quando ocorreu a capitalização de lucros de participações e holdings e quando ocorreu a capitalização de lucros da PACTUAL; que o art. 135 do RIR/99 previa que a capitalização de lucros gera acréscimo de custo para os sócios ou acionistas da pessoa jurídica, sem cogitar da natureza do lucro, e que o destinatário de é o acionista pessoa física; que o aumento de custos no caso, portanto, decorre da lei; que a recorrente não contestou a lógica dos quadros demonstrativos apresentados no TVF, mas sempre afirmou que as distorções apontadas decorrem do texto da lei; que a opção de eliminar holdings, mediante incorporação reversa, era o caminho lógico, natural e admitido em lei, para viabilizar a venda das ações do BANCO pelos acionistas, sendo o aumento do custo de aquisição mera consequência da adoção dessa opção; que situações como essas ocorre com frequência no dia-a-dia dos negócios, Cita jurisprudência.

Finalmente, sobre o tema “arbitramento do custo de aquisição dos investimentos do recorrente no BANCO”, a recorrente afirma que considera que o custo de aquisição de suas ações corresponde à soma das seguintes parcelas: (i) custo original de seus investimentos em PARTICIPAÇÕES e HOLDINGS, que era de R\$ 136.226.601,41, (ii) capitalização de lucros da PARTICIPAÇÕES e HOLDINGS, que geram acréscimo de custos de R\$ 51.807.714,00 e R\$ 99.000.000,00, (iii) capitalização de lucros da PACTUAL, que gerou um acréscimo e custo no valor de R\$ 211.170.649,00; que a Fiscalização adotou critério distinto, o qual descreve; que ao assim proceder a Fiscalização despreza o custo de aquisição original, os valores dos lucros capitalizados e reescreve a norma legal como se o custo de aquisição fosse o valor resultante da aplicação de seu percentual de participação na empresa vendida sobre o patrimônio líquido contábil (ajustado) da sua controladora direta, sendo que esse ajuste foi feito em razão da distribuição de lucros no ano seguinte (20070 ao da própria compra das ações; que em dezembro de 2006, o patrimônio líquido contábil de PACTUAL era de R\$ 1.149.597.660,18, enquanto que o do BANCO era de R\$ 1.200.480.531,05, ou seja, o segundo era maior cerca de R\$ 50 milhões; que o arbitramento do custo de aquisição não encontra respaldo na legislação.

A Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões nas quais aduz, em síntese, que, por meio do artifício de operações sucessivas a recorrente aumentou o custo de aquisição das ações do Banco Pontual de 233,71%, quando o Patrimônio Líquido do Banco aumento 84,45%; que o custo de aquisição é o valor pago, investido, despendido em um determinado bem ou direito; que, tratando-se de ações, esse custo somente pode ser aumentado na proporção da grandeza econômica que efetivamente foi reinvestida na empresa; que o método da equivalência patrimonial que se baseia no valor do patrimônio líquido da empresa coligada ou controlada, diferentemente do método do custo, que somente considera o valor desembolsado no momento da aquisição; que empregando essa noção no caso dos autos, tem-se que não é possível desvincular o lucro produzido pelo Banco Pactual do lucro que serviu para aumentar o capital de Nova Pactual Participações, a Pactual Holding e a Pactual S/A; que a utilização do método da equivalência patrimonial não altera o fato de que o lucro é um só, ou seja, aquele obtido pela empresa operacional e refletido para as demais controladoras/investidoras; que no caso, o custo

de aquisição sofre aumento artificial, pois o lucro do Banco Pactual serviu de base para diversas operações, o que fica evidenciado quando se compara a evolução do patrimônio líquido do Banco, que atingiu 84,45%, com o aumento do custo de aquisição; que a interpretação que a contribuinte emprestou ao art. 135 do RIR/99 é equivocada e teve como resultado prático a utilização sucessiva de um único lucro, presente no Banco Pactual e ainda não distribuído, mesmo não havendo suporte econômico para tanto; que o custo de aquisição não variou conforme os recursos que os sócios dispunham para reinvestimento, mas sim de forma artificial, subtraindo indevidamente o ganho de capital; que ao contrário do que defendeu a recorrente, o art. 135, do RIR/99 não é uma distorção econômica a ser corrigida pelo legislador; que a única correção que precisa ser feita é na interpretação que o contribuinte quer dar ao dispositivo; que a norma que o contribuinte pretende construir a partir do art. 135 do RIR/99 decorre de interpretação meramente literal, que culmina na situação absurda de se admitir aumento artificial do custo de aquisição; que, todavia, o art. 135 do RIR/99 apenas simplificou o processo de se investir os lucros obtidos por uma sociedade, pois dispensou prévia distribuição e permitiu a capitalização direta, com o consequente aumento do custo de aquisição; que como ressaltado pela DRJ, quem criou a distorção foi o próprio contribuinte, extrapolando o comando do art. 135, do RIR/99; que existem provas nos autos de que o lucro do Banco Pactual foi distribuído entre os acionistas da empresa, beneficiando, inclusive, os próprios alienantes e autuados; que consta do contrato de venda do Banco Pactual que os antigos acionistas receberiam dividendos provenientes de lucro produzido pelo Banco no ano de 2006 (cláusula 6.13).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, Relator.

Com se colhe do Relatórios, tanto a Fazenda Nacional quanto o contribuinte interpuseram Recursos Especiais, que tiveram seguimento. Começo a análise pelo recurso do contribuinte, pela possibilidade de seu desfecho ser prejudicial à análise do recurso da Procuradoria.

O recurso do contribuinte é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade. Na verdade, os acórdãos recorrido e paradigma tratam da mesma operação fiscal, variando apenas em relação ao fato gerador. Dele conheço.

Quanto ao, mérito, o que se discute é o custo de aquisição a ser considerado na operação de alienação de ações, dadas as circunstâncias específicas do caso das quais, para maior clareza, faço breve resumo:

Em 31 de dezembro de 2005 o contribuinte era acionista/titular, indireto, do Banco Pactual S/A, posto que era sócio/acionista das empresas Pactual Participações Ltda. e Pactual Holding S/A, que detinham o controle acionário de outras empresas que, por sua vez, detinham o controle do Banco Pactual S/A, que foi vendido para UBD, em contrato firmado em 09/05/2006.

A fiscalização considerou como custo de aquisição da participação do ora recorrente na empresa vendida (total) R\$ 858.876.206,36, que corresponde a R\$ 1.149.610.206,41, que seria o valor de sua participação em 31/12/2006, menos os lucros

distribuídos em 2007, pela empresa alienada, em cumprimento do estabelecido em contrato, no valor de R\$ 290.754.000,06.

O Banco fazia parte de uma estrutura societária, descrita e representada graficamente pela autoridade fiscal no Termo de Verificação Fiscal, envolvendo empresas controladoras e controladas, sendo o Banco Pontual a única empresa operacional do grupo. Por força de contrato, antes do fechamento da operação de venda foi feita uma reestruturação societária, mediante incorporações e extinções de empresa de modo a tornar os sócios pessoas físicas proprietários diretos do Banco Pactual S/A. A fiscalização entendeu que, na operação de reestruturação societária houve majoração artificial do custo de aquisição, procedendo ao lançamento para a exigência da diferença do imposto sobre o ganho de capital. O relatório fiscal é extenso e detalhado, e nele a autoridade fiscal demonstra, passo a passo, as operações societárias realizadas e por fim demonstra, segundo seu entendimento, onde teria ocorrido a majoração artificial do custo de aquisição. Não é o caso de se reproduzir aqui toda essa análise, mas penso que é útil reproduzir alguns excertos conclusivos dessa análise:

O que se pretendeu demonstrar com a segunda análise, foi confirmar o que já havíamos constatado na primeira. Portanto, nos processos de incorporação houve majoração irregular do custo das ações alienadas, e o custo total dessas ações equivalem ao montante de R\$ 1.149.610.206,41, que representa o Patrimônio Líquido da Pactual S/A em 01/06/2006, que detinha 100% das ações do Banco Pactual.

Os fatos apresentados definem o princípio de que 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.

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, na cláusula 6.13, determinava que entre a data da celebração do negócio e a data da efetivação do mesmo, os lucros auferidos são objeto de distribuição aos antigos proprietários, tal qual, se àquela ocorresse uma alienação conhecida pelo mercado como “ex-dividendos”, ou seja, sem direito aos novos adquirentes (sic) aos 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.

Os dividendos, no montante de R\$ 290.754.000,06 foram recebidos pelos alienantes em 22/02/2007, os quais foram distribuídos proporcionalmente de acordo com as suas participações individuais na Pactual S/A, conforme Ata da Reunião da Diretoria do Banco UBS Pactual S/A, de 05/02/2007, e declarações apresentadas pela empresa e pelas pessoas físicas alienantes. Esta parcela, pelos motivos expostos acima, deve ser

deduzida do custo de aquisição apurado, por integrar sua apuração com base no patrimônio líquido da Pactual S/A.

Registre-se que a presente autuação refere-se ao ganho de capital incidente sobre a parcela do valor da alienação recebido no ano de 2009.

O debate gira em torno da interpretação do artigo 135 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99, que reproduz o art. 10, parágrafo único, da Lei nº 9.249, de 1.995, na sua redação original. Confira-se:

Lei nº 9.249, de 1.995:

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.**

Entende o contribuinte que o modo como realizou a reestruturação societária e apurou o custo de aquisição estão em conformidade com o referido dispositivo. O contribuinte defende a regularidade do procedimento que levou ao aumento do custo de aquisição, explicado, em síntese, pelas capitalizações de lucros realizadas pelas controladoras/holdings que foram incorporadas pela controlada (incorporação reversa). Portanto, o deslinde do processo envolve a interpretação do referido art. 135 + (único, do art. 10, da Lei nº 9.249, de 1.995), mais especificamente, se com base nesse dispositivo, poderiam as empresas controladoras capitalizarem os lucros registrados no seu patrimônio líquido, em razão da aplicação do método da equivalência patrimonial.

Pois bem, como ressaltado com precisão pelo Acórdão Recorrido, o referido dispositivo refere-se especificamente a lucros e dividendos calculados com base nos resultados apurados, portanto, a lucros efetivamente produzidos (resultados) e que poderiam ser distribuídos, pois a referência feita no parágrafo único do art. 10, da Lei nº 9.249, de 1.995 a **“incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros”** deve ser lida a partir do *caput* do artigo, e este se refere a lucros apurados com base “nos resultados apurados a partir de 1.996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado”. Ora, esse não é o caso do lucro registrado na controladora por mero reflexo, pela aplicação do método da equivalência patrimonial, pois esses lucros não poderiam ser distribuídos. É uma regra básica de interpretação que o parágrafo deve ser interpretado conjuntamente ou com referência ao *caput*.

Mas da leitura do próprio parágrafo único, mesmo sem se levar em conta o *caput*, já é possível extrair essa conclusão. É que o dispositivo refere-se a lucros apurados e a reservas constituídas com esses lucros. A transposição para a controladora do valor dos lucros e reservas da controlada pelo método da equivalência patrimonial não configura apuração de lucros, mas mero registro contábil de lucro apurado pela controlada. Apura-se lucro mediante realização de balanço, com o confronto de receitas, custos e despesas.

Ora, a capitalização de lucros nada mais é do que a entrega, pelos sócios, (ou apropriação) para aumento de capital, de lucros que poderiam receber. Ao invés de receber os lucros, o sócio os reinveste na empresa. O art. 10, acima reproduzido, aliás, retrata muito bem

isso, ao referir-se, primeiramente, à distribuição de lucros e no parágrafo, como alternativa, referir-se à capitalização desses lucros, situação em que essa capitalização representaria o redirecionamento dos lucros da distribuição para a capitalização, e, nesse caso, segundo o dispositivo, essa capitalização geraria um aumento correspondente no custo da participação societária. Ocorre que os lucros registrados na controladora, meros reflexos do lucro produzido e mantido na controlada, não são passíveis de distribuição, não pertencem aos sócios, no sentido de que não se somam aos lucros mantidos no patrimônio líquido da controlada, aquela que, de fato, produziu o resultado. Para ilustrar o que dito acima, imaginemos, por hipótese, que a controlada distribuisse o lucro para a controladora. Nesse caso, os lucros recebidos pela controladora não se somariam àqueles antes registrados pelo método da equivalência patrimonial, pela simples razão de que haveria uma diminuição correspondente no patrimônio líquido da controlada, que seria refletido na controladora, pela equivalência patrimonial.

E nem se diga que a lei não veda a possibilidade de capitalização dos lucros (reflexos) pela controladora. A lei não precisa dizer aquilo que é evidente, que não pode ser capitalizado um lucro inexistente de fato, que não foi distribuído pela controlada, que o produziu, e, portanto, não foi recebido pela controladora; um lucro que é mero reflexo do resultado apurado pela controlada.

Por outro lado, também não é verdade que a lei admite a possibilidade dessa operação ora examinada. A escrituração pelo método da equivalência patrimonial, e os lançamentos contábeis, sua forma, seus efeitos e possibilidades são disciplinados pela normas e princípios que orientam as práticas contábeis, e a Lei nº 6.404, de 1.976 (art. 176) determina expressamente que a escrituração deve observar “os princípios de contabilidade geralmente aceitos.”

Pois bem, a ideia de que se possa criar valor, aumentar o custo de um ativo com uma simples operação contábil, sem correspondência com a efetiva produção de resultado, é absolutamente incompatível com os princípios de contabilidade. A possibilidade de se capitalizar duplamente lucros apurados pela empresa controlada, valendo-se do método da equivalência patrimonial, é uma distorção da aplicação desse método. Vejamos, por exemplo, o que diz sobre isso a Resolução CFC nº 1.241, de 2009:

Método da equivalência patrimonial é o método de contabilização por meio do qual o investimento é inicialmente reconhecido pelo custo e posteriormente ajustado pelo reconhecimento da participação atribuída ao investidor nas alterações dos ativos líquidos da investida. O resultado do período do investidor deve incluir a parte que lhe cabe nos resultados gerados pela investida.

[...]

Método da equivalência patrimonial

11. Pelo método da equivalência patrimonial, um investimento em coligada e em controlada (neste caso, no balanço individual) é inicialmente reconhecido pelo custo e o seu valor contábil será aumentado ou diminuído pelo reconhecimento da participação do investidor nos lucros ou prejuízos do período, gerados pela investida após a aquisição. A parte do investidor no lucro ou prejuízo do período da investida é reconhecida no lucro ou prejuízo do período do investidor. As distribuições recebidas da investida reduzem o valor contábil do investimento. Ajustes no valor contábil do investimento também são necessários pelo reconhecimento da participação proporcional do investidor nas variações de saldo dos 6 componentes dos outros resultados abrangentes da investida, reconhecidos diretamente em seu patrimônio líquido. Tais variações incluem aquelas decorrentes da reavaliação de ativos imobilizados, quando permitida legalmente, e das diferenças de conversão em moeda estrangeira, quando aplicável. A parte do investidor nessas mudanças é reconhecida de forma reflexa, ou seja, em outros

resultados abrangentes diretamente no patrimônio líquido do investidor (ver a NBC TG 26 – Apresentação das Demonstrações Contábeis), **e não no seu resultado.**

A citada NBC TG 26, por sua vez, assim define “resultados abrangentes”

NBC TG 26

Outros resultados abrangentes compreendem itens de receita e despesa (incluindo ajustes de reclassificação) que não são reconhecidos na demonstração do resultado como requerido ou permitido pelas normas, interpretações e comunicados técnicos emitidos pelo CFC. Os componentes dos outros resultados abrangentes incluem:

- (a) variações na reserva de reavaliação quando permitidas legalmente (ver a NBC TG 27 – Ativo Imobilizado e a NBC TG 04 – Ativo Intangível);
- (b) ganhos e perdas atuariais em planos de pensão com benefício definido reconhecidos conforme item 93A da NBC TG 33 – Benefícios a Empregados;
- (c) ganhos e perdas derivados de conversão de demonstrações contábeis de operações no exterior (ver a NBC TG 02 – Efeitos das Mudanças nas Taxas de Câmbio e Conversão de Demonstrações Contábeis);
- (d) ganhos e perdas na remensuração de ativos financeiros disponíveis para venda (ver a NBC TG 38 – Instrumentos Financeiros: Reconhecimento e Mensuração); (Redação alterada pela Resolução CFC n.º 1.376/11)
- (e) efetiva parcela de ganhos ou perdas de instrumentos de hedge em hedge de fluxo de caixa (ver também a NBC TG 38 – Instrumentos Financeiros: Reconhecimento e Mensuração). (Redação alterada pela Resolução CFC n.º 1.376/11)

Como se vê, o reconhecimento pela controladora em sua contabilidade nas modificações no patrimônio líquido da investida se dá de maneira apenas reflexa e, portanto, não integram o resultado da empresa. Vale dizer, ao registrar no seu patrimônio líquido, pelo método da equivalência patrimonial, lucro apurado pela investida, esse lucro não constitui resultado da investidora; é mero reflexo, para fins de atualização do valor do investimento. Daí porque o próprio Conselho Federal de Contabilidade recomenda que as demonstrações financeiras que deveriam ser divulgadas nesses casos deveriam ser as demonstrações consolidadas, que representariam efetivamente a realidade patrimonial das entidades em seu conjunto.

Vejamos o que diz também a Resolução CFC 1.262/2009:

4. Do ponto de vista conceitual, as demonstrações individuais só deveriam ser divulgadas publicamente para o caso de entidades que não tivessem investimentos em controladas, ou em joint ventures (controladas em conjunto). No caso de existência desses investimentos, todas as entidades deveriam divulgar publicamente somente as demonstrações consolidadas, conforme estabelecido nas normas internacionais de contabilidade emitidas pelo IASB.

5. Todavia, a legislação societária brasileira e alguns órgãos reguladores determinam a divulgação pública das demonstrações contábeis individuais de entidades que contêm investimentos em controladas ou em joint ventures mesmo quando essas entidades divulgam suas demonstrações consolidadas; inclusive é pacífico o entendimento de que a legislação societária requer que as demonstrações contábeis individuais, no Brasil, sejam a base de diversos cálculos com efeitos societários (determinação dos dividendos mínimos obrigatórios e total, do valor patrimonial da ação, etc.). Esta Interpretação, enquanto vigente a determinação legal para divulgação das demonstrações individuais da controladora ou controladora em conjunto, requer procedimentos contábeis específicos para as demonstrações individuais das controladoras (controle integral ou conjunto).

6. Como consequência, o CFC esclarece, por meio desta Interpretação, que, enquanto mantida essa legislação, será requerida a apresentação das demonstrações individuais de todas as entidades, mesmo quando apresentadas as demonstrações consolidadas

(integral ou proporcional). Requer, todavia, que as demonstrações individuais das entidades que têm investimentos em controladas e joint ventures sejam obrigatoriamente divulgadas em conjunto com as demonstrações consolidadas (integral ou proporcional) sempre que requerido legalmente ou pelas disposições da NBC T 19.36 - Demonstrações Consolidadas e da NBC T 19.38 - Investimento em Empreendimento Controlado em Conjunto (Joint Venture).

7. A obrigação de “divulgar, juntamente com suas demonstrações financeiras, demonstrações consolidadas...”, conforme preconizado pelo art. 249 da Lei das Sociedades por Ações, não implica, necessariamente, divulgação em colunas lado a lado, podendo ser uma demonstração contábil a seguir da outra. Cumprido o mínimo exigido legalmente em termos de divulgação, a entidade pode divulgar somente suas demonstrações consolidadas como um conjunto próprio, o que é desejável ou até mesmo necessário se existirem práticas contábeis nas demonstrações consolidadas diferentes das utilizadas nas demonstrações individuais por autorização do órgão regulador ou por conterem efeitos de práticas anteriores à introdução das Leis nºs. 11.638/2007 e 11.941/2008.

[...]

E mais adiante, tratando especificamente dos casos de reestruturação societária, a mesma resolução aborda situação que guarda semelhança com o caso aqui tratado. Vejamos:

44. Em caso de reestruturações societárias que resultem em incorporações, devem ser observados os seguintes critérios:

(a) no caso de incorporação das entidades envolvidas (controladora e controladas ou controladas indiretas), em que não há a interposição de entidade “veículo” (2) para a aquisição, sendo incorporada a investida (entidade “B”) na investidora original (entidade “A”), e em que permaneçam válidos os fundamentos econômicos que deram origem ao ágio apurado decorrente de transação entre partes independentes, assim como nas situações de incorporações reversas (onde a controlada incorpora a controladora direta ou indireta) com essas mesmas características com relação ao ágio, este deve ser mantido no ativo da incorporadora (entidade “A”), a menos que haja fator indicativo de perda, caso em que deve ser aplicado a NBC T 19.10 - Redução ao Valor Recuperável de Ativos;

(2) Entidade veículo é uma entidade cuja finalidade é servir de veículo para transferir da controladora original para uma controlada intermediária a participação que possui em outra entidade. Muitas vezes a controladora direta de determinada entidade é constituída somente com esse propósito, mas todos os recursos e decisões necessários para viabilizar a aquisição são providos pela controladora original. Entidades veículo geralmente são temporárias, desprovidas de autonomia e planos de negócios, não mudam o negócio da empresa que a incorpora e não captam autonomamente recursos no mercado. Em lugar disso, os recursos são providos por um acionista controlador via caixa (aumento de capital) ou via garantias a instituições financeiras que fazem o empréstimo para a Entidade veículo.

(b) nos casos em que a controlada (entidade “C”) incorpora a controladora direta e que a controladora direta é somente uma entidade “veículo” sem operações (entidade “V”) e, portanto, não considerada, na essência, como “a adquirente” (ver a NBC T 19.23 - Combinação de Negócios, especialmente seu Apêndice B, tópico Identificação do adquirente, a partir do item B13), o saldo do ágio deve ser integralmente baixado no momento da incorporação, por meio de provisão diretamente contra o patrimônio líquido, na entidade incorporada (entidade “V”). Quando aplicável e houver evidência de efetivos benefícios econômicos a serem auferidos como decorrência do ágio, como no caso provável de redução futura de tributos, devem ser registrados o imposto de renda e a contribuição social diferidos ativos, se atendidas as condições de reconhecimento previstas na NBC T 19.2 - Tributos sobre Lucros, sobre o montante da diferença temporária gerada no momento da baixa do ágio e desde que futuramente e de acordo com as regras fiscais aplicáveis esse ágio possa ser dedutível para fins fiscais

(Lembrar que podem também existir créditos tributários decorrentes da diferença entre o valor justo e o valor contábil dos ativos líquidos adquiridos.). Entretanto, desde que permaneçam válidos os fundamentos econômicos que deram origem ao ágio que estava registrado na entidade veículo, e não existam problemas de recuperação (com aplicação dos procedimentos previstos na NBC T 19.10), referido ágio deve ser reconhecido e mantido, quando aplicável, no curso normal das operações, na controladora original (ou adquirente para fins da NBC T 19.23 - Combinação de Negócios) (entidade "A") (controladora original é a adquirente). O objetivo desse procedimento é fazer com que o ágio permaneça registrado somente na controladora original (entidade "A") e não seja duplicado nem utilizado para aumento do patrimônio líquido da entidade operacional, a adquirida (entidade "C"), a não ser pelos efetivos benefícios econômicos decorrentes da operação;

(c) se a controladora direta entidade "veículo" (entidade "V") incorporar a controlada (entidade "C"), ou no caso de não haver incorporação de uma por outra, deve ser analisada a essência da transação, e não apenas a forma legal da incorporação. O objetivo desse procedimento é fazer com que o ágio seja registrado na controladora original (entidade "A") e não seja duplicado pelo registro na entidade "veículo". Se, na essência, a controladora direta (entidade "V") deixar de ter a característica de entidade "veículo", como decorrência de incorporar a controlada (entidade "C") ou mesmo sem essa incorporação, a controladora original (entidade "A") deve, para fins de equivalência patrimonial em suas demonstrações contábeis individuais, ajustar extracontabilmente as demonstrações da entidade "veículo" (entidade "V") pelos efeitos do requerido no item 44 (b).

Essa norma não deixa dúvida de que a possibilidade de criação de ágio mediante duplicações, elevando artificialmente o patrimônio líquido da incorporadora ou da incorporada, conforme o caso, contraria os princípios contábeis, e nem poderia ser de outro modo, por tudo o que já foi dito.

Nesse mesmo sentido, a própria Lei nº 6.404, de 1.976 impõe que as companhias abertas, que tenham participação em controlada superior a 30%, devem apresentar demonstrações consolidadas. Confira-se:

Art. 249. A companhia aberta que tiver mais de 30% (trinta por cento) do valor do seu patrimônio líquido representado por investimentos em sociedades controladas deverá elaborar e divulgar, juntamente com suas demonstrações financeiras, demonstrações consolidadas nos termos do artigo 250.

Parágrafo único. A Comissão de Valores Mobiliários poderá expedir normas sobre as sociedades cujas demonstrações devam ser abrangidas na consolidação, e:

- a) determinar a inclusão de sociedades que, embora não controladas, sejam financeira ou administrativamente dependentes da companhia;
- b) autorizar, em casos especiais, a exclusão de uma ou mais sociedades controladas.

Art. 250. Das demonstrações financeiras consolidadas serão excluídas:

I - as participações de uma sociedade em outra;

II - os saldos de quaisquer contas entre as sociedades;

III - as parcelas dos resultados do exercício, dos lucros ou prejuízos acumulados e do custo de estoques ou do ativo não circulante que corresponderem a resultados, ainda não realizados, de negócios entre as sociedades. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

[...]

É certo que o art. 149, acima reproduzido obriga apenas as companhias abertas, mas o princípio subjacente, isto é, a eliminação de duplas contagens de rubricar que figuram habitam os balanços de ambas as empresas, controladora e controlada, é comum em toda

situação em que haja empresas controladora e controlada, especialmente quando se aplica o método da equivalência patrimonial.

Por fim, lembro que essa matéria não é nova neste Colegiado. Reporto o Acórdão nº 9202-005.619, de 25 de julho de 2.017, de relatoria do Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos. Confira-se:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Data do fato gerador: 31/12/2006, 30/09/2009

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

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, seguida de incorporação reversa e nova capitalização, em inobservância da correta interpretação a ser dada ao art. 135 do Decreto nº 3.000, de 1999, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

Cito trecho do voto condutor do julgado.

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, consequentemente, 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.

No mesmo sentido, o Acórdão nº 9202-005.239, de 22 de fevereiro de 2017, de relatoria da Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Por todo o exposto, conheço do Recurso Especial do contribuinte e, no mérito, nego-lhe provimento.

Passo à análise do Recurso Especial da Procuradoria.

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade. Dele conheço. O recurso teve seguimento apenas em relação ao paradigma 1301-001.220. Compulsando o referido paradigma verifico que o mesmo trata de reestruturação societária, considerada artificial, consistente, em síntese, na criação de holding, incorporação de ações e incorporação reversa, com o propósito de reduzi tributos. Embora a operação, nos seus passos, seja diferente da deste processo, tem em comum, o artificialismo e o objetivo claro de redução tributária. Portanto, identifico similitude fática suficiente para configurar a divergência de interpretação.

Quanto ao mérito, registro de inípcio, pois entendo relevante, que o fundamento da autuação para a qualificação da multa de ofício foi o de que, com a operação realizada o contribuinte teria incorrido em “abuso de direito”. Veja-se o seguinte trecho do Relatório Fiscal:

6. DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO – FRAUDE À LEI – ABUSO DE DIREITO.

[...]Todo o arcabouço montado foi no sentido de prejudicar o direito do Fisco, com o propósito de reduzir o imposto a pagar, configurando, em tese, crime contra a ordem tributária, definido no inciso I, dos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90.

Ressalta-se que o ato praticado vai contra as palavras e o espírito da lei (art. 135, do RIR/99), é ele *contra legem*, contrário à lei, em que há a violação direta da lei.

Todavia, o contribuinte fiscalizado alega que seu ato (aumento do custo) possui base legal, citando o art. 135, do RIR/99.

Mesmo que isso fosse verdade, o ato preservaria a letra da lei, mas ofenderia o espírito dela. Assim o ato é de fraude à lei, envolvendo o abuso de direito.

[...]

O abuso de Direito está intimamente ligado à ideia segundo a qual não há direito ilimitado, e a destinação entre o direito, e a forma pela qual é este exercitado, revela-se de notável importância para a caracterização do abuso de direito, e em, consequência, permite o estabelecimento de limites para o planejamento tributário, a partir dos quais a conduta destinada a evitar, ou reduzir o tributo, caracteriza “fraude fiscal”.

Como tal pode ser considerado o uso de fórmulas anômalas, absolutamente inusuais, cuja validade não pode ser razoavelmente sustentada mesmo no âmbito do Direito em que está situada a figura jurídica então deformada.

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

Ora, a qualificação da multa, no caso de lançamento de ofício tem previsão legal no art. 44,I, da Lei nº 9.430, de 1.996, a saber:

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Os referidos artigos da Lei nº 4.503, de 1.966, por sua vez, rezam o seguinte:

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

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

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

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

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

Portanto, a qualificação da multa pressupõe o enquadramento da conduta do contribuinte em um dos tipos referidos acima. Ocorre que, como visto, a própria autoridade fiscal classificou a conduta do contribuinte como “abuso de direito”, inclusive, consta do relatório fiscal extensas considerações sobre esse assim chamado “defeito dos negócios jurídicos”. Ocorre que, a meu juízo, independentemente de minha concordância ou não com essa classificação feita pela autoridade fiscal, penso que o abuso de direito não se enquadra em nenhuma das hipóteses referidas nos precitados artigos da Lei nº 4.502, de 1.966. Uma coisa é a possibilidade jurídica da desconsideração de atos e negócios jurídicos realizados com abuso de direito, e exigir o tributo que eventualmente se deixou de pagar em decorrência desses negócios; outra coisa é classificar os atos e negócios jurídicos praticados com abuso de direito como fraude.

Particularmente, entendo que a classificação os atos de reestruturação societária da forma como foram praticados como abuso de direito não é apropriada. Na verdade, a Fiscalização em momento algum contestou a substância jurídica da reestruturação societária, que teria o propósito, que por fim se realizou, de eliminar as empresas controladoras, (re)colocando os sócios pessoas físicas como proprietários diretos das ações da empresa operacional (Banco Pactual) que seria vendida. A ilegalidade, que ensejou o aumento indevido do custo de aquisição das ações e a consequente redução do imposto sobre o ganho de capital, está na capitalização indevida dos lucros registrados como reflexo, pela equivalência patrimonial, no patrimônio líquido das controladoras, seguida da incorporação reversa. Essa operação, a meu juízo, e pelos fundamentos que já externei quando da análise do Recurso Especial do contribuinte, poderia, em tese, configurar fraude contábil, a depender da reunião de elementos de prova que teriam que ter sido realizada pela fiscalização. Porém, não só a Fiscalização não recolheu esses elementos como seque fez essa imputação, e não cabe a este órgão julgador inovar, modificando a imputação.

Assim, considerando os fundamentos da autuação para a qualificação da multa de ofício, penso que não se trata de caso de qualificação da multa de ofício.

Ante o exposto, conheço do Recurso Especial da Procuradoria e, no mérito, negolhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa

Fl. 16 do Acórdão n.º 9202-009.825 - CSRF/2ª Turma
Processo nº 12448.735359/2011-92