



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

Processo n° 12448.735838/2011-17
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.569 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de novembro de 2014
Matéria IRPF
Recorrente GUSTAVO DE HUNGRIA MACHADO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

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

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, seguida de incorporações reversas e nova capitalização, em nítida inobservância da primazia da essência sobre a forma, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

MULTA QUALIFICADA

A existência de correntes doutrinárias divergentes, bem como de precedentes jurisprudências favoráveis ao negócio jurídico praticado pelo contribuinte, demonstram, na verdade, uma hipótese de erro de proibição. Não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, quando se percebe dos autos a convicção do recorrente no sentido de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

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 parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Pelo voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%. Vencidos os Conselheiros GERMAN ALEJANDRO SAN MARTÍN FERNÁNDEZ (Relator), NATHALIA MESQUITA CEIA e GUSTAVO LIAN HADDAD, que deram provimento integral ao recurso, inclusive desqualificaram a multa de ofício e excluíram os juros de mora incidentes sobre a multa de ofício. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro EDUARDO TADEU FARAH.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente.

(assinado digitalmente)

German Alejandro San Martín Fernández - Relator.

(assinado digitalmente)

Eduardo Tadeu Farah - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente), Nathalia Mesquita Ceia, German Alejandro San Martín Fernández, Gustavo Lian Haddad, Francisco Marconi de Oliveira e Eduardo Tadeu Farah. Presente aos julgamentos o Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva.

Relatório

Versam os autos sobre crédito tributário do Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF relativo aos anos-calendário 2006 e 2009, constituído por meio do Auto de Infração lavrado em 07/11/2011 (fls. 1.080/1.085), referente a omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em Bolsa, cujos fatos geradores ocorreram em dezembro de 2006 e setembro de 2009.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 1.009/1.054), a ação fiscal teve como objeto a análise da operação de alienação das ações do Banco Pactual S/A, CNPJ nº 30.306.294/000145, e das ações pertencentes sócio Gustavo de Hungria Machado, precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades *holdings*, as quais detinham todas as ações do Banco Pactual.

A reorganização consistiu na extinção das *holdings* que detinham participação societária no Banco, por meio de sucessivas incorporações às avessas, culminando com a alienação das ações do Banco Pactual diretamente pelos acionistas pessoas físicas da instituição.

De acordo com a fiscalização, por meio da reorganização societária foi adotado planejamento tributário inconsistente, por meio do qual se verificou a majoração ilícita do custo das ações alienadas, gerando, por consequência, a redução indevida do ganho de capital tributável obtido pelo acionista pessoa física.

Verificou-se acréscimo no custo das ações alienadas do Banco Pactual S/A pertencentes ao acionista Gustavo de Hungria Machado da ordem de 970.954,28%, na data da

alienação em dezembro de 2006, enquanto o aumento de patrimônio líquido do Banco Pactual S/A, entidade que concentrava toda a riqueza efetiva do grupo, no mesmo período, foi de 92,01% conforme Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica DIPJ da instituição financeira relativa ao ano-calendário de 2006. Constatou-se, assim, discrepância entre a evolução da riqueza da instituição financeira alienada com o acréscimo patrimonial do custo das respectivas ações pertencentes a um dos seus acionistas.

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

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

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

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

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

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

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

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

Em 13/10/2006 a Pactual Holdings S/A é incorporada por Pactual S/A, passando o capital social da incorporadora de R\$ 34.498.190,25 para R\$ 64.248.147,47. Também nesta data, a Nova Pactual Participações Ltda. é incorporada por Pactual S/A, cujo capital social passou de R\$ 64.248.147,47 para R\$ 97.841.295,93.

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

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

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

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

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

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

Concluiu, a fiscalização, que o custo da ação alienada por cada acionista tem como base a participação de cada um deles no capital social da Pactual S/A, em 01/12/2006. Todavia, o contrato firmado na compra e venda do Banco Pactual S/A determinava que, entre a data da celebração do negócio e a data da efetivação do mesmo os lucros auferidos seriam objeto de distribuição aos antigos proprietários, de tal forma, que em 22/02/2007, os acionistas alienantes, àquela época ex-acionistas, receberam de dividendos o montante de R\$

290.754.000,06. Tal montante, portanto, refere-se a lucros auferidos até 01/12/2006 e, para que pudessem ser distribuídos deveriam estar incluídos no patrimônio líquido da Pactual S/A. Por isso, esta parcela deve ser deduzida do custo de aquisição apurado.

Com isso, chega-se ao custo das ações alienadas pelo recorrente, que é de R\$ 427.506,94, correspondente a 0,05% do total da sociedade. De acordo com o TVF, o que evidencia a irregularidade é que o sujeito passivo recebeu novas ações em troca das extintas, por ocasião da extinção da Nova Pactual Participações Ltda., mantendo assim, em sua propriedade a mesma parcela que detinha indiretamente do Banco Pactual S/A, entidade que concentrava a efetiva riqueza econômica e financeira do grupo empresarial, como também aumentou o custo de aquisição de tais ações por meio de dividendos não distribuídos. **Os dividendos capitalizados são os mesmos, na medida em que as Reservas e Lucros capitalizados por Nova Pactual Participações Ltda. e Pactual S/A nada mais são do que o Resultado da Equivalência Patrimonial do Banco Pactual S/A.**

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

Para a fiscalização, a capitalização cumulativa dos lucros de equivalência patrimonial para aumentar o custo de aquisição das ações acima do cabível não pode ser admitida por causa de sua ilicitude, além do que deve ser inibida, para que, futuramente, não só comprometa a eficácia de toda tributação do ganho de capital sobre participações societárias, uma vez que o estratagema contábil viabilizaria a utilização de “empresas de papel” (*holdings*) tão somente para não pagar imposto de renda sobre ganho de capital, distorcendo gravemente a percepção do Fisco acerca da capacidade contributiva dos sócios pessoas físicas.

Com os procedimentos adotados pelos ex-acionistas, estes informaram no Demonstrativo de Ganho de Capital de suas Declarações de Ajuste Anual o custo majorado de suas ações, inserindo, dessa forma, elementos inexatos com o fim de pagar menos imposto de renda, conduta que se insere no contexto de fraude à fiscalização tributária, sendo o tipo doloso (art.72, da Lei 4.502/64). Todo o arcabouço montado foi no sentido de prejudicar o direito do Fisco, configurando, em tese, crime contra a Ordem Tributária definido no inciso I, dos artigos 1 e 2º da Lei 8.137/90.

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

Em sede de Impugnação, o recorrente alegou, em síntese:

Antes da reestruturação, o impugnante ora recorrente 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 o Impugnante não tinha qualquer participação.

Após a implementação da reestruturação, o Impugnante considerou que o custo de seus investimentos no Banco Pactual passou a ser de R\$ 1281804,5 e esse foi o valor utilizado como base para a quantificação de seu ganho de capital.

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

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

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.

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

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

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

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

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.

A parcela do patrimônio líquido da incorporada representada por lucros ou reservas de lucro, 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.

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.

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

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.

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.

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

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

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.

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 ora recorrente no Banco subiu de 0,000011% (0.000014% de 78,18%) para 0,05% (0,064% de 78,18%).

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

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

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.

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

Em se tratando da alienação de quotas ou ações e em 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.

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

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

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.

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

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

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

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*”.

O montante dos lucros capitalizados soma-se ao custo dos investimentos a que correspondem, ainda que eles tenham sido reconhecidos em razão da aplicação do MEP. Assim, após a capitalização dos lucros existentes em Participações, o custo dos investimentos do Impugnante atingiu R\$ 783.763,00. Esse é, pois, o valor que deveria ter servido de ponto de partida para quantificação do ganho de capital auferido na venda das ações do BANCO, caso os efeitos da Reestruturação fossem negados.

Mesmo que a reestruturação tivesse sido levada a efeito nas bases que o TVF consideraria adequada, os R\$ 783.763,00 corresponderiam ao custo dos investimentos do Impugnante no Banco.

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

O procedimento adotado no Auto no sentido de partir da situação patrimonial de Pactual para definir o custo dos investimentos do Impugnante no Banco 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.

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.

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

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

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.

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

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.

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

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

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

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

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

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

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.

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.

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.

Perante o órgão colegiado *a quo*, a impugnação foi julgada procedente, sob o fundamento da impossibilidade de utilização múltipla de lucros acumulados para capitalização, em incorporações reversas cujo resultado é o aumento do curso dos investimentos e a redução do ganho de capital com a alienação das ações.

Inconformado, o recorrente interpôs Voluntário (102/108) com vistas a obter a reforma do julgado, reafirmando os argumentos já trazidos por ocasião da Impugnação.

Apresentados memoriais às vespas do julgamento.

Era o de essencial a ser relatado.

Passo a decidir.

Voto Vencido

Conselheiro German Alejandro San Martín Fernández, Relator.

Por tempestivo e pela presença dos pressupostos recursais exigidos pela legislação, conheço do recurso.

A questão relativa à nulidade do lançamento na apuração da base de cálculo se confunde com mérito e será enfrentada em conjunto com os demais argumentos postos em Voluntário.

No caso em julgamento, a fiscalização constatou omissão de rendimentos provenientes de ganho de capital na alienação de ações, decorrentes da seguinte operação, abaixo sintetizada.

O recorrente, era detentor de 0,00019% das ações da sociedade holding Nova Pactual Participações Ltda., (PARTICIPAÇÕES), que por sua vez detinha 78,18% da Pactual S/A (PACTUAL), detentora de 100% das ações do Banco Pactual (BANCO).

Houve aumento de capital da PARTICIPAÇÕES, mediante capitalização dos lucros gerados pela BANCO, o que gerou um aumento do custo dos investimentos, em decorrência da aplicação do MEP – Método de Equivalência Patrimonial.

Incorporação de PARTICIPAÇÕES por PACTUAL, sua controlada, em operação denominada incorporação reversa, com substituição das ações do recorrente por ações da empresa incorporadora – PACTUAL.

Aumento do capital de PACTUAL mediante lucros gerados pelo BANCO e reconhecidos em decorrência da aplicação do MEP – Método de Equivalência Patrimonial, com aumento dos custos de investimentos do recorrente em PACTUAL, no valor de R\$ 498.044,00.

Incorporação de PACTUAL (controladora) pelo BANCO (controlada), em operação de incorporação às avessas, recebendo o recorrente, investimentos diretos da incorporadora, em substituição às ações da incorporada.

Em seguida, as ações do BANCO de propriedade do recorrente foram alienadas ao grupo UBS Brasil.

É evidente que a capitalização das empresas holdings (PARTICIPAÇÕES e PACTUAL), com lucros gerados pela empresa operacional (BANCO), aumentaram o custo dos investimentos e tiveram por resultado, após as sucessivas incorporações reversas, a redução do montante total do ganho de capital auferido com a alienação das ações.

A justificativa apontada pelo recorrente a justificar a reestruturação realizada, se funda na existência a mais de uma década das empresas holding, e da estrutura escalonada do BANCO PACTUAL, muito antes de sequer se aventar a hipótese de venda do BANCO ao grupo UBS.

Logo, a existência de dois “níveis” de empresas *holding*, não operacionais, acima do BANCO, não faria nenhum sentido se a finalidade fosse a alienação dos ativos da empresa operacional a terceiros. Daí a necessidade das sucessivas incorporações “reversas”, com o fim de manter apenas a única empresa do grupo cujos ativos seriam objeto de alienação.

Presente, portanto, o propósito negocial, a justificar a reestruturação societária, cujo resultado importou na redução do ganho de capital na alienação de ações das pessoas físicas, entre elas, o recorrente, em decorrência do aumento do custo dos investimentos proporcionados pelas incorporações reversas realizadas e pela adoção do MEP - Metodo de Equivalência Patrimonial para reconhecimento da capitalização dos lucros, nas duas incorporações realizadas (PACTUAL em PARTICIPAÇÕES e BANCO em PACTUAL).

A redução do ganho de capital na alienação das ações é apenas decorrência do artigo 135 do RIR/99, cujo enunciado dispõe que o custo de aquisição de ações é igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

A controvérsia central não gira em torno da legalidade das incorporações reversas realizadas, mas, sim, sobre os efeitos redutores do ganho de capital na alienação das ações do BANCO pelo recorrente, mediante a capitalização de lucros acumulados pelo BANCO e conseqüente aumento do custo de investimento das ações, mediante utilização do MEP. O resultado matemático dessas operações, dada a sucessão de incorporações reversas, teve por resultado a múltipla utilização mesmo lucro acumulado na capitalização das ações das incorporadas/investidoras, e no entendimento da fiscalização, violação à capacidade contributiva.

Na operação em foco, a sociedade controladora (holding) apura resultado decorrente da aplicação do Método de Equivalência Patrimonial (MEP) em face de sua controlada. Isto é, o lucro apurado na sociedade/controlada reflete na apuração do resultado positivo da controladora pelo MEP. A partir disso, a sociedade controladora capitaliza o lucro distribuindo as ações/quotas aos sócios que, com base no art. 135 do RIR/99, aumentam o custo de aquisição do seu investimento.

No caso em tela, a operação ocorreu mais de uma vez a partir do lucro existente na sociedade controlada (operacional) e, combinada com incorporação das sociedades controladoras pelas controladas (incorporação às avessas), permitiu ao recorrente o aumento do custo de aquisição do investimento. O resultado do aumento do custo de aquisição do investimento possibilitou aos sócios a diminuição do ganho de capital na venda de suas ações da sociedade operacional, no caso o Banco Pactual S.A., único remanescente após as sucessivas incorporações.

O recorrente se utilizou da possibilidade de aumento do custo de aquisição do investimento, prevista expressamente no art. 135 do RIR/99, para minimizar o impacto tributário na operação de venda de sua participação no Banco Pactual S.A.

O recorrente demonstrou de forma inequívoca a presença de propósito negocial na reestruturação adotada, na utilização de lucros acumulados da empresa operacional em duplicidade com a finalidade de reduzir o ganho de capital na alienação de ações, dada a necessidade de alienação a terceiros das ações da pessoa jurídica operacional (BANCO).

Nos termos do voto vencido, da lavra do i. Conselheiro Rafael Pandolfo, em caso semelhante ao presente:

“(…) a estrutura que possibilitou o aumento do custo de aquisição das ações do recorrente existia, no mínimo, há mais de dois anos da data da venda das ações do Banco Pactual S.A. Mais que isso, consultando o sistema COMPROT se pode constatar a existência de processos administrativos datados de 2002, o que sugere que as empresas existiam, muito antes desta data.

Ou seja, não se trata de estrutura criada com a finalidade de reduzir ou eliminar a incidência do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF) sobre o ganho de capital na venda das ações do Banco Pactual S.A., mas, sim, da adoção, pelo recorrente, do caminho legal mais vantajoso, em termos fiscais, diante da encruzilhada que poderia gerar maior ou menor custo tributário. No caso em tela, o recorrente conseguiu demonstrar não apenas a utilidade da estrutura societária existente como a existência de propósito negocial/econômico (fls. 1007/1010), o que permite concluir, inclusive, que aconteceria independentemente da redução da carga tributária para os acionistas na venda de sua participação no Banco Pactual S.A.

O recorrente poderia, é verdade, ter adotado outro meio para realização da venda de sua participação no Banco Pactual S.A., como, por exemplo, após a incorporação Nova Pactual Ltda. pela Pactual Holding S.A, vender suas ações desta última (que detinha 100% do Banco Pactual S.A.), fazendo com que, indiretamente, o comprador tivesse o controle do Banco. Até mesmo, poderiam as sociedades não ter capitalizado, antes de sua incorporação, o resultado positivo auferido pelo MEP, mantendo esse resultado dentro do patrimônio líquido da incorporada.

Mas não. O recorrente utilizou a possibilidade de aumento do custo de aquisição do investimento, prevista no art. 135 do

RIR/99, para minimizar o impacto tributário na operação de venda de sua participação no Banco Pactual S.A. Se a utilização desse mecanismo gerou distorção entre a evolução do patrimônio líquido do Banco e a evolução do aumento do custo do investimento do recorrente – e isso é um fato, de forma evidente há uma distorção econômica -, essa é mais uma, dentre tantas distorções permitidas/previstas na lei, que ora atuam em favor dos contribuintes, ora em desfavor. Como exemplo, podemos citar a limitação da compensação do prejuízo fiscal acumulado pelas empresas no percentual de 30%, restrição legal cujo efeito é a criação artificial de um lucro fiscal que não encontra respaldo na situação patrimonial do contribuinte.

*Em outros termos, o fato de o lucro obtido no Banco Pactual S.A. gerar reflexos de resultado positivo na sua controladora (Pactual Holding S.A.) e também na empresa que controla essa última (Nova Pactual Ltda.), através do MEP **não encontra qualquer óbice legal**. Do mesmo modo, não há qualquer impedimento legal nas capitalizações desses resultados aos quotistas da Nova Pactual Ltda. e, posteriormente, aos acionistas da Pactual Holding S.A., ainda que provenientes do lucro existente no Banco Pactual S.A. Pelo contrário, tanto a fiscalização quanto a decisão recorrida admitem que, se houvesse em caixa dinheiro disponível, o lucro obtido com o MEP, tanto numa quanto noutra empresa controladora, poderia ser distribuído aos sócios. Portanto, se o lucro poderia ter sido distribuído aos sócios, por que o resultado positivo auferido através do MEP não poderia ser capitalizado, aumentando o custo de aquisição do investimento do quotista/acionista, nos termos previstos pelo art. 135 do RIR/99? (Processo n. 12448.736151/2011-91)*

Logo, é inequívoco que a lei faculta ao contribuinte o acréscimo ao custo de aquisição de investimento a capitalização de lucros ou reserva de lucros, mesmo que esses tenham sido apurados única e exclusivamente com base em resultados decorrentes da aplicação do método de equivalência patrimonial. Não há dispositivo legal proibitivo do incremento do custo de aquisição com base em resultados oriundos de equivalência patrimonial.

O lucro resultante de equivalência patrimonial nada mais é que a riqueza auferida pela investida (Banco Pactual) refletida nos registros contábeis das investidoras (holdings). Entretanto, tal raciocínio somente se aplica se adotada a interpretação econômica dos fatos, em desapego ao regime legal dado à capitalização dos lucros e dos seus respectivos efeitos.

Conforme trecho de voto da i. Conselheira Natália Mesquita Ceia, em caso já julgado por este C. Colegiado:

Assim, não se pode sob o pretexto de uma tributação econômica desconsiderar por completo a legislação posta. A tributação não pode ser decidida casuisticamente e com base em critérios econômicos, aritméticos ou matemáticos como defende a fiscalização. A tributação deve observar a norma legal, mesmo que essa por algumas vezes, não se coadune de forma perfeita com a realidade econômica dos fatos.

Desta forma, tendo em vista que a presente autuação é exclusivamente baseada em critérios econômicos, entendo que o

auto de infração não deve prosperar. (Processo n. 12448.735830/2011-42).

Desqualificação da multa

Voto pela exclusão desqualificação da multa, se vencido quanto ao mérito, com fundamento na ausência de dolo na conduta do agente, cuja interpretação do artigo 135 do RIR não teve por finalidade fraudar o fisco, tal qual como exposto pelo agente autuante.

A adoção de planejamentos tributários, ainda que desconstituídos pelo fisco, não pode ser causa de qualificação da multa, ainda mais quando fundados em interpretação literal de dispositivo regulamentar.

Não há qualquer traço de fraude na conduta adotada pelo contribuinte, que desde o início agiu com lhanza, fornecendo todas as informações e documentos necessários à compreensão da sua interpretação dos dispositivos legais aplicados.

A eventual manutenção do crédito tributário, que acarretaria a discussão sobre o percentual sancionatório aplicável, decorreria de mera divergência interpretativa que, no caso do contribuinte, foi alicerçada em sólidas convicções.

Nesse sentido, e em caso idêntico, jurisprudência deste E. Sodalício:

MULTA QUALIFICADA

Em suposto planejamento tributário, quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios, não há como ser reconhecido odolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.(Ac. 2202002.164).

No mesmo sentido: Ac. 2202-002.429 e Ac. 2202-002.428.

Por fim, voto pela exclusão da aplicação da Taxa Selic sobre a multa de ofício, pela ausência de previsão legal. A incidência cumulativa da Taxa Selic está prevista apenas nos casos de lançamento isolado de multa ou juros de mora, nos termos do art. 43 da Lei nº 9.430, de 1996

Nesse exato sentido, 2 Turma da CSRF:

ACÓRDÃO: 9202-002.600

Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Ano-calendário: 2002

JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE.

Os juros de mora à taxa SELIC só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa de ofício aplicada proporcionalmente. Recurso especial negado.

Pelo exposto, conheço e dou provimento ao recurso voluntário.

É o meu voto.

(assinado digitalmente)

German Alejandro San Martín Fernández

Voto Vencedor

Conselheiro Eduardo Tadeu Farah, Redator Designado

Em que pese o voto proferido pelo ilustre Conselheiro German Alejandro San Martín Fernández, tenho, data vênua, opinião divergente ao seu entendimento.

Embora alegue o Relator que o contribuinte, para minimizar o impacto tributário na operação de venda de sua participação no Banco Pactual S.A, se utilizou da possibilidade de aumento do custo de aquisição do investimento, na forma do art. 135 do RIR/1999, penso que o exame desta questão não pode, entretanto, ficar adstrita à interpretação literal das normas pertinentes. É Necessário perquirir a origem dos aumentos sucessivos do custo de aquisição dos investimentos e verificar, por meio de interpretação finalística e sistemática das normas tributárias, o alcance do art. 135 do RIR/1999. Para melhor esclarecimento dos fatos, transcrevo trecho Termo de Verificação Fiscal (fls. 1009/1054):

4. DOS PROCESSOS PE INCORPORAÇÃO DAS HOLDINGS

Conforme descrito no presente Termo de Verificação Fiscal e com base, dentre outros, nas informações prestadas pelo Banco Pactual S/A como sociedade sucessora de Pactual S/A, os atos de reorganização societária (capitalização de lucros e reservas e incorporações reversas) compreenderam:

- Em 28/12/2004 - Aumento do Capital Social da Pactual Participações Ltda 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 Ltda 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 Ltda pela investida Pactual Participações S/A (logo depois, passou a denominação de Nova Pactual Participações Ltda), 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 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 - Pactual Holdings S/A é incorporada pela investida Pactual S/A, mediante aumento do capital social desta de R\$ 29.749.957,22;*

- Em 13/10 7006 - Aumento do capital social da Nova Pactual Participações Ltda de R\$ 686.000.000,00, mediante capitalização dos créditos detidos contra a sociedade;
- Em 13/10/2006 - Nova Pactual Participações Ltda é incorporada pela investida Pactual S/A, mediante aumento do capital social desta de R\$ 33.593.148,46;
- Em 01/11/2006 - Aumento do capital social da Pactual S/A de R\$ 3.862.542,92, mediante capitalização dos créditos detidos contra a sociedade;
- Em 03/11/2006 - Aumento do capital social da Pactual S/A de R\$ 996.087.876,00, mediante capitalização dos créditos detidos contra a sociedade;
- Em 01/12/2006 - Pactual S/A é incorporada pelo Banco Pactual S/A. O patrimônio a ser vertido representa o PL da Pactual S/A, de R\$ 1.149.597.660,18.

O que se pretende evidenciar no presente Termo de verificação Fiscal é que nos processos de incorporação reversa houve majoração irregular no custo das ações alienadas, tendo em vista que o processo de extinção das Holdings Pactual Participações Ltda, Nova Pactual

Participações Ltda e Pactual Holdings S/A, com a anterior capitalização de dividendos nos valores de R\$ 210.000.000,66, 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 S/A pertencentes aos acionistas, considerando que, posteriormente, houve acréscimo cumulativo do custo das aludidas ações alienadas com a incorporação do acervo líquido da Pactual Holdings S/A e da Nova Pactual Participações Ltda e, mais tarde, pela capitalização dos dividendos da companhia Pactual S/A, anteriormente à sua incorporação pelo Banco Pactual S/A, no montante de R\$ 1.063.293.524,60, que representa a soma das parcelas R\$ 29.749.957,22, R\$ 33.593.148,46, R\$ 3.862.542,92 e R\$ 996.087.876,00. Com o evento de incorporação, todo o acervo líquido da Pactual S/A (PL), no montante de R\$ 1.149.610.206,41, foi incorporado pelo Banco Pactual S/A. Esse valor representa o custo total das ações alienadas.

(...)

Reiterando, a principal base na qual se fundamentam as conclusões relativas à presente fiscalização, salta aos olhos que o custo das ações pertencentes ao acionista Gustavo de Hungria Machado, no momento da alienação havia aumentado de R\$ 132,00 (100 QUOTAS DE Nova Pactual participações Ltda) para R\$ 1.281.804,50 (567.039 Ações do Banco Pactual S/A), conforme informado no Demonstrativo de Cálculo de Ganho de Capital - Venda de Ações do Banco Pactual em 2006, apresentado pelo sujeito passivo.

Somente para que fique clara a discrepância apontada, ocorreu um aumento de 970.954,28% o aludido custo das ações pertencentes ao Acionista Pessoa Física, enquanto que o aumento do patrimônio líquido do Banco Pactual S/A foi de apenas 92,01% [R\$ 625.223.115,04 para R\$ 1.200.480.531,05], Deve-se esclarecer que esta fiscalização não está contestando o aumento do custo de aquisição das ações do Banco Pactual alienadas, no percentual de 92,01%, por parte do contribuinte. O acréscimo em tal proporção está plenamente fundamentado no que dispõe artigo 135 do Decreto nº 3.000/99 - 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 S/A na Declaração de Ajuste do acionista Gustavo de Hungria Machado foi aumentado tanto na capitalização dos lucros obtidos por ganho de equivalência patrimonial da "Holding" Nova Pactual Participações Ltda, no valor de RS 783.631,00, quanto na capitalização dos Dividendos da sucessora e incorporadora Pactual S/A, no montante de RS 498.044,00.

O que evidencia a irregularidade é que o sujeito passivo recebeu novas ações em troca das extintas, por ocasião da extinção da Nova Pactual Participações S/A, mantendo assim, em sua propriedade a mês na parcela que detinha indiretamente do Banco Pactual S/A, entidade que concentrava a efetiva riqueza econômica e financeira do grupo empresarial, como também aumentou o CUSTO DE AQUISIÇÃO DE TAIS AÇÕES por meio de dividendos não distribuídos.

Ocorre que os dividendos capitalizados são os mesmos, na medida em que as Reservas e Lucros capitalizados por Nova Pactual Participações Ltda e Pactual S/A nada mais são do que o Resultado da Equivalência Patrimonial do Banco Pactual S/A.

(...)

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

Cumprе ressaltar que o acréscimo de riqueza já havia sido consignado no patrimônio de Pactual S/A e que, tendo ocorrido incorporação reversa, admitir-se que a capitalização dos lucros e reservas decorrentes da equivalência patrimonial nas sociedades controladoras incorporadas gerasse impactos no custo de aquisição das ações possuídas pelos acionistas pessoas físicas implicaria redução indevida do ganho de capital

auferido, mediante artifício contábil tendente a inflar o custo de aquisição das participações societárias.

Se materialmente válido fosse o artifício idealizado pelos contribuintes nas suas operações de incorporação reversa, os mesmos teriam descoberto um meio de criar patrimônio novo pela simples sucessão de incorporações.

Optando por capitalizar os dividendos nas sociedades em que possuía participação, caberia ao Acionista Pessoa Física tão somente o recebimento das novas ações emitidas por Pactual S/A em substituição das quotas extintas de sua propriedade emitidas por Nova Pactual Participações Ltda, não sendo admissível a comutatividade entre recebimento de novas ações e incremento nos respectivos custos de aquisição.

(...)

7. CONCLUSÃO

Com base no exposto, mostra-se indevido o acréscimo no Custo das Ações do Banco Pactual Alienadas no valor de R\$ 854.297,56, do acionista GUSTAVO DE HUNGRIA MACHADO, motivo pelo qual tal valor deve ser glosado no cômputo do Demonstrativo de Ganho de Capital na Alienação das Ações do Banco Pactual S/A, sendo o valor do seu Custo das Ações do Banco Pactual S/A Alienadas, reduzido de R\$ 1.281.804,50 para R\$ 427.506,94, o qual passa a ter a seguinte configuração.

(...)

Dessa forma, o Ganho de Capital total correspondeu ao valor de R\$ 2.194.303,91 [R\$ 2.621.810,85 - R\$ 427.506,94]. Considerando que a parcela recebida em 2006 foi de R\$ 1.108.970,00 e o restante de R\$ 1.672.840,00 foi recebido em 2009, e a primeira parcela correspondeu a 38,87% do total do valor da venda que foi de R\$ 2.621.810,85, o montante equivalente do CUSTO DAS AÇÕES DO BANCO PACTUAL S/A permitido corresponde a R\$ 166.171,95 em 2006 e R\$ 261.334,99 em 2009.

Portanto, o Ganho de Capital, correspondente à parcela recebida, sujeito à tributação exclusiva, correspondeu ao valor de R\$ 852.798,05 em 2006 e R\$ 1.341.505,01 em 2009.

Do exposto, verifica-se que o recorrente aumentou o custo de aquisição de sua participação, por meio de artifícios contábeis que tiveram como única origem o lucro obtido pelo Banco Pactual S/A. Na verdade, a mesma riqueza representou aumento do custo de aquisição mais de uma vez, reduzindo, dessa feita, o ganho de capital e, por consequência, o pagamento do imposto de renda devido.

Como bem pontuou o Conselheiro Relator, não há qualquer impedimento à utilização do art. 135 do RIR/1999 para computar no custo de aquisição os lucros ou reservas de lucros oriundos do aumento de capital ou incorporação dos resultados apurados pela sociedade, contudo, uma vez utilizados os lucros e reservas de capital, não é plausível que eles possam lastrear nova operação, já que, no caso dos autos, não houve geração de lucros autônomos e independentes nas sociedades investidoras.

Com efeito, o método de equivalência patrimonial consiste em atualizar o valor contábil do investimento ao valor equivalente à participação societária da sociedade investidora no patrimônio líquido da sociedade investida. Consequentemente, pode o contribuinte promover o acréscimo ao custo de aquisição de investimento com a capitalização de lucros ou reserva de lucros, mesmo que esses tenham sido apurados única e exclusivamente com base em resultados decorrentes da aplicação do método de equivalência patrimonial. Entretanto, in casu, houve o aumento do custo de aquisição pelo efeito multiplicativo dos resultados do Banco Pactual, evidenciando, repise-se, a elevação artificial do custo de alienação das ações, conforme se infere da comparação do aumento do patrimônio líquido do Banco Pactual no período de 31/12/2005 a 31/11/2006 ao acréscimo do custo de aquisição das ações do contribuinte no mesmo período.

Não obstante o entendimento do Conselheiro Relator, não é dado ao contribuinte criar determinada situação para se encaixilhar na situação legalmente prevista, ou seja, proceder à interpretação jurídica da norma descasada com seu aspecto econômico.

O fato de cada uma das transações isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar uma aparente legalidade, não garante a legitimidade, perante o fisco, do conjunto de operações, quando fica comprovado que os atos praticados tinham objetivo diverso daquele que lhes é próprio. O princípio da liberdade de auto-organização, mitigado que foi pelos princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva, não mais endossa a prática desses atos.

Conclui-se, pois, que o recorrente majorou artificialmente o 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 incorporações reversas e nova capitalização, em nítida inobservância da primazia da essência sobre a forma, já que seu propósito era de fato reduzir o montante de seu ganho de capital e conseqüente imposto incidente sobre essa alienação. Essa premissa fica mais evidente quando se constata que os aumentos de capital tiveram origem em um único fato econômico, o lucro obtido pelo Banco Pactual S/A, sendo que os demais aumentos de custo foram destituídos de qualquer amparo material e econômico.

Em decisões semelhantes, nos casos de outros envolvidos na operação, o CARF reiteradamente posicionou-se no sentido da ilegitimidade da majoração artificial do custo de aquisição, consoante se observa das ementas transcritas:

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 incorporações reversas e nova capitalização, em nítida inobservância da primazia da essência sobre a forma, devem ser

expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado. (Acórdão nº 2202-002.165)

....

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 incorporações reversas e nova capitalização, em nítida inobservância da primazia da essência sobre a forma, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do

novo ganho de capital apurado. (Acórdão nº 2202002.428)

.....

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE AÇÕES. CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS REFLETIDOS NAS HOLDINGS. MAJORAÇÃO ARTIFICIAL DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

Na incorporação societária é indevida a majoração do custo de aquisição na capitalização de lucros ou reservas de lucros apurados pela empresa investidora (operacional) refletidos nas investidas (holdings), apurados pelo Método de Equivalência Patrimonial, por se tratar de serem os mesmos lucros refletidos da investidora e das investidas holdings. (Acórdão nº 2201-002.196)

.....

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 incorporações reversas e nova capitalização, em nítida inobservância do Princípio da essência sobre a forma, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado. (Acórdão nº 2202-002.167)

....

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 incorporações reversas e nova capitalização, em nítido inobseância do Principio da essência sobre a forma, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado. (Acórdão nº 2202-002.166)

Quanto à alegação de erro na base de cálculo, penso que não tem passagem, já que a autoridade fiscal identificou corretamente a base de cálculo tendo, inclusive, compensado o valor tempestivamente recolhido pelo contribuinte (fls. 1052/1054).

Portanto, correto o procedimento adotado pela fiscalização de se expurgar os efeitos das seguidas capitalizações nas participações, tendo em vista que a operação implicaria em capitalização duplicada, e sem fundamentação econômica.

No que tange à multa qualificada, entendeu a autoridade autuante que a forma utilizada pelo contribuinte para a implementação da alienação de sua participação societária demonstra, inequivocamente, a intenção de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária das circunstâncias materiais do fato gerador, configurando-se a sonegação definida no art. 71 da Lei nº 4.502/1964.

Com a devida vênia, entendo que a operação praticada pelo contribuinte foi determinante para a apuração da omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas, contudo, penso que não pode ser indicativo de evidente intuito de fraude. A propósito, valho-me dos bem lançados fundamentos do Conselheiro Nelson Mallmann quando discorreu sobre o evidente intuito de fraude no Acórdão nº: 104-21.480, de 23 de março de 2006:

O evidente intuito de fraude floresce nos casos típicos de adulteração de comprovantes, adulteração de notas fiscais, conta bancária em nome fictício, falsidade ideológica, notas calçadas, notas frias, notas paralelas, etc.,

A existência de correntes doutrinárias divergentes, bem como de precedentes jurisprudências favoráveis ao negócio jurídico praticado pelo contribuinte, demonstram, na verdade, uma hipótese de erro de proibição. Com efeito, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, quando se percebe dos autos a convicção do recorrente no sentido de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios.

Nessa ordem de idéias, só posso concluir pela inaplicabilidade da multa de ofício qualificada, devendo a penalidade ser reduzida ao percentual de 75%.

Por fim, os juros de mora sobre a multa são devidos em função do § 3º do art. 113 do CTN, já que tanto a multa quanto o tributo compõe o crédito tributário, sendo, portanto, aplicáveis os mesmos procedimentos e critérios de cobrança. Esse entendimento encontra-se precedentes da 2ª Turma da CSRF: Acórdão nº 920201.806 e Acórdão nº 920201.991.

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

Processo nº 12448.735838/2011-17
Acórdão n.º **2202-002.569**

S2-C2T2
Fl. 130

Ante ao exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso, para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

(assinado digitalmente)

Eduardo Tadeu Farah