



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

Processo n° 12448.735836/2011-10
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2301-004.476 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de fevereiro de 2015
Matéria Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF
Recorrente JOSE ZITELMANN FALCAO VIEIRA
Recorrida União (Fazenda Nacional)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. LUCROS SOCIETÁRIOS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM HOLDINGS. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO EM DESCOMPASSO COM O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 10 DA LEI 9.249, de 1995 (ART. 135 DO RIR 99).

A capitalização de lucros societários, não tributados, sem substrato econômico e meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial em holdings puras, seguidas de correspondentes incorporações reversas, não ampara a aplicação do parágrafo único do art. 10 da Lei 9.249, de 1995 (art. 135 do RIR 99), para fins de majoração do custo da aquisição de ações a serem alienadas e consequente apuração de ganho de capital. O lucro que é tributado, e, por decorrência, pode ser objeto de benefícios fiscais, como isenção ou majoração do custo de aquisição de ações é o lucro fiscal, e não o lucro societário.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. SUJEITO PASSIVO SEM CONTROLE DOS ATOS QUE DERAM ORIGEM À ATUAÇÃO.

Não tendo o sujeito passivo poder para determinar ou impedir os atos que deram origem ao auto de infração, descabe a aplicação da multa qualificada.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.

A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre a qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Acompanhou pelas conclusões a Dra. Alice Grecchi. FEz sustentação do Sr. Luis Claudio Pinto, OAB/RJ 88.704.

JOÃO BELLINI JÚNIOR – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 03/03/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Bellini Júnior (Presidente), Luciana de Souza Espíndola Reis, Alice Grecchi, Ivacir Júlio de Souza, Marcelo Malagoli da Silva (suplente), Andréa Brose Adolfo (suplente) e Amilcar Barca Teixeira Junior (suplente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em face do Acórdão 12-47.948, exarado pela 21ª Turma da DRJ no Rio de Janeiro I (fls. 1213 a 1240 – numeração dos autos eletrônicos).

O auto de infração (fls. 1023 a 1068 e 1094 a 1099) é referente ao imposto sobre a renda da pessoa física (IRPF), e diz respeito à omissão de ganho de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em Bolsa, atinente aos anos de 2006 e 2009, pelo qual é exigido crédito tributário de R\$5.004.688,17, sendo R\$1.775.678,72, de imposto, R\$565.491,37 de juros de mora e R\$2.663.518,08 de multa proporcional.

O PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO

Passo a descrever a ação fiscal, tal como relatada às fls. 1023 a 1068, que teve como objeto a análise da operação de alienação das ações do Banco Pactual S.A. (doravante nominado de Banco Pactual), CNPJ 30.306.294/0001-45, de propriedade do contribuinte, precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades holdings, as quais detinham todas as ações do Banco Pactual.

No período compreendido entre os meses de dezembro de 2005 a dezembro de 2006 (alienação do Banco Pactual), verificou-se discrepância entre a evolução da riqueza da instituição financeira alienada, que aumentou 89%, e o acréscimo patrimonial do custo das respectivas ações pertencentes ao recorrente, que cresceu 520,78%.

Tal desproporção foi decorrente de complexo planejamento tributário desenvolvido por meio de processos de reorganizações societárias, envolvendo incorporações reversas sucessivas das holdings que formavam o grupo empresarial, precedidas por capitalizações de lucros e reservas destas investidoras.

GRUPO PACTUAL

O Grupo Pactual, antes da reorganização societária, era formado pelas seguintes pessoas jurídicas:

NOME EMPRESARIAL	CNPJ
BANCO PACTUAL S/A	30.306.294/0001-45
PACTUAL S/A	02.220.758/0001-60
PACTUAL HOLDINGS S/A	02.220.757/0001-16
NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA (PACTUAL PARTICIPAÇÕES S/A)	02.220.756/0001-71

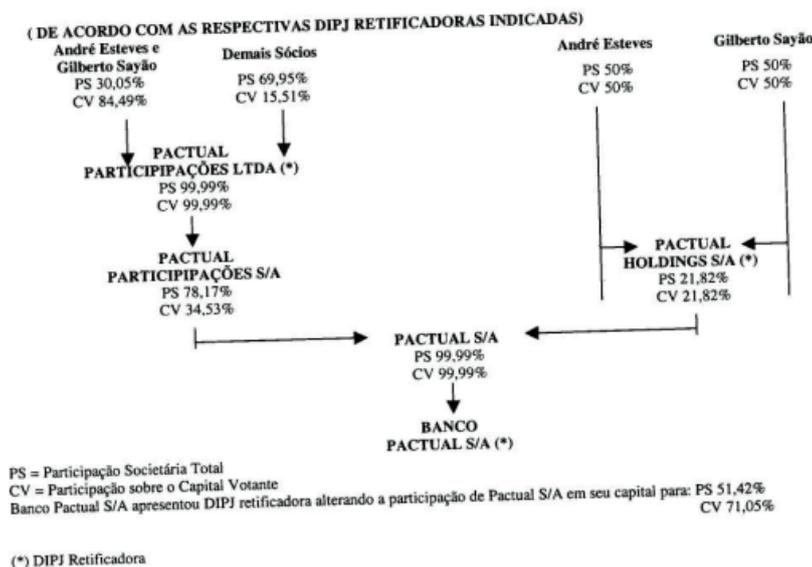
PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA	02.244.808/0001-40
----------------------------	--------------------

As pessoas jurídicas integrantes do Grupo Pactual apresentaram a seguinte evolução patrimonial, no período de 2005/2006:

NOME EMPRESARIAL	Patrimônio Líquido 31/12/2005	Patrimônio Líquido 2006
BANCO PACTUAL S/A	625.223.115,04	1.200.480.531,05
PACTUAL S/A	535.103.542,23	1.149.597.660,18
PACTUAL HOLDING S/A	147.009.935,61	248.464.012,98
PACTUAL PARTICIPAÇÃO S/A / NOVA PACTUAL PART. LTDA.	471.521.906,90	817.026.864,44

A REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

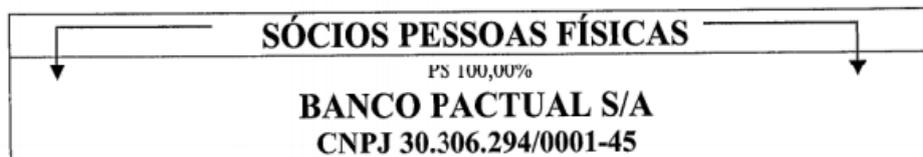
A estrutura societária antes da reorganização societária era a seguinte:



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

Ao final da reorganização, a estrutura societária pode ser assim representada:

ESTRUTURA SOCIETÁRIA APÓS A REORGANIZAÇÃO PREVISTA NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DAS AÇÕES DO BANCO PACTUAL S.A.



PS = Participação Societária Total

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

O pagamento pela compra das ações do Banco Pactual foi dividido em parcelas, sendo a primeira paga na data de “Fechamento” da compra e venda das ações, ocorrido em dezembro de 2006 e a segunda em data posterior denominada de “Pagamento Diferido”. Além desses pagamentos, os alienantes das ações receberiam ainda outros valores denominados “Pagamentos Especiais; Usufruto”.

DOS PROCESSOS DE INCORPORAÇÃO DAS HOLDINGS

Os atos de reorganização societária compreenderam:

- em 28/12/2004 – aumento do capital social da Pactual Participações Ltda. (de agora em diante denominada Pactual Participações) de R\$210.000.000,66, mediante capitalização de parte dos lucros retidos na conta lucros acumulados da sociedade;
- em 31/12/2005 – aumento do capital social da Pactual Participações de R\$130.000.000,00, mediante capitalização dos lucros detidos na reserva de lucros da sociedade;
- em 31/12/2005 – incorporação da Pactual Participações pela investida Pactual Participações S.A. (que, logo depois, passou a denominar-se Nova Pactual Participações Ltda., doravante nominada de Nova Pactual), com o aumento do capital social desta em R\$43.149.272,40;
- em 13/10/2006 – aumento do capital social da Pactual Holdings S.A. (Pactual Holdings) de R\$202.500.000, mediante capitalização dos créditos detidos contra a sociedade (R\$200.500.000,00) e da reserva legal da companhia (R\$2.000.000,00);
- em 13/10/2006 – a Pactual Holdings é incorporada pela investida PSA, com aumento do capital social desta, de R\$ 29.749.957,22;
- em 13/10/2006 – aumento do capital social da Nova Pactual de R\$686.000.000,00, mediante capitalização dos créditos detidos contra a sociedade;
- em 13/10/2006 – a Nova Pactual é incorporada pela investida PSA, com aumento do capital social desta, de R\$ 33.593.148,46;
- em 01/11/2006 – aumento do capital social da PSA de R\$3.862.542,92, mediante capitalização dos créditos detidos contra a sociedade;
- em 03/11/2006 – aumento do capital social da PSA de R\$996.087.876,00, mediante capitalização dos créditos detidos contra a sociedade;
- em 01/12/2006 – PSA é incorporada pelo Banco Pactual; o patrimônio a ser vertido representa o PL da PSA, de R\$1.149.597.660,18.

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, Nova Pactual e Pactual Holdings, com a anterior capitalização de dividendos nos valores de R\$210.000.000,66, 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 pertencentes aos acionistas, considerando que, posteriormente, houve acréscimo cumulativo do custo das aludidas ações alienadas com a incorporação do acervo líquido da Pactual Holdings e da Nova Pactual e, mais tarde, pela capitalização dos dividendos da PSA, anteriormente à sua incorporação pelo Banco Pactual, 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 a incorporação, todo o acervo líquido (PL) da PSA, no montante de R\$1.149.610.206,41, foi incorporado pelo Banco Pactual. Esse valor representa o custo total das ações alienadas.

Ao mesmo resultado se chega partindo do início das operações, com foco nas sociedades que foram incorporadas.

a) A Pactual Participações, com capital social, em 31/12/2003, de R\$125.000.321,05, aumenta seu capital social em R\$210.000.000,66 e R\$130.000.000,00, respectivamente, nos anos de 2004 e 2005. Antes de ser incorporada, em 31/12/2005, pela Pactual Participações S.A., possuía patrimônio líquido de R\$471.518.034,89, sendo composto de capital social, no valor de R\$465.000.321,71, e de lucros acumulados, no valor de R\$6.517.713,18; assim, o que ainda poderia ser capitalizado seria o valor dos lucros acumulados.

Na data da incorporação, o patrimônio líquido da incorporadora Pactual Participações S.A. era de R\$416.693.514,93. Esse valor referia-se ao investimento feito pela Pactual Participações Ltda., que naquela data era equivalente ao montante de R\$417.689.642,62.

Com o patrimônio da incorporada vertido para a incorporadora, no valor de R\$53.828.392,27, o patrimônio líquido da incorporadora, Pactual Participações S.A., passa a ser de R\$471.521.034,89, praticamente o mesmo valor do patrimônio da incorporada naquela data, de R\$471.518.034,89.

Pela análise, somente a parcela de R\$6.517.713,18 poderia ser capitalizada ou distribuída a título de dividendos.

No ano-calendário de 2006, já com a nova denominação, a Nova Pactual teve lucro de R\$420.217.358,87, que somado à parcela de R\$6.517.713,18, chega-se ao valor de R\$426.735.072,05, que poderia ser distribuído ou capitalizado.

Os dividendos distribuídos no período totalizaram R\$760.712.401,33; parte, R\$686.000.000,00, foi utilizada para o aumento de capital na empresa, e a outra parte, R\$74.712.401,33, foi efetivamente distribuída aos quotistas.

Assim, Nova Pactual poderia ter capitalizado apenas R\$352.022.670,72, que representa a diferença entre os valores de R\$426.735.072,05 e R\$74.712.401,33.

Dessa forma, o patrimônio líquido da Nova Pactual, antes de ser incorporado, corresponderia a R\$817.026.864,44 (R\$471.521.034,89 + R\$352.022.670,72 - R\$6.517.713,18), justamente o valor que consta na DIPJ apresentada.

b) A Pactual Holdings, com capital social, em 31/12/2005, de R\$31.299.033,50, aumenta seu capital social, no ano de 2006, em R\$202.500.000. Antes de ser incorporada, em 13/10/2006, pela PSA, possuía patrimônio líquido de R\$248.464.012,98, sendo composto de capital social, de R\$233.799.033,50, reserva de capital, de R\$9.034.410,30, reserva de lucros, de R\$576.166,80, e lucros acumulados, de R\$5.054.402,38. Assim, o que ainda poderia ser capitalizado seria o valor total dos lucros acumulados e das reservas, no montante de R\$14.664.979,48.

c) Em 13/10/2006, a PSA incorpora as suas investidoras Nova Pactual e Pactuai Holdings. Nesta data, o patrimônio dessas duas sociedades representa o patrimônio da incorporadora/investida. No evento, as investidoras são extintas.

Até ser incorporada pelo Banco Pactual, em 1º/12/2006, PSA continua a auferir receitas por conta de sua participação no Banco Pactual (resultado de equivalência patrimonial).

No ano de 2006, seu resultado de participação societária foi de R\$618.152.606,54. Caso as investidoras tivessem operado até a data de 1º/12/2006, o seu resultado de participação societária seria o mesmo da investida. Todavia, a Nova Pactual e a Pactual Holdings operaram até 13/10/2006 e tiveram como resultado de participação societária, respectivamente, R\$420.241.324,40 e R\$117.326.018,02, totalizando R\$537.567.342,42.

Assim, a diferença de R\$80.585.264,12 (R\$618.152.606,54 - R\$537.567.342,42) corresponde à parcela que poderia ser capitalizada pela PSA.

Dessa forma, o custo das ações alienadas, em 1º/12/2006, equivaleria a R\$1.146.076.141,54, que representa a soma das seguintes parcelas:

- patrimônio líquido da Nova Pactual em 13/10/2006, de R\$817.026.864,44, conforme item "a";
- patrimônio líquido da Pactual Holdings em 13/10/2006, de R\$248.464.012,98, conforme item "b";
- R\$80.585.264,12, parcela que poderia ser incorporada pela PSA, conforme item "c".

Essas três parcelas, que totalizam R\$1.146.076.141,54, mais ajustes no resultado, representam o patrimônio líquido da PSA, que correspondeu, em 1º/12/2006, ao montante de R\$1.149.610.206,41.

Essa segunda análise confirma o constatado na primeira. Nos processos de incorporação houve majoração irregular no custo das ações alienadas, e o custo total dessas ações equivalem ao montante de R\$1.149.610.206,41, que representa o patrimônio líquido da PSA em 1º/12/2006, que detinha 100% das ações do Banco Pactual.

As ações ou quotas recebidas pelo sócio ou acionista, em decorrência do aumento de capital subscrito por sociedade fundida, incorporada ou cindida, continuam sendo basicamente as mesmas de antes, ainda que qualitativamente tenha sofrido alteração.

Pelo o exposto, conclui-se que o custo da ação alienada por cada acionista terá como base a participação de cada um deles no capital social da PSA, em 1º/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 seriam objeto de distribuição aos antigos proprietários, de forma que, em 22/02/2007, os acionistas alienantes, àquela época ex-acionistas, receberam de dividendos o montante de R\$290.754.000,06, correspondente aos lucros auferidos no período compreendido entre a celebração do contrato de compra e venda e a efetiva alienação das ações, 1º/12/2006; assim, para que pudessem ser distribuídos estes R\$290.754.000,06 deveriam estar incluídos no patrimônio líquido da PSA e não poderiam estar capitalizados. Portanto, os R\$290.754.000,06 que foram objeto de distribuição não poderiam integrar o custo de aquisição.

Tais dividendos, no montante de R\$290.754.000,06, foram recebidos pelos alienantes em 22/02/2007, distribuídos proporcionalmente de acordo com as suas participações individuais na PSA. A parcela recebida, portanto, deve ser deduzida do custo de aquisição apurado, por integrar sua apuração com base no patrimônio líquido da PSA.

A principal base na qual se fundamentam as conclusões relativas à fiscalização, o custo das ações do grupo pertencentes ao contribuinte, no momento da alienação havia aumentado 520,78% enquanto que o aumento do patrimônio líquido do Banco Pactual foi de apenas 89% . O aumento do custo de 89% está plenamente fundamentado no artigo 135 do RIR 99. O que se contesta é o acréscimo excedente.

A explicação para o aumento excedente é que o custo das ações alienadas do Banco Pactual na Declaração de Ajuste do contribuinte foi aumentado tanto na capitalização dos lucros obtidos por ganho de equivalência patrimonial da holding Nova Pactual, no valor de R\$8.117.624,00, quanto na capitalização dos dividendos da sucessora e incorporadora PSA, no montante de R\$6.474.658,00.

O que evidencia a irregularidade é que o sujeito passivo recebeu novas ações em troca das extintas, por ocasião da extinção da Nova Pactual, mantendo assim, em sua propriedade a mesma parcela que detinha indiretamente do Banco Pactual, entidade que concentrava a efetiva riqueza econômica e financeira do grupo empresarial, como também aumentou o custo de aquisição de tais ações por meio de dividendos não distribuídos.

Ocorre que os dividendos capitalizados são os mesmos, na medida em que as reservas e lucros capitalizados por Nova Pactual e PSA nada mais são do que o resultado da equivalência patrimonial do Banco Pactual.

Optando por capitalizar os dividendos nas sociedades em que possuía participação, caberia ao acionista pessoa física o recebimento das novas ações emitidas por PSA em substituição das quotas extintas de sua propriedade emitidas por Nova Pactual, não sendo admissível a comutatividade entre recebimento de novas ações e incremento nos respectivos custos de aquisição.

Podem ser adotados dois tratamentos relativos aos lucros e reservas:

(i) caso os lucros e reservas sejam efetivamente distribuídos como dividendos, ocorrerá, necessariamente, uma redução no patrimônio líquido da sociedade, o que irá gerar um maior ganho de capital na alienação, por parte do contribuinte, de sua participação societária;

Se fosse materialmente válido o artifício idealizado pelo contribuinte nas operações de incorporação reversa, teria sido descoberto meio de criar patrimônio novo pela simples sucessão de incorporações.

A ilegalidade no aumento do custo de aquisição das ações pode também ser comprovada analisando-se a relação dos percentuais de participação dos acionistas pessoas físicas, indiretas, antes dos eventos de extinção das holdings, e diretas, após estes, com a situação líquida do Banco Pactual; o contribuinte possuía participação de 0,38% na Nova Pactual, que detinha 78,18% da PSA antes de sua incorporação pelo Banco Pactual; ou seja, detinha aproximadamente 0,29% do capital do Banco Pactual; ao atribuir-se o custo de aquisição das ações do Banco Pactual alienadas de sua propriedade no montante de R\$17.394.185,50 e considerando o valor do patrimônio líquido do Banco Pactual (efetiva riqueza econômica e financeira do grupo empresarial) de R\$1.200.481.000,00, o percentual referente a sua participação no Patrimônio Líquido salta para 1,45% (cinco vezes a sua participação).

Admitir-se tal relação seria permitir que a participação total da sociedade superasse os 100% do patrimônio da entidade.

A DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL SIMPLIFICADA DA PESSOA FÍSICA

Na declaração de ajuste anual simplificada (DAA) de 2007, ano-calendário 2006 (fls. 05-10), o recorrente declarou a tributação exclusiva na fonte do ganho de capital apurado em razão da venda de suas ações do Banco Pactual em 2006, bem como os dividendos recebidos das pessoas jurídicas extintas na reorganização societária, utilizados na composição do custo das referidas ações vendidas:

	31.12.2006 (em R\$)
Rendimentos isentos e não tributáveis	19.100.556,04
Rendimentos sujeitos à tributação exclusiva definitiva	5.848.703,34
Lucros e dividendos recebidos Fonte pagadora	
- NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA	12.625.998,04
- PACTUAL S.A	6.474.568,00

Consta do demonstrativo da apuração dos ganhos de capital dessa DAA a venda de 7.371.501 ações do Banco Pactual, ao custo médio ponderado/unitário de R\$2,3596 por ação, cujo imposto de renda devido sobre o ganho de capital realizado foi apurado do seguinte modo:

	Valores em R\$
Valor da Alienação	34.083.513,27
(-) Custo da Aquisição	17.393.793,75
= Ganho de Capital Total	16.689.719,52
Parcela recebida em 01/12/2006	13.246.603,51
Ganho de Capital Realizado em 2006	6.485.537,07
Imposto de Renda Recolhido em DARF (15% do Ganho de Capital Realizado)	972.949,47

DESPROPORCIONALIDADE DO CUSTO DE AQUISIÇÃO DECLARADO

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

SOCIEDADES	Custo das quotas/ações em 31.12.2005 (R\$)	Lucros/dividendos capitalizados em 2006 (R\$)	Custo das quotas/ações acumulado em 1º.12.2006 (R\$)
Pactual Participações	2.800.026,00		2.800.026,00
Nova Pactual		8.117.624,00	8.117.624,00
Pactual S/A		6.474.568,00	6.474.568,00
TOTAL	2.800.026,00	14.592.192,00	17.394.218,00

Assim, em 2006 o contribuinte aumentou o custo das ações do Banco Pactual, mediante prévia capitalização de lucros nas holdings a serem incorporadas, no montante de R\$14.592.159,00, sendo R\$8.117.624,00 na Nova Pactual e R\$6.474.568,00 na PSA.

Refere o relatório fiscal que:

(1) nas incorporações às avessas de sociedade investidora que só auferem lucros pela equivalência patrimonial com a sociedade investida, os resultados positivos da equivalência patrimonial da investidora/incorporada não têm capacidade, por si só, de aumentar o capital social da investida incorporadora, porque são meros reflexos dos lucros desta;

(2) não há como manter inserido no patrimônio líquido da investida/incorporadora (a) o seu lucro, conjuntamente com (b) a projeção contábil de seu lucro na investidora (resultado de equivalência patrimonial da investida), pois há duplicidade na representação contábil de idênticos recursos;

(3) houve, no ano-calendário 2006, substancial aumento de capital social nas holdings do Banco Pactual, seguido de incorporações às avessas, até que restasse somente a pessoa jurídica do Banco Pactual; no entanto, não houve qualquer aumento de capital social do Banco Pactual nesse ano;

(4) não é possível que os sócios tenham capitalizado de verdade, em 2006, mais de 1 bilhão de reais dos seus patrimônios pessoais em participações indiretas do Banco Pactual – mediante aumentos de capital de R\$686.000.000,00, em 13/10/2006, e de R\$996.087.876,00, em 03/11/2006 –, se, logo após a incorporação da última holding, em 1º/12/2006, pelo Banco Pactual, realizada a valor contábil, o capital social deste continuou sendo o de 31/12/2005, em torno de 296 milhões de reais, sem que houvesse sido constituída qualquer reserva no patrimônio do Banco;

(5) o aumento de capital social na investidora/incorporada com os resultados positivos de equivalência patrimonial auferidos no exercício social em que ocorreu a incorporação, fez com que o benefício fiscal dos lucros isentos aparentasse ser maior do que de fato é;

(6) o valor das ações da sociedade incorporadora recebidas em substituição pelos sócios da sociedade incorporada comportará, no máximo, a capitalização de todo o patrimônio líquido da sociedade sucedida, neste incluídos os lucros apurados no exercício com a finalidade específica de atender a incorporação, se não forem destacados da universalidade jurídica a ser transmitida;

(7) não há suporte fático para o reconhecimento da ocorrência de uma dupla capitalização, antes e depois da incorporação, com os mesmos lucros de equivalência patrimonial auferidos no exercício social em que ocorre a reorganização societária, o que fica patente no efeito prático alcançado no caso concreto, que é a desproporcionalidade do aumento do custo de aquisição das quotas/ações em comparação aos lucros possíveis de serem efetivamente retirados da sociedade pelo sócio pessoa física; e

(8) não existe deficiência ou lacuna na legislação do ganho de capital sobre aumento do custo de aquisição de ações pertencentes a sócio pessoa física, pois, na sociedade a ser incorporada, o tratamento dado aos lucros do exercício em que ocorre a incorporação deve ser o preconizado no art. 21 da Lei 9.249, de 1995, ou seja, levantamento de balanço específico na incorporada, para formação do acervo líquido a ser transmitido para o patrimônio da incorporadora; tal norma prevê que o destino dos lucros capitalizados é a formação de acervo líquido a ser capitalizado na (transferido à) incorporadora; na incorporação, o acervo líquido a ser vertido tem como destino a capitalização da sucessora, no mínimo em montante igual ao valor a capitalizar (art. 226 da Lei 6.404, de 1976).

A GLOSA DE CUSTOS DAS AÇÕES DO BANCO PACTUAL

Como referido, foi apurado custo total das ações de R\$858.876.206,35, ao qual se chegou diminuindo os R\$290.734.000,06, distribuídos a título de dividendos, do valor do patrimônio líquido da PSA, R\$1.149.610.206,41. Destes, o contribuinte possuía 0,65%, ou seja, R\$5.557.586,08, custo de aquisição de suas ações no Banco Pactual.

Foi considerado indevido o acréscimo no custo das ações do Banco Pactual alienadas, no valor de R\$11.836.599,42, sendo o valor do custo das ações reduzido de R\$17.394.185,50 para R\$5.557.586,08.

Dessa forma, visto que o valor de venda das ações foi de R\$34.083.513,27, o ganho de capital total correspondeu a R\$28.525.927,19 (R\$34.083.513,27 - R\$5.557.586,08). Como R\$13.246.610,05 foi recebido em 2006 e em 2009 R\$20.836.920,00, e a primeira parcela correspondeu a 38,87% do total do valor da venda, o montante equivalente do custo das ações alienadas apurado pelo sujeito passivo foi de R\$2.160.233,71 em 2006 e R\$3.397.352,37 em 2009 e o ganho de capital, correspondente à cada parcela recebida correspondeu a R\$11.086.376,34 em 2006 e a R\$17.439.567,63 em 2009.

DA FRAUDE

Foi aplicada multa qualificada de 150%, uma vez que a intenção do contribuinte era reduzir o imposto devido apurado na operação de ganho capital, por intermédio da majoração do custo de suas ações. Para tal, realizou operações simultâneas de incorporação às avessas, acreditando que haveria norma prevendo a majoração desses custos (art. 135 do RIR/99); além desse fato, deixou de excluir da apuração do custo de suas ações os dividendos recebidos no ano-calendário de 2007, previstos quando da celebração do contrato de compra e venda das ações do Banco Pactual, em 09/05/2006.

O contribuinte informou 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 (art. 72 da Lei 4.502/64).

O ato praticado vai contra as palavras e o espírito do art. 135 do RIR/99. O contribuinte alega que o 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 seria de fraude à lei, envolvendo o abuso de direito.

IMPUGNAÇÃO

O contribuinte foi cientificado do auto de infração em 03/11/2011. Em sua impugnação, foi alegado, em síntese (fls. 1106 a 1140):

1. antes da reestruturação, era titular de investimentos representativos de 0,000019% 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 NPP eram de propriedade de Pactual Holdings S.A., sociedade holding na qual não tinha qualquer participação;

2. após a implementação da reestruturação, o custo de seus investimentos no Banco Pactual passou a ser R\$5.127.119,00, o valor utilizado como base para a quantificação de seu ganho de capital;

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; 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;

4. O Grupo Pactual era composto por diversas holdings, existentes há mais de 10 anos, e constituídas em época em que os acionistas não 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 9.532, de 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 demonstra a eficiência da opção adotada pelos acionistas;

7. assim, não procede a assertiva 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;

8. a Lei 6.404, de 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 por esse, 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 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 da sociedade 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. Com esse procedimento, a participação indireta do Impugnante no Banco subiu de 0,30% (0,38% de 78,18%) para 0,65% (0,83% de 78,18%), o que é comprovado pela 4ª alteração contratual da Nova Pactual datada de 13/10/2006; naquela oportunidade, o capital da Nova Pactual foi aumentado em R\$ 686.000.000,00, mediante a conversão de créditos detidos por seus quotistas, decorrentes do direito ao recebimento de lucros e a capitalização dos referidos lucros gerou significativa alteração nos percentuais de participações dos acionistas no capital da referida empresa;

19. 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 da Nova Pactual;

20. 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;

21. o aumento do custo de aquisição se seus investimentos no Banco Pactual se verificaria, quer houvesse deliberação expressa e específica no sentido da capitalização dos lucros das holdings – como houve – quer não;

22. em se tratando da alienação de quotas ou ações e sendo o alienante 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;

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

24. a fiscalização limita-se a alegar que houve uma interpretação incorreta do art. 135 do RIR por sua parte; isso evidencia que, na verdade, o auto de infração baseia-se no inconformismo da fiscalização quanto às consequências da aplicação da lei no caso concreto;

25. 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;

26. 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. 93 a 197 da mesma lei;

27. 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 Pactual pelos acionistas e o aumento do custo das ações do contribuinte foi mera consequência da adoção dessa opção, legítima e essencial à realização do negócio;

28. o art. 22 da Lei 9.249, de 1995, admite que, nas extinções de pessoas jurídicas, os bens de sua propriedade sejam restituídos a seus sócios ou acionistas pelos correspondentes valores contábeis;

29. 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”;

30. 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 na Nova Pactual, o custo de seus investimentos atingiu R\$10.919.650,00; esse é o valor que deveria ter servido de ponto de partida para quantificação do ganho de capital auferido na venda das ações do Banco Pactual, caso os efeitos da reestruturação fossem negados;

31. mesmo que a reestruturação tivesse sido levada a efeito nas bases que o TVF consideraria adequada, os R\$10.919.650,00 corresponderiam ao custo de seus investimentos no Banco Pactual;

32. a sustentação da fiscalização de que o custo das ações do Banco Pactual deveria ser definido com base no valor do capital de Pactual, dele expurgada uma parcela dos lucros do Banco Pactual 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;

33. o procedimento adotado no auto de infração, no sentido de partir da situação patrimonial da Pactual para definir o custo de seus investimentos no Banco Pactual carece de base legal, como também carece o ajuste feito ao valor então encontrado, em razão da existência de usufruto sobre as ações do Banco Pactual;

34. depreende-se do auto de infração 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 de infração não nega efeitos à reestruturação, apenas rejeita um dos efeitos fiscais, qual seja, o cômputo no custo dos investimentos dos lucros capitalizados pela Nova Pactual;

36. não há 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, de 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; 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 Pactual 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; sua participação era extremamente reduzida, não tendo 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 aplicação da multa de 150% só se justifica quando há evidente intuito de fraude, ou seja, quando o contribuinte age de má-fé e com claro propósito de violar conscientemente a lei;

45. a jurisprudência administrativa reserva a multa majorada apenas para casos em que haja tentativas de enganar, esconder, iludir a fiscalização e 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;

46. 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;

47. 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.

48. 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;

O pedido consistiu em julgar improcedente o auto de infração, com a extinção do crédito tributário dele decorrente.

DECISÃO RECORRIDA

A DRJ julgou a impugnação improcedente em acórdão que recebeu as seguintes ementas:

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.

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.

A ciência dessa decisão ocorreu em 11/07/2012 (termo de vista de processo, fl. 1242).

RECURSO VOLUNTÁRIO

Em 26/07/2012, foi apresentado recurso voluntário (fls. 1247 a 1290), sendo reiterados, em síntese, os termos da impugnação, e, ainda, que:

(a) a decisão recorrida parte de premissas equivocadas sobre a aplicação e funcionamento do MEP, ao afirmar que os lucros capitalizados pela Nova Pactual e PSA não tinham representatividade física, na medida em que eram meros reflexos contábeis do lucro do Banco Pactual, nelas registrados em razão do MEP;

(b) quando um investimento é contabilizado pelo MEP, os lucros da sociedade investida traduzem-se em receitas da sociedade investidora – chamados resultados positivos ou ganhos de equivalência – que, antes de serem o próprio lucro da sociedade investidora, são apenas um elemento positivo (receita) na formação deste, que, a rigor, poderá sequer existir a depender das demais receitas e despesas próprias da sociedade; a sociedade investidora pode ter ganhos de equivalência (receitas) e não ter lucros ou mesmo ter prejuízos;

(c) essa receita de equivalência é considerada definitiva e efetivamente auferida pela investidora; só não está sujeita à incidência de imposto de renda e outros tributos porque a lei permite que ela seja excluída da base de cálculo dos mesmos; essa exclusão não ocorre na base de cálculo do imposto de renda quando o lucro provém de investimentos em controladas ou coligadas sediadas no exterior (art. 74 da MP 2.158-35/2001); o lucro da investidora que a leva em consideração pode ser distribuído aos sócios da investidora ou objeto de capitalização;

(d) a aplicação do MEP é uma obrigatoriedade imposta pela lei, que objetiva fazer com que a sociedade investidora já reconheça como seu um ganho, uma receita ainda potencial, correspondente aos lucros retidos na sociedade investida; isso não torna o lucro da investida lucro da investidora e não iguala a capitalização dos lucros da investidora com a capitalização dos lucros da investida; aceitar essa simplificação é negar a própria existência da sociedade investidora, desconsiderar a sua personalidade jurídica, rejeitar a sua aptidão para ser sujeito ativo e passivo de direitos e obrigações e revogar todo o arcabouço jurídico que garante não serem as sociedades holdings estruturas inócuas e ilegítimas;

(e) uma holding que também tenha atividades operacionais próprias pode ter receita de equivalência, e, num cenário positivo, outras receitas que aumentem o seu lucro ou, num cenário negativo, perdas que reduzam a sua lucratividade ou mesmo a levem a demonstrar prejuízo;

(f) nenhuma interpretação do art. 135 do RIR autoriza que, na capitalização de lucros, o custo de aquisição das ações não seja acrescido no valor da capitalização;

(g) uma holding pura, ou seja, que não tem atividade operacional própria, mas tão-somente participa no capital da investida, não pode ser tratada diferentemente de outras holdings, pois a lei não faz essa distinção; portanto, os lucros da investida não são os lucros da investidora, seja esta uma holding pura, ou não; os lucros da investida continuam a ser uma receita da investidora, ainda que a ausência de outras atividades relevantes nas holdings faça com que os seus resultados sejam afetados de forma extremamente preponderante pelos lucros gerados pela sociedade operacional (Banco Pactual);

(h) no caso em apreço, as capitalizações deram-se com os lucros das próprias holdings e não com o lucro do Banco Pactual; são lucros absolutamente distintos e inconfundíveis;

(i) a rejeição da aplicação da lei em benefício de suposta justiça econômica geraria uma total insegurança jurídica e situações ambíguas em que o aplicador da lei não teria como identificar de forma consistente o aumento de capital que seria apto a gerar acréscimo de custo do investimento: o da controladora ou o da controlada;

(j) por essas razões, deve ser rechaçada a referida simplificação, e reconhecido que, no caso concreto, aplica-se o art. 135 do RIR, tal como está escrito; se assim não for, estar-se-á desprezando os comandos legais sobre o MEP, desconsiderando as personalidades jurídicas das sociedades holdings e reescrevendo-se o referido dispositivo a pretexto de uma suposta justiça econômica.

(l) a decisão recorrida sustenta que os ganhos decorrentes da aplicação do MEP não podem ser capitalizados antes de efetivamente realizados; esse entendimento não se sustenta, pois contraria texto da LSA e até mesmo entendimento que vem prevalecendo no Supremo Tribunal Federal (STF), que recentemente analisou a constitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, segundo o qual se tributa no Brasil o ganho das pessoas jurídicas, aqui sediadas, decorrente de suas participações em controladas e coligadas com sede no exterior, independentemente da distribuição do referido ganho, sendo fundamento dos votos dos que já o consideraram constitucional de que o ganho produzido por tais investimentos integra o lucro líquido das investidoras, em razão da aplicação do MEP, podendo mesmo ser distribuído;

(m) os investimentos sujeitos ao MEP são registrados no ativo da investidora pelo correspondente valor de patrimônio líquido contábil (PLC); na hipótese de a investida ser uma subsidiária integral da investidora e o valor de seu PLC ser de R\$ 100.000,00, a investidora registrará seu investimento por aquele valor; se, ao final do exercício, o PLC da investida evoluir para R\$ 150.000,00, o investimento passará a ser registrado por aquele valor e assim permanecerá até que ocorra novo registro do investimento; se os lucros da investida forem distribuídos, seu PLC voltará a ser de R\$ 100.000,00 e a investidora passará a registrar seu investimento por aquele novo valor; a redução do valor do investimento da investidora terá como contrapartida o registro de crédito contra a investida (se o dividendo ainda não tiver sido pago) ou de disponibilidades, se o pagamento do dividendo tiver ocorrido;

(n) o fato de a investida não ter ainda distribuído dividendos não impede – juridicamente – a distribuição dos ganhos de MEP pela investidora; caso a investidora disponha de caixa suficiente ao pagamento de dividendos não haverá óbice jurídico ou financeiro; na ausência de disponibilidade, os ganhos de MEP também poderão ser distribuídos, mediante o registro de crédito a acionistas, ou mesmo capitalizados;

(o) o tratamento que uma investida dá a seus lucros afeta, efetivamente, as investidoras, pois elas são as destinatárias dos mesmos; mas o contrário jamais poderá ocorrer; o patrimônio da investida é alheio ao da investidora e, na medida em que ambas são pessoas jurídicas distintas, o que a última fizer não poderá interferir na situação patrimonial da primeira.

(p) os efeitos de que ora se trata não decorrem da realização de incorporações reversas, mas da aplicação do MEP; como demonstrado, das cinco variantes disponíveis para a

realização da venda do Banco Pactual por seus acionistas, duas delas (a venda de todas as holdings e a incorporação do BANCO) eram inviáveis e as três remanescentes (incorporações reversas, extinção das holdings ou redução de seus capitais) produziriam o mesmo efeito no custo dos investimentos do recorrente;

(q) a decisão recorrida admite que a reestruturação foi legítima e que a irregularidade estaria no efeitos econômicos pretendidos através da reorganização societária; ora, o recorrente não buscou nenhum efeito com a reestruturação, pois os efeitos da redução de capital ou da extinção das holdings seriam idênticos; por outro lado, se a reestruturação é regular e comprovadamente realizada com objetivos negociais legítimos, seus efeitos tem que ser aceitos pelo fisco, mesmo que prejudiciais ao erário;

(r) o auto de infração relativo a um dos acionistas controladores do Banco Pactual já foi julgado improcedente pelo Acórdão nº 2102-01-938;

(s) não tem base legal a apuração do custo de aquisição de seus investimentos no Banco Pactual a partir de sua estrutura patrimonial, e não na evolução do custo dos investimentos nas sociedades que integram o Grupo Pactual;

(t) as ações do Banco por si vendidas substituíram por sucessão ações das holdings, de sorte que o custo das ações do Banco Pactual deveria corresponder ao das ações que substituíram; deixar de considerar no custo das ações ao menos o custo original das ações da Nova Pactual e o valor das bonificações a ela atribuídas é de todo absurdo.

(u) a capitalização prévia dos lucros fez com que seus principais acionistas, que detinham o seu controle indireto – André Esteves e Gilberto Sayão da Silva – tivessem suas participações no capital da Nova Pactual reduzidas (de 22,21% e 20,2% para 15,5% e 13,1%, respectivamente), comprovado pelo da 3ª com a 4ª alteração contratual, o que fez com que recebessem menos ações do Banco Pactual por ocasião das incorporações das holdings, e, conseqüentemente, vendessem menos ações do Banco à UBS Brasil; estima-se a perda conjunta dos referidos acionistas em mais de R\$500.000.000,00, já desconsiderados os efeitos fiscais do aumento do custos de suas ações do Banco, decorrentes da capitalização dos lucros da Nova Pactual, o que evidencia que a capitalização de lucros teve objetivos outros, que não fiscais;

(v) no que se refere à fraude ou abuso de forma, a decisão recorrida parte da premissa de que sua interpretação do art. 135 do RIR é tão clara e evidente que, quem ler o referido artigo de forma diferente, estará agindo com o evidente intuito de fraude; assim como o recorrente, outros acionistas foram autuados, com multa qualificada, sob a alegação de terem quantificado a maior o custo de seus investimentos no Banco Pactual; entretanto, não há convergência da fiscalização quanto à natureza da infração cometida pelos acionistas: (i) no Processo 12898.002335/2009-31, alegou-se a presença de simulação subjetiva para a imposição de penalidade, com base no art. 167, parágrafo Iº, inciso I do CC/02; na decisão proferida em primeira instância, contudo, a RFB, ao justificar a existência de simulação, usa argumentos totalmente aplicáveis à simulação decorrente da utilização de negócio jurídico diverso daquele efetivamente desejado, hipótese prevista no inciso II do referido artigo; (ii) no Processo 12448.734760/2011-13, os autuantes alegam que o procedimento do autuado teria caracterizado um abuso de direito; (iii) no Processo nº 12448.735954/2011-28, alegam ter ocorrido fraude à lei; ou seja, nem mesmo a RFB conseguiu chegar a uma conclusão quanto a natureza do ilícito cometido pelos acionistas na determinação do ganho de capital verificado na venda das ações do Banco Pactual;

(x) no que se refere à alegada existência de fraude à lei, resultante de abuso de direito, além de reportar-se às razões já expostas na impugnação, transcreve trecho do voto vencedor do Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, no Processo 10680.724392/2010-28, em que contesta a sua existência no direito tributário brasileiro;

(z) o acréscimo do custo de seus investimentos resultante da aplicação do art. 135 do RIR já foi admitido pelo CARF, o que prova que não pode ser encarada como absurda a ponto de, por si só, justificar a aplicação de penalidade em que o evidente intuito de fraude tem que estar presente.

O pedido consiste em que o auto de infração seja julgado improcedente e seja extinto ao crédito tributário.

O processo foi distribuído para este relator em 12/03/2015 (fl. 1298).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator João Bellini Júnior

O recurso voluntário é tempestivo e aborda matéria de competência desta Turma. Portanto, dele tomo conhecimento.

DO LANÇAMENTO

A matéria não é nova neste CARF. Vários foram os julgados que analisaram as operações que culminaram na alienação de participações societárias do Banco Pactual à UBS. Cito, como exemplo, os acórdãos 2102-01.938, 2202-002.164, 2202-002.165, 2202-002.166, 2202-002.167, 2202-002.258, 2202-002.260, 2202-002.262, 2202-002.263, 2202-002.428 e 2802-003.285. Desses, apenas o primeiro dos acórdãos citados (referido pelo recorrente em seu recurso) considerou totalmente indevido o lançamento; os demais deram parcial provimento ao recurso voluntário apenas para cancelar a qualificadora da multa.

Recentemente, a Câmara Superior de Recursos Fiscais emitiu o Acórdão nº 9202-003.701, que decidiu:

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

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

O contribuinte possuía 2.078.882 ações da Nova Pactual (fls. 382 a 402 e 403 a 435), holding que detinha 78,17% de participação societária na Pactual S.A., a qual era

detentora de 99,9991% das ações do Banco Pactual (o restante pertencia à Pactual Holdings S.A.). A sociedade Pactual Holdings S.A. detinha os restantes 21,83% de participação societária na Pactual S.A., e o recorrente não era seu acionista.

Pelo contrato de compra e venda celebrado entre o Banco Pactual e a UBS (fls. 111 a 233), ficou acertado que a compra e venda se daria diretamente entre as pessoas físicas, sócios e/ou acionistas das sociedades controladoras do Banco Pactual e a UBS.

Para tanto, foi promovida uma série de reestruturações societárias, nas quais a sociedade controlada incorporou a sociedade controladora (operação nominada de “incorporação reversa” ou “incorporação às avessas”); assim, no que interessa ao presente processo, a Pactual S.A. incorporou a Nova Pactual em 13/10/2006 e foi incorporada pelo Banco Pactual em 1º/12/2006.

Previamente a cada incorporação reversa ocorreu, na incorporada/controladora, aumento de capital social, por meio da capitalização de créditos que os sócios detinham perante a sociedade, decorrentes do direito a receber dividendos. Os sócios, em vez de receberem os dividendos a que teriam direito, os utilizaram para aumentar o capital social da sociedade que, em seguida, foi incorporada por sua controlada.

Como decorrência do aumento de capital na sociedade em que detinham participação direta (primeiramente a Nova Pactual, e, após sua incorporação pela Pactual S.A., esta última), os quotistas/acionistas promoveram o aumento do custo de aquisição de sua participação societária, baseado no art. 135 do Decreto 3.000, de 1999, que aprova o Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR 99).

Por fim, o recorrente alienou, conjuntamente com os demais acionistas, suas ações do Banco Pactual, apurando ganho de capital nos anos-calendário 2006 e 2009 (anos em que recebeu pagamentos atinentes à operação).

Em resumo, no que concerne ao recorrente, houve:

1. incorporação da Nova Pactual pela Pactual S.A., em 13/10/2006, com o recebimento de ações na mesma proporção que detinha na holding extinta (fls. 491 a 519); essa operação foi precedida, na mesma data, pela distribuição desproporcional dos lucros apurados pela Nova Pactual – para o recorrente, R\$8.117.624,00 (fls. 478 a 490) –, e pela capitalização desses lucros com a integralização de novas quotas da Nova Pactual (fl. 436 a 773) – primeira majoração do custo de aquisição de sua participação societária, baseada no art. 135 do RIR 99 (fl. 24);

2. incorporação da Pactual S.A. pelo Banco Pactual, em 1º/12/2006, com o recebimento, pelas pessoas físicas, de participação na mesma proporção que detinham na holding extinta (fls. 627 a 661); essa operação foi precedida, em 03/11/2006, pela distribuição de lucros da Pactual S.A., dos quais R\$6.474.568,00 coube ao recorrente (fls. 811 a 815), e capitalização desses mesmos lucros pela Pactual S.A. (fls. 670 a 810) – segunda majoração do custo de aquisição de sua participação societária, baseada no art. 135 do RIR 99 (fl. 24).

Tais valores, somados ao custo de aquisição das ações, no valor de R\$2.802.026,00, e diminuídos de R\$32,50 (referente à cisão parcial da Pactual S.A.), resultou em custo de aquisição das quotas no total de R\$17.394.185,50, segundo os cálculos apresentados ao Fisco pelo recorrente (fl. 24) e declarados na Declaração de Ajuste Anual Simplificada (fl. 09).

Não mais existentes as holdings, realizou-se a venda do Banco Pactual S.A. ao UBS pelas pessoas físicas, ensejando a apuração de ganhos de capital em 2006 e 2009, ora sob discussão.

Cabe apontar, ainda, que os resultados auferidos pelo Banco Pactual se refletiam em suas controladoras pela aplicação do método de equivalência patrimonial (MEP) (e não pelo método do custo), por força do disposto no art. 248 da Lei 6.404, de 1976, que possuía, à época dos fatos (2006), a seguinte redação:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente, somente será registrada como resultado do exercício:

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários. (Grifou-se.)

A principal questão controversa é o valor do custo de aquisição das ações vendidas, ao qual se aplica a isenção prevista no art. 10 da Lei 9.249, de 1995, reproduzida pelo art. 135 do RIR 99.

De acordo com o autuado, como visto, o custo de aquisição seria de R\$17.394.185,50; pelo lançamento, o valor seria R\$5.557.586,08.

DA ISENÇÃO AOS LUCROS OU DIVIDENDOS, DISTRIBUÍDOS OU CAPITALIZADOS

Os argumentos expostos pela fiscalização e pelo recorrente podem, a meu juízo, ser sintetizados pela seguinte pergunta: os lucros da pessoa jurídica que podem ser

distribuídos à pessoa física ou capitalizados com o aproveitamento da isenção em questão são os lucros fiscais, oferecido à tributação pela pessoa jurídica, ou os lucros societários?

A fiscalização defende que deve ser expurgado o efeito do aumento do valor dos investimentos, calculados pelo MEP, nas holdings controladoras/incorporadas; em outras palavras, isso significa que o lucro objeto da isenção coincide com o lucro fiscal, oferecido à tributação pela pessoa jurídica, o qual, em seu cálculo, expurga o valor do ganho com equivalência patrimonial nas investidas, como preconiza a fiscalização.

O recorrente, ao seu turno, afirma que “os lucros da sociedade investida traduzem-se em receitas da sociedade investidora”, “os chamados resultados positivos ou ganhos de equivalência”, a qual “é considerada definitiva e efetivamente auferida pela investidora”, e que “só não está sujeita à incidência de imposto de renda e outros tributos porque a lei permite que ela seja excluída da base de cálculo dos mesmos”; assevera que “ainda que a majoração do custo dos investimentos do RECORRENTE no BANCO, em montante superior aos lucros auferidos pelo próprio BANCO (a fonte primária e única do acréscimo patrimonial), seja encarada como uma distorção, ela resultará da aplicação das normas societárias e fiscais em vigor”. Apesar de sua referência a normas fiscais, o fulcro de seus raciocínio são os efeitos do MEP sobre os lucros societários (ou seja, sem a citada exclusão da base de cálculo para fins tributários).

A extensa discussão realizada nos autos gira em torno dessa questão.

Segundo meu entendimento, a razão está com a fiscalização, que entende, com exatidão, que não poderia ocorrer, para fins fiscais (uma vez que é sobre os efeitos fiscais que versa o lançamento), a capitalização ocorrida nas sociedades holdings controladoras, uma vez que o lucro nessas sociedades capitalizado advém de receitas que são mero reflexo do lucro societário da sociedade operacional (Banco Pactual).

Isso porque, para fins fiscais, dever haver a exclusão do resultado positivo do Banco Pactual na apuração do lucro (fiscal) das sociedades controladoras, conforme determina o art. 389 do RIR 99 (a seguir transcrito), o que anula o efeito que essas receitas poderiam ter sobre o lucros de tais sociedades (controladoras).

Decorrentemente, não há: (a) lucro (fiscal) derivado de tais resultados positivos a ser distribuído ou capitalizado pelos sócios, nem, decorrentemente, (b) elevação do custo de aquisição das ações derivada desse resultado positivo. Não há falar, portanto, de subsunção à regra isentiva carreada pelo art. 10 da Lei 9.249, de 1995.

Caso se optasse a distribuir os lucros da sociedade operacional (Banco Pactual), os lucros ou dividendos distribuídos pela controlada seriam registrados como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento, e não influenciariam as contas de resultado (art. 388, § 1º, do RIR 99).

Ajuste do Valor Contábil do Investimento

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).

§ 1º Os lucros ou dividendos distribuídos pela coligada ou controlada deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento, e

não influenciarão as contas de resultado (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22, parágrafo único).

§ 2º Quando os rendimentos referidos no parágrafo anterior forem apurados em balanço da coligada ou controlada levantado em data posterior à da última avaliação a que se refere o artigo anterior, deverão ser creditados à conta de resultados da investidora e, ressalvado o disposto no § 2º do art. 379, não serão computados na determinação do lucro real.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, se a avaliação subsequente for baseada em balanço ou balancete de data anterior à da distribuição, deverá o patrimônio líquido da coligada ou controlada ser ajustado, com a exclusão do valor total distribuído.

Contrapartida do Ajuste do Valor do Patrimônio Líquido

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

§ 1º Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, parágrafo único, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

§ 2º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior pelo método da equivalência patrimonial continuarão a ter o tratamento previsto nesta Subseção, sem prejuízo do disposto no art. 394 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 25, § 6º). (Grifou-se.)

Assim, em se tratando de regras fiscais (de que trata o lançamento), é procedente a glosa no aumento do custo de aquisição das ações, uma vez que a isenção prevista no art. 10 da Lei 9.249, de 1995, é limitada ao lucro fiscal, no montante tributado pela pessoa jurídica.

No caso de pessoas jurídicas, “a determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais que apuram lucro real” (art. 247, § 1º, do RIR). Assim, há intensa comunicação entre o lucro real (fiscal) e o lucro líquido (societário); porém, lucro real e lucro societário são institutos diversos. O lucro real é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas (art. 247 do RIR). Quando se trata de tributação, ou sua exclusão, no caso, a isenção (art. 176 do CTN), as regras aplicáveis são as fiscais, de apuração ou exclusão de tributos, e não as regras societárias.

Esse entendimento está de acordo com a jurisprudência firmada pelo STF na ADI 2588 (referida indiretamente pelo recorrente), que trata da tributação de lucros no exterior (art. 74 da MP 2158-35, de 2001, referida diretamente pelo recorrente): caso o lucro auferido

no exterior por uma controlada seja oferecido à tributação na controladora sediada no Brasil (caso, por exemplo, de lucros auferidos por sociedades sediadas em paraísos fiscais), ele é apto a se subsumir à isenção do art. 10 da Lei 9249, de 1995; caso o lucro auferido no exterior não seja oferecido à tributação no Brasil (caso, por exemplo, de lucros auferidos no exterior por coligadas não sediadas em paraísos fiscais), o montante deste lucro não é apto a se subsumir à isenção do art. 10 da Lei 9249, de 1995.

O art. 135 do RIR 99 tem seu fundamento legal no parágrafo único do art. 10 da Lei 9.249, de 1995, o qual deve ser lido em conjunto com o seu caput (art. 654 do RIR 99), para a adequada compreensão do contexto no qual tal disposição veio à baila. Reproduzo os artigos:

Lei 9.249, de 1995	RIR 99
<i>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.</i>	<i>Art. 654. 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, não estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, nem integram a base de cálculo do imposto do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior (Lei nº 9.249, de 1995, art. 10).</i>
<i>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.</i>	<i>Art. 135. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista (Lei nº 9.249, de 1995, art.10, parágrafo único).</i>

Verifica-se a simetria entre os textos, sendo que as diferenças entre eles existentes – (a) o RIR 99 não cita as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado e (b) para o RIR 99, a regra do art. 135 se aplica a qualquer aumento de capital, e não somente ao aumento de capital por incorporação de lucros, como previsto no parágrafo único do art. 10 da Lei 9.249, de 1995 – são irrelevantes no caso concreto, pois trata-se de caso envolvendo pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real e os aumentos de capital ocorreram por incorporação de lucros.

Da leitura dos textos normativos fica fácil perceber que os lucros que podem aumentar os custos de aquisição de cotas ou ações “distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros” (em razão de terem sido incorporados ao capital social) são os mesmos lucros a ser “pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas”.

Tais lucros correspondem aos *lucros tributados*, como resta cristalino no exame da exposição de motivos da Lei 9.249, de 1995, item 12:

12. Com relação à tributação dos lucros e dividendos, estabelece-se a completa integração entre a pessoa física e a pessoa jurídica, tributando-se esses rendimentos exclusivamente na empresa e isentando-os quando do recebimento pelos beneficiários. Além de simplificar os controles e inibir a evasão,

esse procedimento estimula, em razão da equiparação de tratamento e das alíquotas aplicáveis, o investimento nas atividades produtivas.

Tal entendimento está plenamente de acordo com os parágrafos 3º e 4º da Instrução Normativa SRF 93, de 1997, que prevêem a tributação dos lucros distribuídos que não houverem sido previamente tributados.

Art. 48. Não estão sujeitos ao imposto de renda os lucros e dividendos pagos ou creditados a sócios, acionistas ou titular de empresa individual.

(...)

§ 3º A parcela dos rendimentos pagos ou creditados a sócio ou acionista ou ao titular da pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, presumido ou arbitrado, a título de lucros ou dividendos distribuídos, ainda que por conta de período-base não encerrado, que exceder ao valor apurado com base na escrituração, será imputada aos lucros acumulados ou reservas de lucros de exercícios anteriores, ficando sujeita a incidência do imposto de renda calculado segundo o disposto na legislação específica, com acréscimos legais.

§ 4º Inexistindo lucros acumulados ou reservas de lucros em montante suficiente, a parcela excedente será submetida à tributação nos termos do art. 3º, § 4º, da Lei Nº 7.713, de 1988, com base na tabela progressiva a que se refere o art. 3º da Lei Nº 9.250, de 1995.

Nesse mesmo sentido, o juízo de Elias Cohen Junior, em artigo publicado na página eletrônica do Fiscosoft (Fiscosoft.com.br – artigo de Elias Cohen Junior. RTT – Novas práticas contábeis – Polêmicas a serem enfrentadas a remuneração dos acionistas.)

“(ii) Dividendos

O artigo 10 da Lei nº 9.249/95 determina que os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996 não integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

Desde já, vale ressaltar que na exposição de motivos da referida norma, fica clara a intenção do legislador, qual seja, isentar tão somente os lucros tributados pela pessoa jurídica. Vale transcrever:

"12. Com relação à tributação dos lucros e dividendos, estabelece-se a completa integração entre a pessoa física e a pessoa jurídica, tributando-se esses rendimentos exclusivamente na empresa e isentando-os quando do recebimento pelos beneficiários. Além de simplificar os controles e inibir a evasão, esse procedimento estimula, em razão da equiparação de tratamento e das alíquotas aplicáveis, o investimento nas atividades produtivas." (grifo meu)

Ainda nesse ponto vale dizer que o § 4º do Art. 48 da IN 93/1997, determina que o valor distribuído aos sócios que exceder o valor do lucro está sujeito a tributação na pessoa física com base na tabela progressiva. (Grifou-se.)

Chamo a atenção para que os “lucros tributados”, aos quais se dirigem a isenção em análise, são os lucros fiscais (lucro real, presumido ou arbitrado), uma vez que os lucros societários não são objeto de tributação.

Dito de outro modo, o sistema foi montado de modo que, a partir de então, o lucro (a) já tributado pelas pessoas jurídicas e (b) a ser por elas distribuído, passasse a ser isento; caso os sócios decidissem incorporá-lo ao capital social, em vez de recebê-lo, tal lucro seria incorporado ao custo de aquisição das cotas/ações.

Ou seja, para a subsunção à isenção, é necessário que o lucro tenha sido tributado e, portanto, tenha substrato econômico – o limite máximo do aumento do custo de aquisição das cotas/ações é justamente o montante que seria recebido caso o lucro, já tributado, não fosse capitalizado, mas distribuído.

As consequências econômicas que se pretendeu dar ao lucro societário, não tributado, “escritural” e sem suporte econômico, decorrem da falta de observância dessa regra.

Assim, não há “falhas na legislação”, como quer o recorrente, mas do uso indevido da legislação isentiva na apuração de ganho de capital influenciado por lucros capitalizados em dissonância com as regras fiscais.

Por sua vez, o Acórdão CARF 101-96.570, citado pelo recorrente, trata de uma situação específica e diferente, no qual não foi obedecida a regra do art. 388, § 1º (já transcrita), que determina a baixa da reserva mediante redução do investimento, como se verifica à leitura de sua ementa:

RESERVA DE REAVALIAÇÃO DE INVESTIMENTO EM CONTROLADA — ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO — NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DA RESERVA — A reavaliação de bens do ativo gera o aumento de seu valor contábil e, por conseguinte, diminui o ganho de capital apurado na sua alienação. Com o intuito de que haja a compensação contábil e fiscal, o valor da reserva deverá ser computado na determinação do lucro real do período-base em que o contribuinte alienar ou liquidar o investimento. Se o Contribuinte, na alienação de seu investimento, computou em seu custo de aquisição o valor da reavaliação, o fato da investida ter realizado sua reserva no mesmo ano-calendário não afasta a tributação no Contribuinte. A realização da reserva pela investida apenas autorizaria a baixa da reserva, mediante a redução do valor do investimento. Se o investimento foi alienado sem o ajuste e redução em seu valor, a reserva, no Contribuinte, deve de fato ser realizada, considerando os efeitos no resultado fiscal da alienação do investimento, com o aumento da perda ou redução do ganho.

Convém resgatar a evolução histórica da norma isentiva de lucros, para que fique clara a interpretação finalística e histórico-sistemática que fundamenta meu voto. Utilizo-me das palavras do conselheiro Ronnie Soares Anderson, relator do acórdão 2802-003.285:

Previamente à edição desse diploma (art. 10 da Lei 9.249, de 1995), a regra era tributar os lucros e os dividendos exclusivamente na fonte ou oferecer tais rendimentos à incidência do imposto de renda na declaração de ajuste.

Com vistas a evitar que houvesse dupla tributação sobre os mesmos rendimentos, ou seja, para que os lucros fossem tributados tão somente quando de sua apuração pela pessoa jurídica, e não quando de sua distribuição para os beneficiários dos dividendos, adveio no ordenamento o dispositivo legal acima transcrito. O Ministro da Fazenda apresentou no item 12 do Projeto de Lei nº 913/05, que resultou na edição da Lei nº 9.249/95, a seguinte justificativa no que concerne ao art.10:

(...)

A partir de então os dividendos passaram a ser isentos, o que poderia ensejar a preferência pela sua distribuição frente à sua retenção e reinvestimento, dando azo à descapitalização das empresas. Para evitar tal situação, e estimular a retenção dos lucros de modo a possibilitar a realização de investimentos e formação bruta de capital sem endividamento perante terceiros, com o conseqüente crescimento da economia e geração de empregos, o regramento do parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249/95 previu uma "compensação" para que os sócios não decidissem priorizar a distribuição de lucros.

Com efeito, para que os lucros não fossem distribuídos como dividendos aos sócios mas sim incorporados mediante aumento de capital da empresa, foi possibilitado o ajuste no custo de aquisição das participações societárias dos acionistas, na proporção em que fossem aqueles capitalizados, balizando-se assim o alcance do benefício legal da isenção dos dividendos.

Em se tratando de isenção ou redução de base de cálculo, a Constituição Federal, art. 150, § 6º, exige que a matéria seja regulada por lei específica, que não existe no caso concreto:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

A prática do recorrente não encontra amparo em qualquer ato legal ou infralegal por ele citado.

O art. 8º da Lei 9.532, de 1997, trata da incorporação, fusão ou cisão, na qual haja participação societária adquirida com ágio ou deságio.

A Instrução Normativa 77, de 1986, “expede normas para efeitos de adaptação de legislação do imposto de renda em vigor ao regime de tributação das pessoas jurídicas estabelecido na Lei nº 7.450/85”. O seu subitem 5.9, citado pelo recorrente, refere que “ao aumento do capital da sucessora com a incorporação de lucros e reservas da sucedida, aplicam-se as normas dos artigos 376 e 377 do RIR/80”; tais arts. 376 e 377 do RIR/80 regulamentam, por sua vez, o art. 63, §§ 3º e 4º, do Decreto-Lei 1598, de 1977, dispondo, nas palavras do recorrente, que “se a pessoa jurídica restituísse capital aos sócios nos cinco anos subsequentes à capitalização de lucros, o montante do capital restituído seria tratado como dividendo”. O item 5 da IN 77, de 1986 (no qual se insere o já analisado subitem 5.9) trata das normas a serem observadas nos “casos de incorporação, fusão e cisão de que trata o artigo 33 da Lei nº 7.450/85”.

O art. 33 da Lei 7.450, de 1985, trata do balanço a ser levantado pela pessoa jurídica a ser incorporada, fusionada ou cindida, para determinar o lucro real na data da incorporação, fusão ou cisão. Perceba-se que, como já tratado, (re)afirma-se a regra de que é o lucro real (e não o societário) que deve ser levado em conta para fins dos efeitos tributários da distribuição ou da capitalização de lucros, inclusive no caso de uma incorporação:

Art. 33. A pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida deve levantar balanço e demonstração de resultados e determinar o lucro real na data da incorporação, fusão ou cisão, observado o seguinte: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.323, de 1987)

I - o lucro real apurado será convertido em número de OTN pelo valor desta na data da incorporação, fusão ou cisão; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.323, de 1987)

II - a declaração de rendimentos deverá ser apresentada até o último dia útil do mês subsequente à ocorrência do evento; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.323, de 1987)

Também desbordam do caso concreto o art. 22 da Lei nº 9.249/95 e o art. 29, III, da Instrução Normativa SRF 84, de 2001. O primeiro, ao referir que “os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado”; o segundo, que determina a exclusão, para fins da determinação do ganho de capital da pessoa física dos ganhos de capital decorrentes de “restituição de participação no capital social mediante a entrega à pessoa física, pela pessoa jurídica, de bens e direitos de seu ativo, avaliados pelo valor contábil ou de mercado”.

No caso em exame, não houve “restituição de participação no capital social mediante a entrega à pessoa física, pela pessoa jurídica, de bens e direitos de seu ativo”, mas recebimento de participação no capital social da incorporadora (controlada) em substituição à participação que o recorrente detinha na incorporada (controladora).

É evidente a diferença entre os institutos jurídicos da “restituição de participação no capital social” e do recebimento de participação no capital em substituição a outro, que deixa de existir em face de incorporação; ademais, no respeitante à isenção (matéria tratada neste processo), o art. 111, “II”, da Lei 5.172, de 1966 (CTN), exige o uso da interpretação literal:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção;

O entendimento professado até este momento é suficiente para a manutenção do lançamento condizente ao tributo devido, e está em consonância com o decidido pela CSRF no Acórdão 9202-003.701 (já transcrito). O capítulo seguinte trata de razões outras pelas quais o lançamento deve ser mantido, ressaltando que, mesmo que não fossem abordadas as razões a seguir expostas, o resultado de meu voto restaria.

DAS REGRAS CONTÁBEIS APLICÁVEIS A GRUPOS DE SOCIEDADES

Estabelecido o contexto no qual o art. 10 da Lei 9.249, de 1995, deve ser entendido e aplicado, passo a demonstrar que a interpretação do recorrente não se ampara sequer nas regras contábeis que estabelecem a apuração dos resultados societários de grupo econômico, pois está em desacordo com os pronunciamentos técnicos (contábeis) emitidos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis, bem como com os Princípios de Contabilidade, aprovados pelo Conselho Federal de Contabilidade.

Como já referido, o Banco Pactual era controlado por uma holding, a Pactual S.A (PSA), que, por sua vez, era controlada por outras duas holdings, a Nova Pactual e a Pactual Holdings.

Holding é uma “empresa que detém a posse majoritária de ações de outras empresas, ger. denominadas subsidiárias, centralizando o controle sobre elas. De modo geral a holding não produz bens e serviços, destinando-se apenas ao controle de suas subsidiárias.” (Dicionário Houaiss Eletrônico, versão monousuário 2009.3).

Essa definição é condizente com a afirmação do recorrente de que “Os objetivos das *holdings* eram exclusivamente os de organizar o exercício do controle do Banco (Pactual) e propiciar uma distribuição adequada de seus resultados” (item 3.3 do recurso voluntário) e de que “As *holdings* não tinham outra função que não as acima mencionadas e sua existência esteve sempre vinculada à participação do Grupo Pactual no BANCO” (item 3.4 do recurso voluntário).

O esclarecimento de que as holdings não produzem bens e serviços demonstra a impossibilidade dessas, por si só, gerarem lucro econômico, material, distribuível e/ou capitalizável, passível de aumentar o custo de aquisição das cotas/ações de seus sócios/acionistas.

Quanto ao método da equivalência patrimonial, esse nada mais é do que modo de avaliação do investimento de determinada sociedade. De acordo com Sérgio de Iudícibus, “o conceito básico do método da equivalência patrimonial é fundamentado no fato de que os resultados e quaisquer outras variações patrimoniais da investida sejam reconhecidos (contabilizados) na investidora no momento de sua geração na investida, independentemente de serem ou não distribuídos por esta” (Manual de contabilidade societária. Sérgio de Iudícibus et. al. São Paulo: Atlas, 2010, p. 170) (Grifou-se.)

Por esse critério, “as empresas reconhecem os seus resultados de seus investimentos nessas entidades no momento em que tais resultados são gerados naquelas empresas, e não somente quando são distribuídos na forma de dividendos, como ocorre no método de custo”. (Idem, p. 170.)

Como já referido, o MEP é de uso obrigatório na avaliação de investimentos de controladas (art. 248 da Lei 6.404, de 1976).

As normas contábeis, outrora regidos pela Deliberação 29, de 1986, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), conjuntamente com os Princípios da Contabilidade, aprovados pelas Resoluções nº 750, de 1993, nº 774, de 1994 e nº 785, de 1995, do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), atualmente são elaboradas pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC).

O CPC adotou integralmente o documento do *International Accounting Standards Board* (IASB), denominado *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements* e emitiu seu Pronunciamento Conceitual Básico – Estrutura Conceitual para a Elaboração e Apresentação das Demonstrações Contábeis (CPC 00).

De acordo com Iudícibus (idem, p. 31) esse pronunciamento possui “maior aderência ao conceito da Primazia da Essência Sobre a Forma”, “bandeira essa levada praticamente ao extremo pelo IASB (...) representado no Brasil pelo Pronunciamento Técnico CPC 26 – Apresentação das Demonstrações Contábeis”.

Convém ressaltar que, mesmo antes da entrada em vigor dos pronunciamentos técnicos do CPC, a Resolução nº 750, de 1993 do Conselho Federal de Contabilidade já previa a prevalência da essência sobre a forma (art. 1º, § 2º)

Art. 1º Constituem PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE CONTABILIDADE (PFC) os enunciados por esta Resolução.

§1º A observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade é obrigatória no exercício da profissão e constitui condição de legitimidade das Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC).

§2º Na aplicação dos Princípios Fundamentais de Contabilidade há situações concretas e a essência das transações deve prevalecer sobre seus aspectos formais. (Grifou-se.)

É disso que se trata. Primazia da essência sobre a forma. O lucro distribuível e capitalizável é o lucro já tributado, portanto econômico, com poder de compra, e não o lucro escritural, que existe somente em face da existência de holdings controladas e controladoras, mas que não produzem riqueza. Pretender que lucro escritural, sem substrato econômico, não tributado previamente, seja distribuível e/ou capitalizável fere não somente o sentido finalístico e histórico-sistemático do art. 10 da Lei 9.249, de 1995, mas também as normas técnicas contábeis do CPC.

No presente caso, é fato incontroverso, estamos diante de um grupo econômico: o próprio recorrente se refere ao “Grupo Pactual”. Os grupos econômicos são definidos pelo CPC 36 como constituído pela “controladora e todas as suas controladas” e isso, de acordo com Iudícibus (idem, p. 649) “independe de o grupo estar ou não constituído formalmente, nos termos do Capítulo XXI da Lei 6.404, de 1976”.

Em grupos econômicos, como no caso em apreço, a particularidade da situação de uma sociedade exercer controle sobre outra(s) faz com que o balanço consolidado seja considerado mais fidedigno que cada balanço individual. Em razão disso, há “países que exigem, e o IASB (*International Accounting Standards Board*), exige assim também, que quando há investimento em controlada, o balanço individual nem seja apresentado, e sim diretamente o balanço consolidado, e a equivalência vai aparecer no consolidado apenas para os investimentos em não controladas”. (Idem, p. 171.)

Mais uma vez a busca pela primazia da realidade. Se uma sociedade produz lucro, como no caso em questão, as holdings controladoras serão lucrativas, mas o lucro é somente um, gerado pela sociedade geradora de riqueza. A questão é elementar: se o lucro escritural pudesse gerar efeitos de aumentar riqueza, bastaria criar mais e mais holdings controladoras, e viver da pujança do lucro infinito.

Como lembra Iudícibus, “efetivamente, a análise individual das diversas demonstrações contábeis faz perder a visão do conjunto, do desempenho global do grupo. As inúmeras transações realizadas entre empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico necessitam ser eliminadas nas demonstrações consolidadas, obtendo-se, assim, apenas os valores apurados em função de operações efetuadas com terceiros alheios ao grupo”. (Idem, p. 649.) Os investimentos em controladas devem ser consolidados. (Idem, p. 650).

Ainda de acordo com o Professo Emérito da FEA/USP, mesmo nos casos em que a legislação brasileira ainda não obrigue a apresentação da consolidação das demonstrações contábeis em grupos econômicos, tais “demonstrações contábeis consolidadas são as únicas que refletem a real posição financeira, a formação de seu resultado operacional e a origem e aplicações de seus recursos financeiros”. (Idem, p. 651.)

No entender de Iudícibus, as demonstrações contábeis individuais da controladora, mais do que limitadas, “são muitas vezes enganosas, e não atendem ao objetivo primordial de bem informar da contabilidade nem atendem aos princípios fundamentais as contabilidade”. (Idem, p. 652.)

Por isso, “com a emissão do CPC 36, há um enorme avanço, porque todas as sociedades por ações, mesmo as fechadas, agora estão obrigadas à publicação das demonstrações consolidadas (...) quando tiverem investimentos em controladas. Até as limitadas, se divulgarem informações, terão que fazê-lo, já que esse Pronunciamento foi aprovado pelo Conselho Federal de Contabilidade, que tem poderes sobre os profissionais contábeis brasileiros”. (Idem, p. 652.)

Nesse sentido, o CPC 36 exige que os seguintes procedimentos sejam adotados:

B86. Demonstrações consolidadas devem:

(a) combinar itens similares de ativos, passivos, patrimônio líquido, receitas, despesas e fluxos de caixa da controladora com os de suas controladas;

(b) compensar (eliminar) o valor contábil do investimento da controladora em cada controlada e a parcela da controladora no patrimônio líquido de cada controlada (o Pronunciamento

Técnico CPC 15 explica como contabilizar qualquer ágio correspondente);

(c) eliminar integralmente ativos e passivos, patrimônio líquido, receitas, despesas e fluxos de caixa intragrupo relacionados a transações entre entidades do grupo (resultados decorrentes de transações intragrupo que sejam reconhecidos em ativos, tais como estoques e ativos fixos, são eliminados integralmente). Os prejuízos intragrupo podem indicar uma redução no valor recuperável de ativos, que exige o seu reconhecimento nas demonstrações consolidadas. O Pronunciamento Técnico CPC 32 – Tributos sobre o Lucro se aplica a diferenças temporárias, que surgem da eliminação de lucros e prejuízos resultantes de transações intragrupo. (Grifou-se.)

É de se registrar que, também nesse mesmo sentido, de acordo com o art. 388, § 1º, do RIR 99 (já transcrito), os lucros ou dividendos recebidos pela controladora não constituem receita, mas sim redução do da conta do investimento:

Como o investimento em controlada é avaliado pelo método da equivalência patrimonial, os dividendos recebidos não estarão contabilizados em receita, mas sim como redução da conta do investimento, e, portanto, não haverá eliminação a fazer na Demonstração do Resultado do Exercício. (Idem, p. 659.)

Do mesmo modo, o Pronunciamento Técnico CPC 18 (R2), o qual regulamenta “Investimento em Coligada, em Controlada e em Empreendimento Controlado em Conjunto Correlação às Normas Internacionais de Contabilidade – IAS 28 (IASB – BV 2012)”, determina que, avaliados pelo MEP, o investimento em controlada (neste caso, no balanço individual) deve ser inicialmente reconhecido pelo custo e o seu valor contábil será aumentado ou diminuído pelo reconhecimento da participação do investidor nos lucros ou prejuízos do período, gerados pela investida após a aquisição. A participação do investidor no lucro ou prejuízo do período da investida deve ser reconhecida no resultado do período do investidor. As distribuições recebidas da investida reduzem o valor contábil do investimento (item 10). (Grifou-se.)

A participação de grupo econômico em empreendimento controlado em conjunto é dada pela soma das participações mantidas pela controladora e suas outras controladas no investimento, sendo que “quando empreendimento controlado em conjunto tiver investimentos em controladas, o lucro, deve ser aqueles reconhecidos nas demonstrações contábeis do empreendimento controlado em conjunto (incluindo a participação detida pelo empreendimento controlado em conjunto no lucro, após a realização dos ajustes necessários para uniformizar as práticas contábeis”, e que “esse mesmo procedimento deve ser aplicado à figura da controlada no caso das demonstrações contábeis individuais” (item 27).

É reafirmado o princípio da primazia da realidade, cuja observância leva à eliminação dos resultados entre sociedades controladoras e controladas (item 27) e que a participação do investidor nos resultados resultantes das transações intragrupo deve ser eliminada (item 28).

Convém notar que, embora com as resoluções CPC as demonstrações contábeis consolidadas tenham alcançado estado ímpar de importância, essas já eram previstas pela Resolução CFC nº 784, de 1995, a seguir transcrita:

2.1.2 - Da soma ou da agregação de patrimônios

O Patrimônio da Entidade corolário de notável importância, notadamente pelas suas repercussões de natureza prática: as somas e agregações de patrimônios de diferentes Entidades não resultam em nova Entidade. Tal fato assume especial relevo por abranger as demonstrações contábeis consolidadas de Entidades pertencentes a um mesmo grupo econômico, isto é, de um conjunto de Entidades sob controle único.

A razão básica é a de que as Entidades cujas demonstrações contábeis são consolidadas mantêm sua autonomia patrimonial, pois seus Patrimônios permanecem de sua propriedade. Como não há transferência de propriedade, não pode haver formação de novo patrimônio, condição primeira da existência jurídica de uma Entidade. O segundo ponto a ser considerado é o de que a consolidação se refere às demonstrações contábeis, mantendo-se a observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade no âmbito das Entidades consolidadas, resultando em uma unidade de natureza econômico-contábil, em que os qualificativos ressaltam os dois aspectos de maior relevo: o atributo de controle econômico e a fundamentação contábil da sua estruturação.

Quanto à afirmação do recorrente de que capitalização dos lucros (societários) em bases desproporcionais, promovida pela Nova Pactual, era necessária para a distribuição dos resultados, volto a lembrar que para distribuir ou capitalizar lucros (societários), proporcionalmente ou não, é necessário que tais lucros tenham substrato econômico, não sejam meramente escriturais (Princípio da Primazia da Realidade). Em se tratando de subsunção a regras fiscais, o lucro, como visto, deve ter sido oferecido à tributação.

Isso posto, entendo que houve aumento indevido do custo de aquisição das ações do Banco Pactual, por meio de prática de reconhecimentos de lucros escriturais, sem substrato econômico, advindos de contabilização manifestamente abusiva e contrária aos princípios da contabilidade e aos pronunciamentos técnicos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, e utilizando-se de interpretação do art. 10 da Lei 9.249, de 1995 (art. 135 do RIR 99), que desborda de sua interpretação finalística e histórico-sistemática.

Não se acolhe o argumento do recorrente de que o expurgo foi feito incorretamente, dada a distribuição desproporcional de lucros. A manutenção da capitalização da etapa que expressa o lucro tributado do Banco Pactual não pode ser entendida como incorreta.

DOS DIFERENTES CRITÉRIOS NOS LANÇAMENTOS

O recorrente afirma, por ocasião de sua sustentação oral, que foram utilizados diferentes critérios nos lançamentos dos diversos acionistas do Banco Pactual. Tais critérios seriam os adotados:

- (1) expurgo dos efeitos da capitalização na Nova Pactual ou Pactual S.A
- (2) expurgo dos efeitos da capitalização na Nova Pactual e na Pactual S.A;
- (3) o cálculo do custo médio ponderado das ações.

Como amplamente exposto no meu voto, considero correto o expurgo dos efeitos da capitalização na Nova Pactual e na Pactual S.A no custo de aquisição das ações do contribuinte, como realizado no presente caso.

Nos casos (1) e (2), citados pelo recorrente como exemplos de critérios diversos, houve sim, e, a meu juízo, por equívoco, a utilização de critérios mais benéficos para os respectivos contribuintes, uma vez que apenas foram expurgados os efeitos da capitalização na Nova Pactual ou na Pactual S.A. A utilização de expurgos em montante insuficiente em alguns processos, estranhos à presente lide, em nada favorece o contribuinte, já que, no presente caso, foi utilizado o critério correto.

Quanto ao critério (3), cálculo do custo médio ponderado das ações, nada tem a ver com critério de fiscalização no lançamento, mas diz respeito ao cálculo do custo das ações, determinado pela legislação tributária (art. 16 da Lei 7713, de 1988 e do art. 16 da IN SRF 84, de 2001) em toda e qualquer aquisição de ações.

De acordo com tais textos, “O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital e dos bens fungíveis será a média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses bens” (§ 2º do art. 16 da Lei 7.713, de 1988).

Ademais, a necessidade de os lucros serem tributados (bancos devem obrigatoriamente apurar o lucro real, por disposição do art. 14, II, da Lei 9718, de 1998) emerge do texto do § 3º do art. 16 da Lei 7.713, de 1988, que refere “No caso de participação societária resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, que tenham sido tributados na forma do art. 36 desta Lei, o custo de aquisição é igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista beneficiário”. (Grifou-se.)

Vejamos o texto de tais normas.

Lei 7.713, de 1988

Art. 16. O custo de aquisição dos bens e direitos será o preço ou valor pago, e, na ausência deste, conforme o caso:

I - o valor atribuído para efeito de pagamento do imposto de transmissão;

II - o valor que tenha servido de base para o cálculo do Imposto de Importação acrescido do valor dos tributos e das despesas de desembaraço aduaneiro;

III - o valor da avaliação do inventário ou arrolamento;

IV - o valor de transmissão, utilizado na aquisição, para cálculo do ganho de capital do alienante;

V - seu valor corrente, na data da aquisição.

§ 1º O valor da contribuição de melhoria integra o custo do imóvel.

§ 2º O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital e dos bens fungíveis será a média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses bens.

§ 3º No caso de participação societária resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, que tenham

sido tributados na forma do art. 36 desta Lei, o custo de aquisição é igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista beneficiário.

§ 4º O custo é considerado igual a zero no caso das participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, no caso de partes beneficiárias adquiridas gratuitamente, assim como de qualquer bem cujo valor não possa ser determinado nos termos previsto neste artigo. (Grifou-se.)

IN SRF 84, de 2001

Participações societárias

Art. 16. Na hipótese de integralização de capital mediante a entrega de bens ou direitos, considera-se custo de aquisição da participação adquirida o valor dos bens ou direitos transferidos, constante na Declaração de Ajuste Anual ou o seu valor de mercado.

§ 1º *Se a transferência não se fizer pelo valor constante na Declaração de Ajuste Anual, a diferença a maior é tributável como ganho de capital.*

§ 2º *No caso de ações ou quotas recebidas em bonificação, em virtude de incorporação de lucros ou reservas ao capital social da pessoa jurídica, considera-se custo de aquisição da participação o valor do lucro ou reserva capitalizado que corresponder ao acionista ou sócio, independentemente da forma de tributação adotada pela empresa.*

§ 3º Para efeito de apuração de ganho de capital na alienação de participações societárias, o custo de aquisição das ações ou quotas é apurado pela média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses títulos.

§ 4º O custo médio ponderado de cada ação ou quota:

I - é igual ao resultado da divisão do valor total de aquisição das ações ou quotas em estoque pela quantidade total de ações ou quotas em estoque, inclusive bonificadas;

II - multiplicado pela quantidade de ações ou quotas alienadas, constitui o custo de aquisição para efeito da apuração do ganho de capital;

III - multiplicado pelo número de ações ou quotas remanescente, constitui o valor do estoque desses títulos.

§ 5º A cada aquisição ou baixa devem ser ajustadas as quantidades em estoque e os custos total e médio ponderado, por espécie, das ações ou quotas. (Grifou-se.)

Sublinho que a apuração do custo médio das ações com base em seu valor corrente, na data de apuração, na forma dos dispositivos citados (art. 16 da Lei 7.713, de 1988

e art. 16 da IN SRF 84, de 2001) é determinação legal, constante no Decreto 3.000, de 1999 (RIR 99), arts. 129 e 130 (citado no auto de infração), e, decorrentemente, utilizado pelo programa da Declaração de Ajuste Anual para o cálculo do ganho de capital (vide fl. 09).

Gizo que, na forma do art. 16, § 4º, da Lei 7713, de 1988, é imprescindível quantificar o valor das ações recebidas pelos contribuintes, sob pena de ser igual a zero o valor do custo de aquisição a ser considerado.

No presente caso, o cálculo do custo de aquisição das ações se encontra à fl. 1093.

CONCLUSÕES

Concluindo, considero correto o procedimento adotado de se expurgar os efeitos da capitalização na Nova Pactual e na Pactual S.A no custo de aquisição das ações do contribuinte.

DA MULTA QUALIFICADA

No tangente à multa qualificada, sua imposição é dependente da existência, por parte do contribuinte, do dolo de praticar a sonegação ou a fraude, nos termos dos arts. 71 a 73 da Lei 4.502, de 1964, em face da remissão efetuada pelo art. 44 da Lei 9.430, de 1996:

Lei 9.430, de 1996

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

(...)

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Lei 4.502, de 1964

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

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

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

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

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

Ora, independentemente da configuração, ou não, de simulação na cadeia de operações de compra e venda do Banco Pactual à UBS AG, o contribuinte, detendo tão somente 0,65% das ações do Banco Pactual (termo de verificação fiscal, fls. 328 e 329), não poderia influenciar o modo como foi procedido o negócio. Se dolo houve, a justificar a imposição de multa qualificada, foi por parte de quem detinha o controle do Banco Pactual, e não por parte dos acionistas minoritários, que não podem decidir como se fará o negócio.

Por esses motivos, entendo que a multa deve ser desqualificada, reduzida ao percentual de 75%.

DA INCIDÊNCIA DOS JUROS SOBRE A MULTA

O recorrente alega que é descabida a incidência de juros sobre a multa porque isso implicaria numa indireta majoração da própria penalidade e não se pode falar em mora na exigência de multa.

Porém, o exame do demonstrativo de multa e juros de ora do auto de infração (fl. 1099) esclarece não haver incidência de juros sobre a multa, mas tão somente sobre o valor do imposto: por exemplo, no que tange ao período de apuração 12/2006, para o valor de imposto de R\$690.006,98, foram aplicados juros de mora de 50,25%, os quais totalizaram R\$346.728,51. No mesmo período, a multa de ofício totalizou R\$1.035.010,47.

Assim, se juros de mora forem tomar como base a multa de ofício, tal será evento futuro e incerto. Porém, o Carf, que não é órgão consultivo, não possui competência para se manifestar sobre eventuais incidentes de liquidação de crédito tributário que possam ocorrer futuramente.

De acordo com o art. 25, II, do Decreto 70.235, de 1972, compete ao Carf o julgamento de processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal:

Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete:

(...)

II – em segunda instância, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com atribuição de julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial. (Redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.941/2009)

No mesmo sentido, o art. 1º do Anexo II do Regimento Interno do Carf, aprovado pela Portaria MF 343, de 2015 (Ricarf), que define que a sua competência se limita ao “julgamento de recursos de ofício e voluntários de decisão de 1ª (primeira) instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)”

Ora, se até o momento do julgamento não estão sendo exigidos juros sobre a multa de ofício, o pedido transborda do limite objetivo que pode ser conhecido por este órgão julgador.

Caso os colegas pensem diferentemente, ou seja, que a matéria encontra-se dentro da competência deste CARF e, portanto, deva ser conhecida, passo a análise do mérito.

Não assiste razão ao recorrente.

Para o deslinde da questão, deve-se discernir os conceitos de tributo e de crédito tributário veiculados no Código Tributário Nacional (CTN). Tributo é definido em seu art. 3º:

Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Por sua vez, os artigos 113, § 1º, 139 e 142 do CTN dispõem sobre o crédito tributário:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa **constituir o crédito tributário** pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a **aplicação da penalidade cabível**. (Grifou-se.)*

Assim, a multa, apesar de não ser tributo, integra o crédito tributário e, em vista desse fato, se subsume ao tratamento dispensado ao crédito tributário pelo CTN.

O art. 161 do CTN estabelece que, ao crédito tributário não pago no vencimento, devem ser acrescidos os juros moratórios à taxa disposta em lei ou, em sua falta, à taxa de um por cento ao mês::

*Art. 161. **O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora**, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. (Grifou-se.)

Assim, ao contrário do que alega o interessado, o CTN determina a incidência de juros de mora sobre a multa lançada de ofício. A expressão “sem prejuízo da

imposição das penalidades cabíveis” esclarece que a imposição de juros e de multa não são excludentes entre si.

A previsão legal da incidência de juros sobre as multas de ofício constou nas Leis 9.430, de 1996 e 10.522, de 2002, que disciplinaram o assunto de maneira diversa ao que acontecia até então. Vejamos, inicialmente, o que diz o § 3º do art. 61 da Lei 9.430, de 1996:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Por sua vez, os arts. 29 e 30 da Lei 10.522, de 2002, resultante da conversão da Medida Provisória 1621-31, de 1998 (reedição da Medida Provisória 1542-17, de 18 de dezembro de 1996, arts. 25 e 26), dispõem:

Art. 29. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União, constituídos ou não, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994, que não hajam sido objeto de parcelamento requerido até 31 de agosto de 1995, expressos em quantidade de Ufir, serão reconvertidos para real, com base no valor daquela fixado para 1º de janeiro de 1997.

(...)

Art. 30. Em relação aos débitos referidos no art. 29, bem como aos inscritos em Dívida Ativa da União, passam a incidir, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês de pagamento.

A multa de ofício proporcional, lançada em função de infração à legislação tributária de que resulta falta de pagamento de tributo, é débito decorrente de tributos e contribuições, estando a eles vinculada. Logo, as expressões “débitos decorrentes de tributos e contribuições” e “débitos de qualquer natureza”, utilizadas, respectivamente, nas Leis 9.430/1996 e 10.522/2002, incluem a multa de ofício.

Também tratam especificadamente do assunto, determinando a cobrança de juros sobre a multa, os pareceres MF/SRF/COSIT/COOPE/SENOG nº 28, de 1998 e PGFN/CAT nº 1834, de 2013:

3. (...). Assim, desde 01.01.97, as multas de ofício que não forem recolhidas dentro dos prazos legais previstos estão sujeitas à incidência de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de um por cento no mês de pagamento, desde que estejam associadas a:

- a) fatos geradores ocorridos a partir de 01.01.97;
- b) fatos geradores que tenham ocorrido até 31.12.94, se não tiverem sido objeto de pedido de parcelamento até 31.08.95.

Parecer PGFN/CAT nº 1834, de 2013

21. Por todo o exposto, respondendo à consulta apresentada pela Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região, por meio da Consulta Interna identificada pelo nº. 20138000CI00002, que veicula questionamentos a respeito da incidência de juros de mora sobre créditos tributários resultantes de multa de ofício aplicada pela RFB, referentes a fatos geradores ocorridos em 1995 e 1996, entendemos, salvo melhor juízo, que há incidência dos mencionados juros de mora sobre as multas de ofício, seja por aplicação do § 1º do artigo 161 do CTN, seja por determinação de norma legal específica, o que se resume nas seguintes situações:

- a) para a hipótese de haver créditos ainda não inscritos em dívida ativa (sob administração da RFB), decorrentes de fatos geradores ocorridos em 1995 e 1996, em razão da ausência de lei específica, incidirá a norma geral prevista no § 1º do artigo 161 do CTN, aplicando-se o índice de 1% ao mês;
- b) para os créditos inscritos em dívida ativa da União (sob administração da PGFN), aplica-se a taxa SELIC a partir de 31 de agosto de 1995, data de início da vigência do § 8º, inserido no artigo 84 da Lei nº. 8.981, de 1995, por determinação do artigo 16 da MP nº. 1.110, de 1995, objeto de sucessivas reedições e confirmado pelo artigo 17 da Lei nº. 10.522, de 2002; e
- c) para os créditos inscritos em dívida ativa da União, referentes a fatos geradores ocorridos entre 1 de janeiro e 30 de agosto de 1995, por ausência de norma legal específica, aplica-se o índice de 1% ao mês, com base no § 1º do artigo 161 do CTN.

Também nesse sentido a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) e da 2ª Seção do Carf:

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre a qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic. (Acórdão 9202-003.700)

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. Recurso da Fazenda Nacional Provido. Recurso da Contribuinte Improvido. (Nº Acórdão 9101-000.539)

JUROS SOBRE MULTA. A multa de ofício, segundo o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430/96, deverá incidir sobre o crédito tributário não pago, consistente na diferença entre o tributo devido e aquilo que fora recolhido. (Nº Acórdão 2202-002.731)

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE LEGAL Ao contrário do que entendeu o recorrente, a aplicação de juros sobre multa de ofício é aplicável na medida que esta faz parte do crédito apurado. 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. (Nº Acórdão 2401-003.810)

Voto, portanto, por rejeitar as preliminares e no mérito, por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, reduzindo a multa qualificada ao percentual de 75%.

(assinado digitalmente)

João Bellini Júnior

Relator