



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 12448.735954/2011-28
Recurso nº Embargos
Resolução nº **9202-000.094 – 2ª Turma**
Data 22 de fevereiro de 2017
Assunto IRPF - SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIA - GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES/QUOTAS
Embargante BRUNO MEDEIROS
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, converter o julgamento dos embargos em diligência à Unidade de Origem para levantamento da evolução do custo da participação societária, nos termos do voto da relatora, com abertura do prazo de trinta dias para manifestação do contribuinte, com retorno dos autos à conselheira relatora, para prosseguimento. Vencidos os conselheiros Ana Paula Fernandes e Fábio Piovesan Bozza (suplente convocado), que entenderam não ser necessária a realização da diligência. Solicitou apresentar declaração de voto a conselheira Ana Paula Fernandes.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente-Substituto

(Assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente em Exercício), Maria Helena Cotta Cardozo, Patricia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Fábio Piovesan Bozza (suplente convocado) e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração, às fls. 1639/1652, opostos pelo Contribuinte com fulcro no art. 65 e seguintes do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, contra o Acórdão nº 9202-003.768, de 16/2/2016, fls. 1639/1652, assim ementado:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PEDDOA FÍSICA IRPF
Ano calendário: 2006, 2009 MULTA QUALIFICADA. REQUISITOS.
ASPECTO SUBJETIVO DO INFRATOR.*

Diferentemente da multa de ofício de 75%, que é objetiva, decorre do tipo (lei) e é imposta com culpa ou dolo, a multa qualificada de 150% necessita da aferição do aspecto subjetivo do infrator, consistente na vontade livre e consciente, deliberada e premeditada de praticar a conduta ou de assumir o risco da sonegação.

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

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

*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 inadimplemento, 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 devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

*EXCLUSÃO DE MULTA E JUROS DE MORA POR APLICAÇÃO DE
NORMA INFRALEGAL. INOCORRÊNCIA.*

Somente é cabível a exclusão da imposição de penalidades e da cobrança de juros de mora na hipótese de comprovada aplicação do disposto em normas complementares às leis. A alegada observação da Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, não possui o condão de afastar essa imposição, porque tal normativo não trata especificamente do caso discutido nos autos e, conseqüentemente, não pode dar suporte à interpretação do art. 135 do RIR/99.

REP Negado e REC Negado O resultado encontra-se assim espelhado:

ACORDAM os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte. Vencidos os Conselheiros Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Ana Paula Fernandes que davam provimento parcial ao recurso para exclusão dos juros sobre a multa de ofício e os Conselheiros Patrícia da Silva, Gerson Macedo Guerra e Maria Teresa Martinez Lopez que davam provimento parcial em maior extensão. Por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional. Vencidos os Conselheiros Ana Paula Fernandes, Gerson Macedo Guerra e Maria Teresa Martinez Lopez. No Mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional. Realizaram sustentação oral os Representantes da Fazenda Nacional, Dr. Moisés de Sousa Carvalho Pereira, e do recorrido, Dr. Luis Cláudio Gomes Pinto, OABRJ 88.704.

No intuito de contextualizar a apreciação dos presentes embargos por esse colegiado, transcrevo partes do relatório do acórdão embargado de minha própria relatoria, apenas complementando-o na matéria pertinente à propositura dos embargos.

“Trata-se de Auto de Infração referente a crédito tributário do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF, apurado em relação à omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa, relativa aos anos-calendário 2006 e 2009, em face do contribuinte BRUNO MEDEIROS, no montante de R\$ 12.726.692,30, sendo R\$ 4.481.061,02, de imposto; R\$ 1.524.039,75 de juros de mora calculados até 31/10/2011 e R\$ 6.721.591,53 de multa proporcional calculada sobre o principal.

De acordo com o termo de verificação fiscal (fls. 921 a 980), a fiscalização teve como objeto a análise da operação de alienação das ações do Banco Pactual S/A, CNPJ nº 30.306.294/000145, de propriedade do sócio BRUNO MEDEIROS, precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades holdings, que detinham todas as ações do Banco Pactual. Assim, descreveu o Auditor:

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

(...)

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.

(...)No ano calendário de 2006 o contribuinte aumentou o custo das ações do Banco Pactual S.A., mediante prévia capitalização de lucros nas holdings a serem incorporadas, em valor total de R\$

32.781.997,00, sendo R\$ 15.350.457,00 na Nova Pactual Participações Ltda e R\$ 17.431.540,00 na Pactual S/A.

Nas incorporações às avessas, da sociedade investidora que só auferia lucros pela equivalência patrimonial com a sociedade investida, os lucros em curso de equivalência patrimonial da investidora incorporada não tinham capacidade, por si só, de aumentar o capital social da investida incorporadora, porque eram meros reflexos dos lucros desta.

Houve no ano calendário 2006 um substancial aumento de capital social nas holdings do Banco Pactual S.A., seguido de incorporações às avessas, até que restasse somente a pessoa jurídica do Banco Pactual S.A. Mas, no entanto, não houve qualquer aumento de capital social do Banco Pactual S.A. no ano calendário 2006.

(...)Os lucros do Banco Pactual S.A. auferidos no ano calendário 2006, além de terem sido utilizados como suporte para aumentar desproporcionalmente o custo de aquisição do sócio pessoa física, mediante capitalização do resultado de equivalência patrimonial nas holdings incorporadas, cumulativamente foram pagos no ano calendário 2007 ao mesmo sócio pessoa física alienante das ações do Banco Pactual S.A.

Foram glosados os seguintes aumentos do custo de aquisição das ações: R\$ 2.918.265,00, referentes à capitalização de lucros na investidora/incorporada Pactual Participações Ltda em 31/12/2005; R\$ 15.350.457,00, referentes à capitalização de lucros na investidora/incorporada Nova Pactual Participações Ltda em 13/10/2006; e R\$ 17.431.540,00 referentes à capitalização de lucros na investidora/incorporada Pactual S.A. em 03/11/2006.

Com as glosas, tendo em vista que não pode ser atribuída qualquer atualização monetária aos bens adquiridos após 31/12/1995 (Lei nº 9.249/95, art. 17, inciso II) e que o Sr. Bruno Medeiros constou como adquirente de participações indiretas do Banco Pactual S.A, desde 03/06/2002, foi admitido como custo de aquisição o valor pago pelo Sr. Bruno Medeiros, segundo os arquivamentos societários, de R\$ 10.923.058,14.

Tendo o Contribuinte informado na Declaração de Ajuste Anual Simplificada a tributação exclusiva do ganho de capital obtido pela alienação de suas ações do Banco Pactual S.A., referente à parcela do valor de alienação recebida no ano calendário 2006, com base em um custo de aquisição total de R\$ 46.623.071,26, foi ilicitamente omitido o ganho de capital no montante de R\$ 35.700.013,12 (R\$ 46.623.071,26 menos R\$ 10.923.058,14).

Foi prestada pelo Contribuinte informação falsa ao declarar a maior, de forma desproporcional e ilícita, o custo de aquisição das ações, omitindo parte do ganho de capital obtido, reduzindo a base de cálculo do imposto e, conseqüentemente, declarando e recolhendo um imposto de renda menor do que o devido.

Tanto pelo aspecto objetivo da antijuridicidade (tipicidade), quanto pelo aspecto subjetivo (culpabilidade), estão presentes vestígios

materiais suficientes a evidenciar a conduta dolosa do contribuinte em reduzir o imposto de renda devido, mediante prestação de informação falsa à Secretaria da Receita Federal.

Por valer-se o Contribuinte de uma falsa idéia de capitalização, na intenção de impedir o conhecimento da autoridade fazendária acerca das verdadeiras circunstâncias materiais em que ocorreu o fato gerador, sua conduta subsume-se, em tese, no conceito legal de sonegação fiscal do art. 71, da Lei nº 4.502/64.

Restando caracterizado o evidente intuito de fraude definido na citada norma, foi aplicada a multa de ofício qualificada de 150%, consoante art. 44, II, da Lei nº 9.430/1996.

Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais Processo nº 12448.735955/201172, para comunicação ao Ministério Público da prática de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária.”

Tendo o contribuinte impugnado o auto de infração (fls. 981/987), foi proferida decisão pela 21ª Turma de Julgamento da DRJ do Rio de Janeiro/RJ, que manteve a autuação do IRPF nos anos calendários 2006 e 2009. Inconformado o recorrente apresentou recurso voluntário (fls. 1169/1217).

Em sessão plenária de 13/08/2013, foi concedido provimento parcial ao recurso voluntário para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%, prolatando-se o Acórdão nº 2201-002.196 (fls.1317/1335).

A Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial (fls.1337/1358), ao qual foi dado seguimento para rediscutir a desqualificação da multa de ofício. Foram apresentadas contrarrazões pelo contribuinte (fls.1377/1396), nas quais argumenta-se pelo não conhecimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

O contribuinte apresentou, também, Recurso Especial (fls.1399/1517) sobre a parte do acórdão que lhe foi desfavorável, matéria relacionada à forma de apuração do custo de aquisição a ser considerado no cálculo do ganho de capital na operação de alienação da participação societária no Banco Pactual S/A. Ambos os recursos especiais foram admitidos, restando, portanto, o Acórdão da CSRF nº 9202-003.768, ora embargado.

Nos Embargos Declaratórios o contribuinte alega vícios no acórdão embargado. Em relação ao primeiro ponto, suas alegações se dão nos seguintes termos:

O auto de infração (AUTO) quantificou o custo dos investimentos do EMBARGANTE no Banco Pactual S.A. (BANCO) em R\$ 10.923.058,00. Esse valor foi determinado em função da glosa de três aumentos de custo considerados legítimos pelo EMBARGANTE: (a) um deles ocorrido em 31.12.2005, no valor de R\$ 2.918.265,00, decorrente da capitalização de lucros de PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA.; e (b) outros dois ocorridos em 2006, decorrentes da capitalização de lucros de NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. (NOVA PACTUAL), no valor de R\$ 15.350.457,00 e da capitalização de lucros de PACTUAL S.A. (PACTUAL), no valor de R\$ 17.431.540,00.

2.2. O ACÓRDÃO EMBARGADO reconhece que o procedimento adotado pelo AUTO não está correto, mas, mesmo assim, mantém todas glosas de custo realizadas pelo AUTO, inclusive a de R\$ 2.918.265,00 relativa à capitalização de lucros ocorrida no ano de 2005.

2.3. Para tanto, o ACÓRDÃO EMBARGADO adota as razões de decidir do Acórdão nº 9202-003.700', de 27.01.2016, segundo o qual os lucros capitalizados nas holdings decorrem de ganhos apurados pelo método da equivalência patrimonial (MEP), e, não tendo ocorrido a capitalização de lucros também na empresa operacional, tais capitalizações não poderiam aumentar o custo do investimento do investidor. Nesse sentido, cite-se o seguinte trecho do referido Acórdão nº 9202-003.700, transcrito pelo ACÓRDÃO EMBARGADO: (...)

2.4. Ocorre que o ACÓRDÃO EMBARGADO erra ao não considerar que os lucros capitalizados em PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. em 31.12.2005, e que aumentaram o custo dos investimentos do EMBARGANTE em R\$ 2.918.265,00, foram precedidos da capitalização de lucros e reservas de lucros do BANCO, a empresa operacional, como se verifica da Ata da Assembléia Geral Extraordinária (AGE) do BANCO, de 24.11.2005 (DOC. 1)

2.5. O apontado equívoco deve ser sanado, para que seja revertida a referida glosa de custo no valor de R\$ 2.918.265,00 e, assim, nessa parte, dado parcial provimento ao recurso especial do EMBARGANTE.

2.6. A ata da AGE de 24.11.2005, que deliberou a capitalização de lucros no BANCO, deve ser analisada por esta E. 2ª Turma porque (i) o art. 16, § 4º, alínea "c" do Decreto nº 70.235/72 permite a apresentação de prova documental que se destine "a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos"; e (ii) a referida ata visa justamente contrapor os argumentos trazidos pelo ACÓRDÃO EMBARGADO que, por discordar do procedimento utilizado pelo AUTO, adotou razões distintas para manter o lançamento.

2.7. Por fim, na eventualidade de esta E. 2ª Turma entender que os lucros capitalizados o Banco não poderiam amparar integralmente o aumento do custo dos investimentos do EMBARGANTE, que seja, então, aceito o aumento de custo na proporção dos lucros efetivamente capitalizados no BANCO que couberam ao EMBARGANTE.

Na seqüência, o embargante alega erro quanto à suposta glosa do aumento de custo decorrente da capitalização de lucros de 2004, nas seguintes palavras:

3.1. Como visto na seção anterior, e conforme demonstrado na tabela abaixo, o AUTO glosou três aumentos no custo de aquisição dos investimentos do EMBARGANTE no BANCO:

Custo de Aquisição declarado pelo EMBARGANTE:	R\$ 46.623.232,64
1ª GLOSA: aumento do custo de aquisição decorrente da capitalização de lucros de PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. (31.12.2005):	R\$ 2.918.265,00
2ª GLOSA: aumento do custo de aquisição decorrente da capitalização de lucros de NOVA PACTUAL (13.10.2006):	R\$ 15.350.457,00
3ª GLOSA: aumento do custo de aquisição decorrente da capitalização de lucros de PACTUAL (01.11.2006):	R\$ 17.431.540,00
Custo de aquisição considerado pelo AUTO:	R\$ 10.923.058,00

3.2. Todavia, além das três glosas de custo acima ACÓRDÃO EMBARGADO considera mais uma, decorrente capitalização de lucros realizada em 31.12.2004, como se verifica do trecho abaixo transcrito:

(c) podemos concluir que as capitalizações de lucros realizadas no ano-calendário de 2004, 2005 e 2006 não podem ter qualquer efeito no custo de aquisição da participação alienada."

3.3. *No parágrafo seguinte, o ACÓRDÃO EMBARGADO não apenas menciona terem sido glosados quatro - e não três - aumentos do custo de aquisição, como, ao aplicar "o procedimento defendido pelo Conselheiro Luiz Eduardo no voto transcrito" (Acórdão nº 9202-003.700, de 27.01.2016) para apuração do custo de aquisição entendido por esta E. Turma como correto, leve em consideração quatro aumentos de custo de aquisição:*

Repara-se que o valor acima calculado é muito inferior ao referido montante de R\$ 10.923.058,14, considerado como custo na apuração do ganho de capital Pela autoridade autuante, o que torna despicendo buscar qualquer ajuste nesse valor."

3.4. *Assim, o apontado equívoco também deve ser retificado, tendo em vista que, nas contas feitas pelo ACÓRDÃO EMBARGADO, jamais poderiam ser levados em consideração os lucros capitalizados em 2004, que não foram objeto de glosa no AUTO.*

Relativamente ao vício apontado em relação a glosa referente ao ano de 2004, foi encaminhado no despacho de admissibilidade de embargos que o acórdão embargado, em momento algum, atribuiu nova cobrança em relação ao autuado, conforme podemos observar da leitura do voto. Todavia, importante salientar que o julgador não está vinculado ao fundamento das partes ao apreciar o recurso, somente não pode exarar uma decisão extrapetita. Transcrevo trecho do despacho e do acórdão embargado apenas para esclarecer a motivação acerca do inexistência Na verdade, ao contrário do argumentado, não existe qualquer vício no acórdão embargado em relação a este segundo ponto. Para que se possa entender o contexto de ter a relatora mencionada o ano de 2004, deve-se ter em mente a integralidade do voto apresentado, e não apenas trechos do mesmo, trazidos pelo recorrente. Assim, passo a transcrever o voto já apresentado, com destaques apenas para os trechos que esclarecem a inexistência do vício alegado:

*[...]Verifico, ainda, a propósito a partir do valor concedido pela fiscalização (R\$ R\$ 10.923.058,14) que, uma vez sendo glosadas as quatro capitalizações ocorridas em 2004, 2005, 2006, **aplicando-se assim o procedimento defendido pelo Conselheiro Luiz Eduardo no voto transcrito**, o valor do tributo devido seria maior do que o originalmente lançado, uma vez que se atingiria um montante de custo a ser concedido de aproximadamente R\$ 6,24 milhões, conforme a seguir apurado:*

Repara-se que o valor acima calculado é muito inferior ao referido montante de R\$ 10.923.058,14, considerado como custo na apuração do ganho de capital pela autoridade autuante, o que torna despiciendo buscar qualquer ajuste nesse valor.

Pelos destaques apresentados no trecho transcrito, a inclusão do ano de 2004, tem por base unicamente a interpretação acolhida pela relatora quanto ao fato que as capitalizações de lucros realizadas pela empresa não poderiam ter qualquer efeito no custo da participação alienada para efeitos do custo na apuração do ganho de capital. Isso ficou muito bem esclarecido como citado: "*Verifico, ainda, a propósito a partir do valor concedido pela fiscalização (R\$ R\$ 10.923.058,14) que, uma vez sendo glosadas as quatro capitalizações ocorridas em 2004, 2005, 2006, aplicando-se assim o procedimento defendido pelo Conselheiro Luiz Eduardo no voto transcrito, o valor do tributo devido seria maior do que o originalmente lançado, uma vez que se atingiria um montante de custo a ser concedido de aproximadamente R\$ 6,24 milhões, conforme a seguir apurado:*"

Isto posto, não vislumbro qualquer vício no acórdão embargado que enseje reapreciação pelo colegiado, ou mesmo que seja capaz de alterar o resultado proferido, tendo em vista os fundamentos constantes da integralidade do voto apresentado. Note-se que os argumentos apresentados demonstram apenas o inconformismo, por parte do embargante, quanto à rejeição do cálculo do custo por ele efetuado, o que não pode ser acatado.

Os Embargos foram acolhidos parcialmente (Despacho CSRF – 2ª Turma, datado de 24/10/2016 - fls.1655/1666), somente em relação ao primeiro ponto abordado, para que seja levado ao colegiado a argumentação de que os lucros capitalizados em PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA em 31/12/2005, e que aumentaram o custo dos investimentos do EMBARGANTE em R\$ 2.918.265,00, foram precedidos da capitalização de lucros e reservas de lucros do BANCO, ensejando a possibilidade de reversão da glosa.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

Pressupostos De Admissibilidade

Os Embargos de Declaração opostos pelo Contribuinte, inicialmente, atendem aos pressupostos de admissibilidade, conforme Despacho de Exame de Admissibilidade de Embargos de Declaração. Assim, passar a apreciar a questão.

Da Análise dos Embargos

Apenas, para esclarecer trata-se de Auto de Infração referente a crédito tributário do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF, apurado em relação à omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa, relativa aos anos-calendário 2006 e 2009, em face do contribuinte BRUNO MEDEIROS, no montante de R\$ 12.726.692,30, sendo R\$ 4.481.061,02, de imposto; R\$ 1.524.039,75 de juros de mora calculados até 31/10/2011 e R\$ 6.721.591,53 de multa proporcional calculada sobre o principal.

Os Embargos foram acolhidos para que seja levado ao colegiado a argumentação de que os lucros capitalizados em PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA em 31/12/2005, e que aumentaram o custo dos investimentos do EMBARGANTE em R\$ 2.918.265,00, foram precedidos da capitalização de lucros e reservas de lucros do BANCO, ensejando a possibilidade de reversão da glosa.

Quanto a este ponto, entendo que razão assiste ao recorrente no sentido de que o acórdão embargado não levou em consideração a possibilidade de existência de lucros capitalizados em PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. em 31.12.2005, e por conseqüência a possibilidade desse fato ensejar o aumento do custo dos investimentos, conforme argumentado pelo embargante, já que segundo ele, foram precedidos da capitalização de lucros e reservas de lucros do BANCO, a empresa operacional, segundo verifica da Ata da Assembléia Geral Extraordinária (AGE) do BANCO, de 24.11.2005 (**DOC. 1**).

Dessa forma, entendo que os embargos devem ser acolhidos para que seja levada a questão ao colegiado, identificando a procedência dos argumentos colacionados pelo embargante, manifestando-se a respeito.

Diante do exposto, entendo devam ser admitidos os presentes embargos.

Do mérito

Trata-se de litígio relacionado à apuração de custo, a ser computado quando do cálculo do ganho de capital decorrente da alienação de ações pelo autuado, com a contraprestação recebida em parcelas. Neste ponto, o embargante argumenta:

2.2. O ACÓRDÃO EMBARGADO reconhece que o procedimento adotado pelo AUTO não está correto, mas, mesmo assim, mantém todas glosas de custo realizadas pelo AUTO, inclusive a de R\$ 2.918.265,00 relativa à capitalização de lucros ocorrida no ano de 2005.

2.3. Para tanto, o ACÓRDÃO EMBARGADO adota as razões de decidir do Acórdão nº 9202-003.700', de 27.01.2016, segundo o qual os lucros capitalizados nas holdings decorrem de ganhos apurados pelo método da equivalência patrimonial (MEP), e, não tendo ocorrido a capitalização de lucros também na empresa operacional, tais capitalizações não poderiam aumentar o custo do investimento do investidor. Nesse sentido, cite-se o seguinte trecho do referido Acórdão nº 9202-003.700, transcrito pelo ACÓRDÃO EMBARGADO:

2.4. Ocorre que o ACÓRDÃO EMBARGADO erra ao não considerar que os lucros capitalizados em PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. em 31.12.2005, e que aumentaram o custo dos investimentos do EMBARGANTE em R\$ 2.918.265,00, foram precedidos da capitalização de lucros e reservas de lucros do BANCO, a empresa operacional, como se verifica da Ata da Assembléia Geral Extraordinária (AGE) do BANCO, de 24.11.2005 (DOC. 1)

2.5. O apontado equívoco deve ser sanado, para que seja revertida a referida glosa de custo no valor de R\$ 2.918.265,00 e, assim, nessa parte, dado parcial provimento ao recurso especial do EMBARGANTE.

2.6. A ata da AGE de 24.11.2005, que deliberou a capitalização de lucros no BANCO, deve ser analisada por esta E. 2ª Turma porque (i) o art. 16, § 4º, alínea "c" do Decreto nº 70.235/72 permite a apresentação de prova documental que se destine "a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos"; e (ii) a referida ata visa justamente contrapor os argumentos trazidos pelo ACÓRDÃO EMBARGADO que, por discordar do procedimento utilizado pelo AUTO, adotou razões distintas para manter o lançamento.

Confrontam-se aqui duas teses jurídicas fundamentais, assim sintetizadas:

a) A tese de impossibilidade de majoração do custo, pelos acionistas das holdings do Grupo Pactual, quando da capitalização de lucros originados via Método de Equivalência Patrimonial que permaneceram na disponibilidade do Grupo Pactual, mesmo após as referidas capitalizações e incorporações realizadas nas holdings do grupo, caracterizada, inclusive, no litígio em questão, fraude à fiscalização tributária (tese da autoridade fiscal), *versus* b) A plena aplicabilidade do art. 135 do RIR/99, inclusive no caso de capitalização de lucros originados de resultados auferidos via Método de Equivalência Patrimonial (tese do autuado).

In casu, noto que, ainda que o custo de aquisição adotado pela autoridade lançadora esteja perfeitamente esclarecido e respaldado, na forma de cálculo constante às fls. 24 do acórdão recorrido e fls. 45 do Termo de verificação fiscal, entendo que na decisão ora embargada ao trazer que todos os aumentos de custo decorrentes das capitalizações deveriam ser glosados (adotando tese do Conselheiro Luiz Eduardo no Processo 12448.736152/201135, Acórdão nº 9202003.700), não foi suficientemente enfrentado o fato alegado de que a capitalização de lucros e reservas de 31/12/2005, realizada pela pessoa jurídica investidora e considerada pelo contribuinte para elevação do custo de sua participação societária nessa pessoa jurídica, no valor de R\$ 2.918.265,00 estaria - ou não - suportada pela capitalização correspondente de lucros e reservas na pessoa jurídica operacional investida.

Entendo, assim, inicialmente necessário que se esclareça, de forma exaustiva, de que forma o contribuinte atingiu este montante, a partir de cada investimento inicial ou capitalização ocorrida nas empresas Holdings e no Banco Pactual, através de demonstrativo detalhando, especificamente, o aumento de custo promovido a cada evento societário, acompanhado das respectivas atas e boletins de subscrição, se ainda não anexadas aos autos.

Adicionalmente, mesmo que tendo compreendido a lógica reversa da autoridade fiscal utilizada para fins de recálculo do custo a ser atribuído às ações (que parte do pressuposto de que só caberia ao contribuinte à título de custo, na forma do art. 135 do RIR/99, a sua parcela de participação no patrimônio líquido na Pactual S/A antes da incorporação pelo Banco, patrimônio este indubitavelmente composto exclusivamente pelo investimento inicial dos acionistas e lucros não distribuídos mas retidos no Banco Pactual S/A, uma vez que o patrimônio líquido do Banco Pactual S/A, em se tratando a Pactual S/A de holding puramente não operacional, detentora de 100% do Banco, se confunde, em termos de valor, com o patrimônio líquido da referida holding quando da incorporação), entendo que devesse tal recálculo deva ser validado à luz do mesmo art. 135 do RIR/99, mesmo que se venha a adotar a tese de impossibilidade de capitalização de lucros originados pelo Método de Equivalência Patrimonial.

Ou seja, me posiciono no sentido de que, a fim de que se reste seguro na determinação do cálculo do custo a ser atribuído as ações face a situação particular desse lançamento e da argumentação trazida em sede de embargos, para ambas as hipóteses, se deva ainda, a cada aumento efetuado via capitalização de lucros, poder segregar o quanto do montante capitalizado efetivamente proveio de resultados de equivalência patrimonial e o quanto não, mesmo aqui considerada a evidência nos autos de que todas as capitalizações provieram de resultados exclusivamente auferidos em investidas via Método de Equivalência Patrimonial e originariamente auferidos no Banco Pactual S/A, evidência esta que porém, não julgo suficientemente esclarecedora de forma a firmar minha convicção.

Entendo, a propósito, que tal validação esclarecedora, possa ser feita através da **obtenção de informação adicional** :

Nas empresas Pactual S/A (CNPJ 02.220.758/0001-60), Nova Pactual Participações Ltda. – antiga Pactual Participações S/A (CNPJ 02.220.756/0001-71), Pactual Holdings S/A (CNPJ 02.220.757/0001-16), Pactual Participações Ltda. (CNPJ 02.244.808/0001-40) e Banco Pactual S/A (CNPJ 30.306.294/0001-45), do **razão analítico** para:

1) todas as contas patrimoniais envolvidas em quaisquer investimentos iniciais, aumentos de capital, apuração e destinação de resultados e eventos societários (todas as contas de patrimônio líquido, eventuais contas de passivo utilizadas para fins de capitalização, como créditos a receber por acionistas e contrapartidas ativas decorrente da integralização e, ainda, contas de apuração e destinação de resultados), **desde o investimento inicial do autuado em empresas do grupo Pactual** até a alienação de ações ocorridas em 2006.

2) as contas patrimoniais destinadas ao registro de Investimentos e para aquelas que registraram os resultados auferidos via Método de Equivalência Patrimonial, acompanhado, aqui, dos devidos balanços/balancetes da respectiva investida que suportaram tal contabilização, também para o mesmo período, desde o investimento inicial do autuado em empresas do grupo Pactual até a alienação de ações ocorridas em 2006.

3) as informações constantes em atos societários que embasam os lançamentos e saldos contábeis registrados, relativos aos itens 1 e 2 acima.

Assim, resumindo as considerações acima, voto no sentido de converter o julgamento em diligência, a fim de que sejam obtidos os elementos referentes ao itens 1 a 3 acima, especialmente com apresentação:

a) Livro razão analítico ou fichas contendo os lançamentos individualizados para todas as contas patrimoniais envolvidas em quaisquer investimentos iniciais de acionistas, aumentos de capital, apuração e destinação de resultados, criação/destinação de reservas e eventos de reorganização societária (ou seja, razão de todas as contas de patrimônio líquido e de apuração e destinação de resultados, eventuais contas de passivo utilizadas para fins de capitalização, como créditos a receber por acionistas, bem como contrapartidas ativas decorrente da integralização), com o período do razão para tais contas abrangendo desde o investimento inicial pelo autuado em quaisquer empresas do grupo Pactual até a alienação de ações ocorridas em dez./2006.

b) Livro razão analítico ou fichas contendo os lançamentos individualizados para as contas patrimoniais destinadas ao registro de investimentos e, ainda, para aquelas destinadas a registrar os resultados auferidos via Método de Equivalência Patrimonial, acompanhado dos devidos balanços/balancetes da respectiva investida que suportaram tal contabilização, também para o mesmo período, desde o investimento inicial do autuado em quaisquer empresas do grupo Pactual até a alienação de ações ocorridas em dez./2006.

c) Excertos do livros-diário, com a formalidade devida, onde estejam registrados os lançamentos constantes dos livros-razão citados nos itens a e b supra, acompanhados de suas contrapartidas.

d) documentos relativos aos atos societários que embasam as informações contábeis.

O resultado da diligência deverá ser encaminhado através de relatório circunstanciado, com a devida ciência à autuada, abrindo-se prazo de 30 dias para sua manifestação.

Conclusão

Face o exposto, voto por CONHECER DOS EMBARGOS, para CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, nos termos descritos acima.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

Declaração de Voto

Conselheira Ana Paula Fernandes

Em que pese o excelente voto da relatora discordo do encaminhamento dado a questão. A relatora entende que para o recálculo requerido, este deve ser validado à luz do mesmo art. 135 do RIR/99 combatido, contudo, para isso necessita de informações adicionais que não foram buscadas pelo auditor no curso do Procedimento Fiscal.

A meu ver se faltam elementos para executar o auto de infração é por que o lançamento não se sustenta. Portanto, não é possível que diligências sejam realizadas para que a execução venha a ser dimensionada.

Tal situação apenas ressalta a problemática de um auto de infração eivado de vício, o que já fora salientado na discussão de mérito, cuja problemática trata de uma questão não proibida por lei, que passou a ser coibida pelo Fisco sem apoio do texto legal, pois se assim não fosse, não teríamos problemas na execução, muito menos teríamos o mesmo fato gerador tratado de modo tão diversos pelos vários autos de infração, que se encontram em discussão perante este Tribunal Administrativo. O que nos leva a imaginar que cada auditor criou um sistema próprio de averiguação e cálculo do tributo.

Diante do exposto, observo que não há forma de validação do auto de infração que origina este processo, isso por que o mesmo está eivado de vício insanável que o torna impossível de execução, o que não pode ser sanado em sede de análise de divergência, nesta Câmara Superior de Recursos Fiscais.

(assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes