



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

Processo n° 12448.735988/2011-12
Recurso n° Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão n° 9202-003.959 – 2ª Turma
Sessão de 10 de maio de 2016
Matéria IRPF
Recorrentes Fazenda Nacional
Alessandro Monteiro Morgado Horta

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 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.

TAXA SELIC. JUROS DE MORA INCIDENTE SOBRE MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 24/06/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 27/06/2016 por CARLOS ALBERTO MOREIRA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 24/06/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 27/06/2016 por HILTON FLORES DE ANDRADE, Assinado digitalmente em 27/06/2016 por GERSON MACEDO GUERRA, Assinado digitalmente em 27/06/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI

Impresso em 28/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

provimento ao Recurso Especial do Contribuinte. Vencidos os Conselheiros Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (Relatora), Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, Gerson Macedo Guerra e Maria Teresa Martinez Lopez, que deram provimento ao recurso. Os Conselheiros Ana Paula Fernandes e Gerson Macedo Guerra apresentarão declaração de voto. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior. Por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional. Vencidos os Conselheiros Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, Gerson Macedo Guerra e Maria Teresa Martinez Lopez, que negaram provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

(Assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

(Assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Redator-designado.

(Assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes

(Assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra

EDITADO EM: 24/06/2016

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente), Maria Teresa Martinez Lopez (Vice-Presidente), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo, Patricia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior e Gerson Macedo Guerra.

Documento assinado digitalmente em 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 24/06/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 27/06/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Assinado digitalmente em 24/06/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 24/06/2016 por ANA PAULA FERNANDES, Assinado digitalmente em 24/06/2016 por GERSON MACEDO GUERRA, Assinado digitalmente em 27/06/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI

Impresso em 28/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

Contra o contribuinte foi lavrado auto de infração para cobrança de crédito tributário decorrente da omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas de empresa não negociadas em bolsa. Os fatos geradores ocorreram nos anos de 2006 e 2009 e decorreram da alienação à UBS Brasil Participações Ltda. de ações de propriedade do contribuinte, de emissão de Banco Pactual S.A. O crédito gerado foi de R\$ 18.459.355,52, sendo R\$ 6.521.435,99, de imposto; R\$ 2.155.765,55 de juros de mora calculados até 30/9/2011 e R\$ 9.782.153,98 de multa proporcional calculada sobre o principal.

Conforme esclarecido no relatório da Delegacia Fiscal de Julgamento:

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

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

Verificou-se um acréscimo no custo das ações alienadas do Banco Pactual S/A pertencentes ao acionista Alessandro Monteiro Morgado Horta da ordem de 385%, 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 89% conforme Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica DIPJ da instituição financeira relativa ao ano-calendário de 2006. Constatou-se, assim, uma total 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.

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

Documento assinado digitalmente conforme Lei nº 11.363/2006 em 08/2001

Autenticado digitalmente em 24/06/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 27/

06/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS DE SOUZA, Assinado digitalmente em 09/05/2006, entre a pessoa jurídica UBS AG, a pessoa jurídica Pactual S.A (controladora

4/06/2016 por GERSON MACEDO GUERRA, Assinado digitalmente em 27/06/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA

BACCHIERI

Impresso em 28/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 Companhia.

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

Em 01/11/2006, o capital social da Pactual S/A foi aumentado em R\$ 3.862.542,92, passando para R\$ 101.698.838,85, com a

conseqüente emissão de duas ações preferenciais subscritas pelos acionistas André Santos Esteves e Gilberto Sayão da Silva e integralizadas mediante a capitalização de créditos por eles detidos contra a sociedade.

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

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

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

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

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

Conclui-se que o custo da ação alienada por cada acionista tem como base a participação de cada um deles no capital social da Pactual S/A, em 01/12/2006. Todavia, o contrato firmado na compra e venda do Banco Pactual S/A determinava que, entre a data da celebração do negócio e a data da efetivação do mesmo os lucros auferidos seriam objeto de distribuição aos antigos proprietários, de tal forma, que em 22/02/2007, os acionistas alienantes, àquela época exacionistas, receberam de dividendos o montante de R\$ 290.754.000,06. Tal montante, portanto, refere-se a lucros auferidos até 01/12/2006 e, para que pudessem ser distribuídos deveriam estar incluídos no patrimônio líquido da Pactual S/A. Por isso, esta parcela deve ser deduzida do custo de aquisição apurado.

Com isso, chega-se ao custo das ações alienadas pelo Contribuinte, que é de R\$ 25.650.412,21, correspondente a 3,00% do total da sociedade.

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.

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 I o e 2o da Lei 8.137/90.

O ato praticado vai contra as palavras e espírito da lei (art. 135 do RIR/99), apesar de o contribuinte fiscalizado afirmar que nela se baseou. Mesmo que isso fosse verdade, o ato preservaria a letra da lei, mas ofenderia o espírito dela, envolvendo o abuso do direito, intimamente ligado à idéia segundo a qual não há direito ilimitado.

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

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

Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais – Processo nº 12448.735989/201167, a qual se encontra em anexo, para comunicação ao Ministério Público da prática de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária.

Em sua impugnação o Contribuinte pugna pelo cancelamento do auto de infração, defende a legalidade das operações e explica as características e o porque do negócio jurídico realizado. Insurge-se contra a aplicação da multa de 150% e contra os juros sobre a multa.

Acordaram os membros da 21ª Turma de Julgamento da DRJ do Rio de Janeiro/RJ, por unanimidade de votos, em julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Em Recurso Voluntário o Contribuinte reitera suas argumentações e, posteriormente, para reforçar sua tese, junta aos autos decisão favorável proferida pela 1ª Câmara em caso similar (Acórdão nº 2101-01.938).

A 2ª Turma Ordinária da 2ª. Câmara da 2ª. Seção, por meio do acórdão 2202-002.258, por maioria de votos, reduziu a multa de ofício ao percentual de 75% e excluiu

da exigência a taxa Selic incidente sobre a multa de ofício. Referido julgado recebeu a seguinte emenda:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA
IRPF*

Ano calendário: 2006, 2009

OMISSÃO DO GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. MAJORAÇÃO ARTIFICIAL DO CUSTO DE AQUISIÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS DE LUCROS REFLETIDOS NAS EMPRESAS HOLDINGS PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL.

É indevida a majoração do custo de aquisição na capitalização de lucros ou reservas de lucros apurados na empresa investidora pelo Método de Equivalência Patrimonial refletidos nas empresas holdings investidoras, do mesmo lucro da sociedade investida, disponível para capitalização ou retiradas.

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societário alienada, mediante a capitalização indevida de lucros e reservas refletidos da investidora, decorrentes dos ganhos avaliados pelo método da equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, devem ser expurgados os acréscimos indevidos, ou apurado o custo de aquisição da participação societária em função do patrimônio líquido da sociedade alienada, com a conseqüente tributação do efetivo ganho de capital.

MULTA QUALIFICADA. DOLO OU FRAUDE

Incabível a multa qualificada quando não restar comprovado de forma firme e estreme de dúvidas o dolo específico ou fraude do sujeito passivo no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador, de excluir ou modificar as suas características essenciais.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Incabível a incidência de juros sobre a multa de ofício por falta de previsão legal.

Citando como paradigmas aos acórdãos nº CSRF/9202- 01.779 e CSRF/9101- 00.539, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial contra a parte da decisão que desqualificou a multa e a que afastou a incidência de juros sobre a multa de ofício. Após exame de admissibilidade o recurso foi recebido apenas no que tange a discussão da incidência dos juros sobre a multa de ofício.

O contribuinte apresentou contrarrazões e também o seu Recurso Especial, baseado no mesmo acórdão juntado após a interposição do Recurso Voluntário (Acórdão nº 2102-01.938) com a seguinte emenda:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE
IRRF*

Ano calendário: 2006

*IRPF. GANHO DE CAPITAL. INEXISTÊNCIA DE
SIMULAÇÃO.*

Há um consenso entre a Doutrina e a Jurisprudência quanto ao fato de que são considerados simulados os atos realizados pelas partes quando a intenção delas não corresponde àquela expressa pelos atos efetivamente realizados (ou exteriorizados). Por outro lado, quando os atos praticados revelam exatamente a intenção das partes, não há que se falar em simulação.

*IRPF. GANHO DE CAPITAL NA VENDA DE PARTICIPAÇÃO
SOCIETÁRIA. APURAÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.
INCORPORAÇÃO REVERSA. CAPITALIZAÇÃO DOS
LUCROS. APLICAÇÃO DO ART. 135 DO RIR/99.*

O art. 135 do RIR/99 prevê expressamente que “no caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista”. A lei não prevê qualquer exceção à aplicação da norma, de forma que, para afastá-la, deverá ser demonstrada pela fiscalização a sua inaplicabilidade ao caso concreto.

Diante da falta de tal demonstração, não pode prevalecer o lançamento.

Tal recurso, aborda os seguintes pontos: legalidade das operações realizadas e do método de equivalência patrimonial, o art. 135 do RIR/99 e sua aplicação ao aumento do custo de aquisições dos investimentos feitos pelo Contribuinte, mostra-se contrário ao arbitramento do custo de aquisição realizado pela autoridade fiscal, especialmente pelo fato de inexistir procedimento uniforme para cálculo do valor de ganho de capital apurado nas diversas autuações efetuadas junto aos demais acionistas. Requer, ainda o afastamento da multa e dos juros em razão da aplicação do art. 100, parágrafo único do CTN.

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Relatora

O presente processo teve seu julgamento inicialmente marcado para o dia 12 de abril de 2016, data em que foi realizada sustentação oral pelo Procurador do Contribuinte e distribuído aos Conselheiros parecer jurídico acerca do assunto debatido.

Conforme ata publicada o resultado provisório do julgamento foi no seguinte sentido: *Vista para a Conselheira Ana Paula Fernandes, convertida em vista coletiva. Realizou sustentação oral o patrono do recorrente, Dr. Hermano Antonio do Cabo Notaroberto Barbosa, OAB/RJ 127.529. A Conselheira Relatora votou por negar provimento aos Resp do Contribuinte e da Fazenda Nacional. Os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Maria Helena Cotta Cardozo e Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira votaram por negar provimento ao Resp do Contribuinte e dar provimento ao Resp da Fazenda Nacional. A Conselheira Patrícia da Silva votou por dar provimento ao Resp do Contribuinte e negar provimento ao Resp da Fazenda Nacional.*

Observando as normas regimentais o processo retorna para julgamento nesta sessão, e embora já tenha me manifestação sobre o mérito da questão, com base no art. 58, §3º do Regimento Interno deste Conselho Administrativo, passo agora a fundamentar meu novo entendimento sobre a lide.

Da preliminar de nulidade absoluta do auto de infração:

Conforme esclarecido no relatório foi lavrado auto de infração em razão da suposta omissão de ganho de capital na alienação de ações, haja vista a duplicidade de capitalização de lucros e reservas pela utilização do Método da Equivalência Patrimonial, onde entendeu o fiscal ter havido por parte do contribuinte abuso de direito na interpretação dada ao art. 135 do RIR/99.

No entendimento do Fisco, o dispositivo legal acima citado só permitiria ao contribuinte considerar para fins de o aumento do custo de aquisição de suas quotas sociais uma das capitalizações realizadas. Com base nesta premissa apurou-se a diferença do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física relativo ao Ganho de Capital decorrente da alienação dessas ações, tendo sido realizado o seguinte método para apuração da respectiva base de cálculo:

2 DOS CRITÉRIOS DE APURAÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

A Fiscalização tomou como base para o cálculo do custo do investimento do recorrente a sua participação no patrimônio líquido da empresa Pactual Holding S.A., no valor de R\$ 1.149.610.206,41, antes de sua incorporação pelo Banco Pactual S.A. Acredita a Fiscalização que o patrimônio líquido da aludida empresa, por ter sido a última a participar das operações de capitalização de resultados positivos decorrentes do MEP, representaria, perfeitamente, a base para o cálculo do custo da participação de cada um dos sócios. Em outra conta para chegar ao mesmo resultado, a Fiscalização somou o valor do patrimônio líquido de cada sociedade investida/ incorporadora no evento "incorporação às avessas" (além de uma pequena diferença oriunda do resultado da Pactual Holding S.A. nos meses anteriores à sua incorporação pelo Banco Pactual S.A.), e chegou ao mesmo montante: R\$ 1.149.610.206,41.

fiscalização deduziu da base para cálculo do custo do investimento dos sócios o valor dos dividendos por eles recebidos a posteriori, chegando ao valor final de R\$ 858.876.206,35.

Por fim, identificada a base de cálculo, bastou à fiscalização aplicar o percentual que cada sócio detinha no patrimônio líquido da Pactual Holding S.A. (no caso do recorrente, 3 %), para chegar ao alegado valor do custo de aquisição do investimento do recorrente R\$ 25.650.412,21.

(Parte retirada da declaração de voto do Conselheiro Rafael Pandolfo juntada no acórdão recorrido)

E é exatamente esse procedimento de fixação da base de cálculo que me leva a concordar com os argumentos expostos pelo Contribuinte e compartilhado pela Declaração de Voto do Conselheiro Rafael Pandolfo, no sentido de haver vício material insanável do lançamento. Isso porque, viola o art. 148 do CTN o lançamento cuja base de cálculo tenha sido arbitrada sem que tenha restado comprovado nos autos a ocorrência dos requisitos autorizativos da norma legal, quais sejam: deixar o contribuinte de apresentar declarações ou esclarecimentos, deixar de expedir documentos obrigatórios ou uma vez apresentados os documentos, declarações e esclarecimentos esses não mereçam fé.

Vejamos o teor do dispositivo citado:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Ora, não se discute que revela-se plenamente possível o arbitramento da base de cálculo do imposto pelo órgão fazendário competente sempre que sejam omissos ou não mereçam fé os esclarecimentos, as declarações, os documentos ou os recolhimentos prestados, expedidos ou efetuados pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado, mediante procedimento regular, por meio do qual fixará o valor na forma e nas condições regulamentares, entretanto, tais condições demonstram que trata-se de metodologia cuja aplicação é excepcional.

Maria Rita Ferragut, em sua obra intitulada *Presunções no Direito Tributário*, ao definir o arbitramento nos traz exatamente esses esclarecimentos:

Já a segunda hipótese de significado diz respeito à base de cálculo originalmente substitutiva. A substituição da base de cálculo originalmente prevista na legislação - correspondente à perspectiva mensurável do critério material da regra-matriz de incidência construído a partir do texto constitucional - por outra subsidiária dá-se em virtude da inexistência de documentos fiscais, ou da impossibilidade dos mesmos fornecerem critérios seguros para mensuração do fato, casos em que a base de

cálculo substitutiva visa possibilitar a prova indireta da riqueza manifestada no fato jurídico.

...

Diante dessas características, verifica-se, primeiramente, que o arbitramento é dotado de caráter excepcional, e só deve ser exercido em casos extremos, já que a base de cálculo originária é a que deve ser utilizada por ser a prevista na regra-matriz de incidência tributária e por guardar, a princípio, relação direta com as riquezas constitucionalmente previstas.

O próprio princípio da verdade material inerente às demandas administrativas nos impõe concluir que o procedimento de arbitramento é realmente a última solução para o cálculo de um tributo, devendo ser adotado apenas depois de esgotados todos os outros meios de provas legais, quando não é possível, de nenhuma maneira, conhecer, ao menos aproximadamente, a efetiva realidade arbitrada.

Entende-se, com base no art. 142 do CTN, que o lançamento tributário é procedimento de competência exclusiva da autoridade administrativa fiscal, cujo objetivo é verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, culminar penalidade.

Assim, apesar de a norma prever como possível a utilização do arbitramento esse poder-dever do Administrador não é discricionário. Conforme entendimento unânime da doutrina, o lançamento é procedimento composto pela sucessão de atos administrativos vinculados e como tal deve - quando da sua realização - obedecer aos princípios constitucionais do art. 37, especialmente ao da legalidade.

Como se observa dos autos, inclusive pelos esclarecimentos suscitados no próprio relatório fiscal, o Contribuinte em momento algum se furtou a apresentar documentos, prestar as informações e esclarecimentos necessários à delimitação das discussões, em momento algum foi alegada a idoneidade dos documentos ou esclarecimentos, e no mais toda a operação - por sua natureza - foi inclusive autorizada e fiscalizada pelo Banco Central. Diante disto, o correto seria que o fiscal tivesse diligenciado no intuito de apurar o verdadeiro custo de aquisição das ações comercializadas desde a realização da primeira capitalização ocorrida na Novo Pactual Ltda.. Ao contrário, para apuração da base de cálculo utilizou-se de operação aritmética e correlações para as quais não há respaldo jurídico, gerando um lançamento eivado de vício.

E aqui entendo tratar-se de vício material pois estamos diante de erro que violando a lei maculou o lançamento em sua essência, na própria aplicação da regra matriz de incidência. Entendo que erro na construção da base de cálculo é erro que não pode ser sanado pela Autoridade Julgadora face à competência exclusiva delegada pelo já mencionado Art. 142 do CTN à autoridade fiscal, levando à nulidade do lançamento e, por conseguinte, à inexigibilidade do crédito tributário.

Do mérito do recurso do Contribuinte:

Vencida quanto a preliminar arguida, passo à análise do mérito.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele conheço.

Trata-se de matéria já debatida neste Conselho, onde após a realização de sustentações pelas partes indicando os principais pontos controversos da lide e tecendo suas explicações, esse colegiado vem adotando entendimento construído pelo Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, relator no Acórdão nº 9202-003.700.

Por hora, apesar de discordar da conclusão final da lide adotada pelo Ilustre Conselheiro, no que tange a forma de aplicação do método da equivalência patrimonial utilizado para apuração do ganho de capital, diante da evolução histórica da legislação e das circunstâncias da operação, entendo não haver reparos a ser feito ao coerente raciocínio aplicado pelo julgador. Vejamos:

O deslinde da questão se resume à correta interpretação da legislação aplicável ao caso de capitalização de lucros de uma pessoa jurídica, no tocante à atualização do custo de aquisição das participações societárias mantidas pelos proprietários dessa pessoa jurídica. Pela complexidade do tema, dividirei meu voto em quatro partes, a saber: (a.I) a delimitação do problema a ser enfrentado, (a.II) a interpretação correta da legislação aplicável, (a.III) a aplicação da legislação ao caso dos autos e (a.IV) conclusão.

a.I – Delimitação do Problema

Vejamos aqui o dispositivo central da discussão: o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro 1995, base legal do art. 135 do Decreto nº 3.000, de 1999, expressamente referido no auto de infração, in verbis:

Art. 10. ...

Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

Com base nesse dispositivo, o aumento de capital, realizado por uma pessoa jurídica, por incorporação de lucros, implica o aumento proporcional do custo de aquisição da participação societária de seus proprietários.

Para exemplificar essa determinação, considere uma participação societária correspondente a 100% do capital de uma pessoa jurídica (detida por dois sócios, pessoas físicas), adquirida por R\$ 1.000,00. Considere, também, que essa pessoa jurídica, em seguida, tenha auferido um lucro de R\$ 100,00 e o tenha capitalizado. Considere, por fim, que os sócios tenham alienado essa participação societária a terceiros por R\$ 1.500,00.

Nesse caso, em que pese os sócios terem adquirido a participação societária por R\$ 1.000,00 e, posteriormente, a alienado por R\$ 1.500,00, o ganho de capital apurado não seria de R\$ 500,00, mas apenas de R\$ 400,00. Isso porque os lucros

de R\$ 100,00, capitalizados, têm o condão de aumentar o custo de aquisição da participação societária e, conseqüentemente, de diminuir o ganho de capital.

Dessa forma, de uma maneira simples e apressada, poder-se-ia concluir que qualquer capitalização de lucros implicaria um aumento do custo da correspondente participação societária. Ocorre que essa interpretação, no entender deste conselheiro, é literal e, considerando exclusivamente o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, gera incoerências no sistema jurídico e disfuncionalidades na tributação de operações.

Para ilustrar a questão, vejamos uma situação, em tudo semelhante à anterior, porém em que os sócios tenham decidido criar uma holding controladora da pessoa jurídica operacional, que por sua vez, passaria a ser subsidiária integral da holding. Nesse caso:

- inicialmente, teríamos os sócios, como proprietários da Holding, e esta reconhecendo em seu ativo uma participação societária na pessoa jurídica operacional, avaliada em R\$ 1.000,00 por equivalência patrimonial;

- em seguida, com a pessoa jurídica operacional auferindo lucros de R\$ 100,00, a Holding (por equivalência patrimonial) iria refletir esse lucro no valor de sua participação societária, o que resultaria no reconhecimento de lucros, também no valor de R\$ 100,00;

- prosseguindo, a holding capitalizaria o lucro por ela reconhecido por equivalência patrimonial e, conseqüentemente, os proprietários atualizariam o valor da participação societária, para R\$ 1.100,00;

- em momento posterior, a pessoa jurídica operacional incorporaria a holding, mantendo porém os lucros, de R\$ 100,00, em seu patrimônio líquido e, somente então, capitalizaria esses lucros, permitindo que os proprietários atualizassem, mais uma vez, o valor da participação societária, agora para R\$ 1.200,00;

- por fim, com os proprietários alienando sua participação societária por R\$ 1.500,00, seria apurado um ganho de capital de apenas R\$ 300,00.

Repare que, em que pese os sócios terem adquirido a participação societária por R\$ 1.000,00 e, posteriormente, alienado essa participação societária por R\$ 1.500,00, o ganho de capital apurado não foi de R\$ 500,00, nem de R\$ 400,00, mas de apenas R\$ 300,00. Isso ocorreu porque os lucros de R\$ 100,00, reconhecidos na Holding por equivalência patrimonial foram capitalizados, aumentando o custo de aquisição da participação societária e, posteriormente, os mesmos lucros de R\$ 100,00, auferidos pela pessoa jurídica operacional, em função de suas atividades, também foram capitalizados,

aumentando mais uma vez o custo de aquisição da participação societária.

Consequentemente, vemos aqui o ganho de capital reduzido duas vezes.

Ora, essa situação é – em essência – igual à anterior: (a) uma participação societária adquirida por mil reais, (b) a correspondente empresa – operacional – que aufera 100 reais de lucro e (c) a venda dessa participação societária por mil e 500 reais. Mas apenas pela interposição de uma holding na estrutura societária do grupo econômico, o ganho de capital ficaria reduzido. E o pior, se – ao invés de uma holding – existissem duas ou mais, o ganho de capital seria mais reduzido ainda.

Portanto, essa aplicação direta do parágrafo único a qualquer incorporação de lucros leva à incoerente conclusão de que, em se existindo várias holdings interpostas entre os proprietários e a pessoa jurídica, o ganho de capital pode ficar artificialmente reduzido, até a zero ou ainda a valores negativos.

E adicionalmente, com essa interpretação, a capitalização de lucros apenas nas Holdings, além de permitir que o ganho de capital fosse reduzido, permitiria que o lucro registrado na pessoa jurídica fosse, posteriormente, distribuído isento, aos proprietários ou então aos futuros adquirentes.

O que se discute aqui é o efeito da aplicação da legislação tributária em situações como essa, de capitalização de lucros em uma pessoa jurídica que detenha participação em outras pessoas jurídicas, para fins de cálculo do custo das ações ou cotas dessa primeira pessoa jurídica.

Delimitados os problemas a serem enfrentados, passo agora à análise da legislação de regência.

a.II - Interpretação da Legislação

Com efeito, a capitalização de lucros nada mais é do que uma operação que substitui o seguinte procedimento: (i) a distribuição do lucro, pela pessoa jurídica a seus proprietários, (ii) o imediato aumento de capital da pessoa jurídica, no valor do lucro distribuído e (iii) a subscrição e integralização do aumento de capital, por esses mesmos proprietários, com os recursos antes recebidos a título de distribuição de lucro.

Por outro lado, o método da equivalência patrimonial tem por objetivo refletir no patrimônio de uma pessoa jurídica controladora (ou coligada) de outra, o patrimônio e consequentemente o resultado da investida. Com efeito, ele serve para refletir a situação da investida no patrimônio da investidora.

- de início todos os investimentos (inclusive de empresas controladas) eram registrados pelo custo e os respectivos lucros somente eram reconhecidos quando da distribuição de lucros ou dividendos, já no caso de prejuízos, no máximo era aceito o reconhecimento de uma provisão para perdas no investimento;

- com influência anglo-saxã, surgiu a figura da consolidação de balanços e, conseqüentemente, de reconhecimento do lucro de pessoas jurídicas controladas no patrimônio da controladora;

- estendendo-se esse raciocínio a todos os investimentos relevantes, surgiu a equivalência patrimonial, para dar o mesmo efeito da consolidação, trazendo-se para uma linha do ativo da investidora, uma parte do patrimônio (e do resultado) da investida.

Nesse mesmo sentido, no dizer de Eliseu Martins, em *Iniciação à Equivalência Patrimonial Considerando Algumas Regras Novas da CVM (IOB - São Paulo - 1997)* o Método da Equivalência Patrimonial é a consolidação de patrimônios em uma linha. A propósito, lembramos que, no procedimento de consolidação, para apresentação da efetiva situação patrimonial, os lucros refletidos por equivalência patrimonial no patrimônio das investidoras devem ser eliminados.

Realizaremos, agora, a análise jurídica da legislação, sem perder de vista essas características ontológicas (a) da operação de capitalização de lucros e (b) do método da equivalência patrimonial.

Para fins de contextualização histórica da questão, cumpre referir que, nos termos da legislação anteriormente vigente, a capitalização de lucros, assim como a distribuição de ações bonificadas, não tinha qualquer efeito na determinação do custo de aquisição da participação societária dos proprietários da pessoa jurídica. Com efeito, naquele período:

- o lucro distribuído era passível de tributação; e

- conseqüentemente, o custo de aquisição das participações societárias não era alterado quando da capitalização de lucros pela pessoa jurídica, inclusive no caso de distribuição de ações bonificadas, cujo valor de aquisição devia ser considerado como igual a zero.

Nesse sentido, cabe referência aos arts. 727 e 810 do Decreto 1.041, de 1994.

(a) Art. 727 – lucros distribuídos até 1988 eram tributados:

Art. 727. Os dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, apurados em balanço de período-base encerrado até 31 de dezembro de 1988, pagos por pessoa jurídica, inclusive sociedade em conta de participação, a pessoa física residente ou domiciliada no País, estão sujeitos à incidência de imposto exclusivamente na fonte, à alíquota de

(Decretos-Leis n.ºs 1.790/80, art. 1.º, 2.065/83, art. 1.º, I, a, e 2.303/86, art. 7.º parágrafo único):

...

(b) Art. 810 – o custo de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucro era igual a zero:

Art. 810. O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital ...

§ 2.º O custo é considerado igual a zero (Lei n.º 7.713/88, art. 16, § 4.º):

a) no caso de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros ou reservas, apurados até 31 de dezembro de 1988;

...

Repara-se aqui a coerência dos dispositivos acima referidos. Como, na época, a distribuição de lucros era tributada, a capitalização do lucro não alterava o custo de aquisição da participação societária. Assim, quando a participação societária fosse alienada, o valor do lucro capitalizado seria alcançado pelo ganho de capital.

Ora, a partir de 1996, temos uma clara mudança de tratamento na distribuição de lucro, que passou a não ser tributada, nem na fonte, nem na declaração de ajuste, nos termos do disposto no art. 10, da Lei n.º 9.249, de 1995. Assim:

- o lucro distribuído deixou de ser tributado; e

- conseqüentemente, o custo de aquisição das participações societárias passou a ser alterado quando da capitalização de lucros distribuíveis pela pessoa jurídica, inclusive no caso de distribuição de ações bonificadas, cujo valor de aquisição devia ser considerado igual ao desse lucro capitalizado.

A seguir, encontra-se reproduzido o caput do art. 10 da Lei n.º 9.249, de 1995, e seu respectivo parágrafo.

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

Repara-se, da mesma forma que no sistema vigente anteriormente, a coerência dos dispositivos acima referidos. Como a distribuição de lucros deixou de ser tributada, a capitalização do lucro distribuível passou a alterar o custo de aquisição da participação societária. Assim, quando a participação societária fosse alienada, o valor do lucro (distribuível isento e capitalizado) não seria alcançado pelo ganho de capital.

Portanto, conhecendo a razão histórica do surgimento da legislação, (que foi a alteração de tributação para não-tributação da distribuição de lucros), para compreensão da legislação, (a) afastamos a aplicação da interpretação literal e (b) entendemos como mandatória a aplicação da interpretação histórico/teleológica (acima discutida) e, sobretudo, da interpretação sistemática dos dispositivos relativos ao método da equivalência patrimonial, à distribuição e à capitalização de lucros. Ressalte-se aqui que todos esses métodos de interpretação convergem.

Especificamente quanto à interpretação sistemática é muito fácil perceber que não se deve considerar somente a leitura do parágrafo, mas também (e sobretudo) a leitura do caput do próprio artigo 10 da Lei nº 9.249, de 1995. Aliás, essa é uma regra hermenêutica básica, o parágrafo deve sempre se referir ao caput, sendo que sua consideração em separado gera problemas de contexto e, o que é pior, gera a famosa falácia de ênfase em que, se acentuando um aspecto da realidade, acaba-se por negar a própria realidade. Ora, no caput, é referido que os lucros ou dividendos pagos ou creditados é que não estarão sujeitos à incidência do imposto de renda. Portanto, interpretando o parágrafo nos limites do que dispõe o caput, concluímos facilmente que a capitalização de lucros que tem o condão de alterar o custo de aquisição de participações societárias é aquela referente a lucros passíveis de efetiva distribuição aos sócios ou acionistas sem tributação.

Por seu turno, conforme já colocado no início desse voto, temos que o método da equivalência patrimonial teve por objetivo o reconhecimento de lucros de investidas, mesmo antes de sua distribuição.

Não se está aqui negando a existência de um lucro decorrente do ajuste de equivalência patrimonial, mas não podemos deixar de levar em conta o fato de o lucro não é efetivamente distribuído mais de uma vez. Com efeito, o lucro decorrente do ajuste por equivalência patrimonial, é somente o reflexo do lucro auferido pela pessoa jurídica operacional (investida), esse último sim, passível de efetiva distribuição.

Comprovando a conclusão acima, sabemos que a distribuição de lucro, registrado em decorrência do ajuste de equivalência patrimonial, implica a necessidade de contratação de empréstimos ou distribuição de recursos aportados a título de capital.

Pois bem, devemos nos lembrar de que a própria operação de capitalização de lucros foi concebida como um atalho para substituição do complexo procedimento de (i) a distribuição do lucro, pela pessoa jurídica a seus proprietários, (ii) o imediato aumento de capital da pessoa jurídica, no valor do lucro distribuído e (iii) a subscrição e integralização do aumento de capital, por esses mesmos proprietários, com os recursos antes recebidos a título de distribuição de lucro.

Agora, a partir do que se encontra acima colocado, é possível chegarmos a uma conclusão quanto ao procedimento de aplicação da legislação, no tocante à atualização do custo da participação societária, em função da capitalização de lucros pela pessoa jurídica.

Considerando que a efetiva distribuição de lucros deve se dar a partir da pessoa jurídica operacional, essa distribuição, seguida de subscrição de aumento de capital nas empresas componentes de um grupo econômico (a pessoa jurídica operacional e suas holdings) deve ter por efeito patrimonial o aumento de capital em toda a cadeia de entidades relacionadas societariamente. Por óbvio não é possível distribuir mais de uma vez o mesmo lucro (o lucro e seus reflexos por equivalência patrimonial), portanto também não deve ser aceitável, pelo menos para fins fiscais, capitalizá-lo mais de uma vez.

A conclusão acima é inevitável, porque:

- as disponibilidades passíveis de distribuição estão no patrimônio da pessoa jurídica operacional, que somente pode distribuir o lucro para sua proprietária direta, a holding;*
- já, a holding, somente pode distribuir o lucro aos acionistas, pessoas físicas, após o recebimento dos recursos da pessoa jurídica operacional;*
- os acionistas, por sua vez, somente podem aumentar capital na holding, em que possuem participação direta; e*
- por fim, a holding, com os recursos recebidos, poderá aumentar capital da pessoa jurídica operacional.*

Ora, conseqüentemente, somente haverá capitalização de lucros efetivamente distribuíveis caso todas as pessoas jurídicas da cadeia societária (holdings e empresa operacional) realizem a capitalização. Ao contrário, caso ocorra apenas a capitalização dos lucros de holdings, o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, não incide, devendo ser mantido o valor da participação societária pelos proprietários, até mesmo porque os efetivos lucros da pessoa jurídica operacional ainda poderão ser distribuídos sem tributação (para os próprios sócios) ou para futuros adquirentes.

E, ainda, quando houver holdings mistas, com operações próprias, a capitalização de seus lucros, sem que tenha ocorrido a correspondente capitalização dos lucros das investidas,

somente poderá ter efeito parcial na atualização do custo da participação societária de seus sócios. Isso é facilmente calculado com base na memória de cálculo abaixo:

() Lucro Existente no Patrimônio Líquido da Holding
(-) Lucro/Reservas Existentes na Investida (*) % de participação
(=) Lucro passível de distribuição pela Holding
(/) Lucro Existente no Patrimônio Líquido da Holding
(=) Percentual aceitável para aumento do custo da participação
(*) Valor do aumento de custo considerando o total do lucro capitalizado pela Holding
(=) Valor aceitável para aumento do custo

Repara-se que a memória de cálculo acima é simples, utilizando somente as quatro operações matemáticas e os dados constantes dos balancetes da holding e da correspondente investida, na data da capitalização de lucros. Ela atende a aplicação do disposto no Art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, tanto no caso de holdings mistas (com operações próprias), como no caso de distribuição diferenciada de lucros (em percentual diferente daquele da participação societária do acionista).

a.III – Aplicação da Legislação ao Caso dos Autos

Verifico que, no caso dos autos, somente houve capitalização de lucros nas holdings, tendo sido mantido sem capitalização todo o lucro da pessoa jurídica operacional.

Com efeito, no caso dos autos:

- ocorreram duas capitalizações seguidas de lucros, ambos reconhecidos em decorrência da aplicação do método de equivalência patrimonial às participações societárias de duas holdings (a NOVA PACTUAL e a PACTUAL) e não houve a capitalização dos lucros auferidos pela pessoa jurídica operacional (o BANCO PACTUAL);

- somente houve glosa da atualização do custo de participação societária, para uma das capitalizações de lucro, mais especificamente, para a capitalização ocorrida em NOVA PACTUAL em 13.10.2006, no valor de R\$ 30.233.762,00.

Portanto, a autoridade autuante entendeu indevida apenas a atualização de custo da participação em decorrência de uma das capitalizações de lucro, em razão da aplicação a ela, pelo autuado, do disposto no art. 135 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999.

Porém, de acordo com a interpretação já apresentada por este conselheiro, entende-se que ambas deveriam ter sido glosadas. Isso porque o lucro da pessoa jurídica operacional (ou seja, o lucro efetivamente auferido pelo BANCO PACTUAL) continuou mantido em seu patrimônio líquido, após as incorporações reversas, e conseqüentemente permaneceu passível de distribuição isenta aos adquirentes ou terceiros (até mesmos os próprios alienantes), conforme acordo entre as partes.

De fato, os alienantes venderam aos adquirentes do Banco o direito de receber os lucros isentos de tributação ou de repasse desse valor a terceiros.

Ora, como, (a) em primeiro lugar, a capitalização de lucros que tem o condão de alterar o custo da participação societária é somente aquela relativa aos lucros efetivamente distribuíveis isentos de tributação e como, (b) em segundo lugar, a distribuição de lucros com isenção de tributação foi, no caso, efetivamente transferida (aos adquirentes do banco, ou terceiros por eles determinados), (c) podemos concluir que as capitalizações de lucros realizadas não podem ter qualquer efeito no custo da participação alienada.

Conforme exposto no relatório, no presente caso foram alienadas à UBS Brasil Participações Ltda., o montante de 34.022.332 ações de propriedade do contribuinte, de emissão de Banco Pactual S.A. O crédito gerado foi de R\$ 18.459.355,52, sendo R\$ 6.521.435,99, de imposto; R\$ 2.155.765,55 de juros de mora calculados até 30/9/2011 e R\$ 9.782.153,98 de multa proporcional calculada sobre o principal. Pelo lançamento somente foi glosado o valor de atualização do custo das ações de uma das duas operações de capitalização de lucros.

Aplicando aos fatos geradores em questão o critério do Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, os quais adoto como razão de decidir, chegaríamos a crédito apurado bem superior aquele calculado pelo Fiscal, afinal como exposto devem ser desconsiderados para fins de apuração do ganho de capital e do valor aceitável para o aumento do custo das respectivas participações societárias as duas capitalizações de lucro.

Nestas circunstância, considerando a limitação imposta pelo princípio processual da "*proibição da reformatio in pejus*", que impede o agravamento da situação do Recorrente, seria coerente manter o lançamento nos moldes do acórdão *a quo*. Entretanto, em que pese o entendimento acima, **como dito e conforme exposto em sede de preliminar, apesar de o contribuinte ter adotado conduta imprópria, discordo da conclusão final haja vista o critério utilizado pela autoridade fiscal para a fixação da base de cálculo.**

Ora, não se discute haver a possibilidade de arbitramento da base de cálculo do imposto pela autoridade fiscal competente. Ocorre que tal procedimento deve observar as determinações contidas no art. 148 do CTN:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Assim, apesar de a norma prever como possível a utilização do arbitramento esse poder-dever do Administrador não é discricionário e trata-se de metodologia cuja aplicação é excepcional. Somente admitir-se-á a utilização de base de cálculo diversa da real

quando omissos ou não mereçam fé os esclarecimentos, as declarações, os documentos ou os recolhimentos prestados, expedidos ou efetuados pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado, hipóteses essas não presentes no caso.

Como se observa dos autos, inclusive pelos esclarecimentos suscitados no próprio relatório fiscal, o Contribuinte em momento algum se furtou de apresentar documentos, prestar informações e esclarecimentos necessários à delimitação das discussões, em momento algum foi alegada a idoneidade dos documentos ou esclarecimentos, e no mais toda a operação - por sua natureza - foi inclusive autorizada e fiscalizada pelo Banco Central. Diante disto, o correto seria que o fiscal tivesse diligenciado no intuito de apurar o verdadeiro custo de aquisição das ações comercializadas desde a realização da primeira capitalização ocorrida na Novo Pactual Ltda.. Ao contrário, para apuração da base de cálculo utilizou-se de operação aritmética e correlações para as quais não há respaldo jurídico, gerando um lançamento eivado de vício.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial do contribuinte.

Recurso Especial da Fazenda Nacional:

Vencida quanto ao mérito do recurso especial interposto pelo Contribuinte, manifesto-me sobre o mérito do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Preenchidos os requisitos legais, conheço do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, lembrando que o mesmo foi admitido apenas no que tange a discussão acerca da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício aplicada. E aqui, após um estudo mais aprofundado sobre o tema, entendo que razão assiste à Fazenda Nacional.

Isso porque o art. 113 do CTN nos traz a descrição de quais parcelas compõem o crédito relacionado à obrigação principal:

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

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

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela prevista no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Percebe-se que para o legislador o crédito tributário pode ser composto por três parcelas: I) o crédito decorrente da obrigação principal, II) o crédito gerado em razão de penalidade pecuniária decorrentes dessa obrigação principal e III) o crédito eventualmente decorrente do descumprimento de obrigação acessória. Citado por Leandro Paulsen, o Professor Eurico Marcos Diniz de Santi, assim esclarece:

A obrigação principal, criação de expediente técnico-jurídico, congrega em um só objeto, em uma só relação jurídica, mediante a operação de soma ou união de relações, os objetos das relações patrimoniais: relação jurídica tributária, relação jurídica da multa pelo não-pagamento, relação jurídica de mora e relação jurídica sancionadora instrumental, prática esta que, se, de um lado, facilita a integração e cobrança do débito fiscal, de outro, dificulta o discernimento das várias categorias e regimes jurídicos díspares que compõem a denominada obrigação tributária principal.

A redação do art. 161 do CTN prevê que *o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta*, ou seja a redação do dispositivo permite concluir que o Código Tributário Nacional autoriza a exigência de juros de mora sobre o crédito e ao se referir a crédito, evidentemente o dispositivo está tratando de crédito tributário, que conforme definido pelo citado art. 113, decorre da obrigação principal, na qual estão incluídos tanto o valor do tributo devido como a penalidade dele decorrente.

No âmbito da regulamentação dada à matéria pelas legislação ordinária, devemos citar os dispositivos das leis nº 9.430/1996 e 10.522/2002, que disciplinaram o assunto:

Lei nº 9.430/96:

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

(...)

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

Lei nº 10.522/2002

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

Processo nº 12448.735988/2011-12
Acórdão n.º **9202-003.959**

CSRF-T2
Fl. 1.622

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

Assim, considerando a abrangência do conceito de crédito tributário, forçoso concluir que há previsão legal para a incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício aplicada em razão do não pagamento do tributo devido.

Diante do exposto, dou provimento ao Recurso interposto pela Fazenda Nacional.

(Assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior.

Em que pese o brilhantismo do voto proferido pela relatora do feito, ousou discordar tanto quanto à preliminar de nulidade levantada quanto ao mérito no âmbito do Recurso Especial do Contribuinte, matérias para as quais exponho, a seguir, meu posicionamento.

1. Quanto à preliminar de nulidade levantada

Quanto à preliminar de nulidade inicialmente levantada, noto, a propósito, que, em meu entendimento, não se está, aqui, diante de caso de arbitramento da base de cálculo, uma vez que, em nenhum momento, no caso em questão, se adotou critério especial ou substitutivo ao legalmente estabelecido para fins de determinação do custo de aquisição a ser computado quando da apuração do ganho de capital (base de cálculo do IRPF).

O que se discute aqui é : na situação fática em questão que abrange aumentos de capital de reservas oriundas do método de equivalência patrimonial, seguidos de incorporações reversas, quais parcelas podem ou não compor este custo, note-se, sempre mantido o critério de apuração da base de cálculo do tributo legalmente estabelecido, sem adoção de critérios alternativos ou substitutivos, tal como bem lecionou a Prof. Maria Rita Ferragut, na parte citada pela Relatora.

Rejeito, assim, se tratar, na situação fática, de arbitramento e, ainda, a ocorrência de vício material no auto, uma vez que o critério jurídico para apuração da base de cálculo legalmente estabelecido foi ali plenamente obedecido cabendo tão somente discussão acerca da diferente valoração feita pela fiscalização e pelo autuado, para fins de aplicação do referido critério.

Destarte, rejeito a preliminar de nulidade levantada.

2. Quanto ao mérito do Recurso Especial do Contribuinte

Passando-se à análise de mérito, continuo a entender, a propósito, que a correta interpretação do dispositivo legal em questão, a saber o art. 135 do RIR/99, já reproduzido no voto da relatora, deve privilegiar a consistência do arcabouço normativo como um todo, a partir da adoção do método de interpretação sistemática, em detrimento da adoção de uma interpretação literal, que causa, *in casu*, relevantes e inaceitáveis inconsistências ("disfuncionalidades") no sistema tributário, permitindo, note-se, que se admita que uma série de capitalizações seguida de incorporações reversas multiplique o custo de aquisição de determinada participação societária, de forma a reduzir ou até a eliminar totalmente o ganho de capital apurado, quando de sua posterior alienação.

O assunto foi perfeitamente explorado pelo voto vencedor do Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos no âmbito do Acórdão 9.202-003.700, ao qual continuo a **acceder reproduzindo-o, em parte, a seguir, de forma a esclarecer o que aqui se defende e adotando o excerto a seguir aqui também como razões de decidir, verbis:**

"(...)

Com efeito, a capitalização de lucros nada mais é do que uma operação que substitui o seguinte procedimento: (i) a distribuição do lucro, pela pessoa jurídica a seus proprietários, (ii) o imediato aumento de capital da pessoa jurídica, no valor do lucro distribuído e (iii) a subscrição e integralização do aumento de capital, por esses mesmos proprietários, com os recursos antes recebidos a título de distribuição de lucro.

Por outro lado, o método da equivalência patrimonial tem por objetivo refletir no patrimônio de uma pessoa jurídica controladora (ou coligada) de outra, o patrimônio e consequentemente o resultado da investida. Com efeito, ele serve para refletir a situação da investida no patrimônio da investidora.

(...)

Realizaremos, agora, a análise jurídica da legislação, sem perder de vista essas características ontológicas (a) da operação de capitalização de lucros e (b) do método da equivalência patrimonial.

Para fins de contextualização histórica da questão, cumpre referir que, nos termos da legislação anteriormente vigente, a capitalização de lucros, assim como a distribuição de ações bonificadas, não tinha qualquer efeito na determinação do custo de aquisição da participação societária dos proprietários da pessoa jurídica. Com efeito, naquele período:

- o lucro distribuído era passível de tributação; e

- consequentemente, o custo de aquisição das participações societárias não era alterado quando da capitalização de lucros pela pessoa jurídica, inclusive no caso de distribuição de ações bonificadas, cujo valor de aquisição devia ser considerado como igual a zero.

Nesse sentido, cabe referência aos arts. 727 e 810 do Decreto 1.041, de 1994.

(a) Art. 727 – lucros distribuídos até 1988 eram tributados:

Art. 727. Os dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, apurados em balanço de periodobase encerrado até 31 de dezembro de 1988, pagos por pessoa jurídica, inclusive sociedade em conta de participação, a pessoa física residente ou domiciliada no País, estão sujeitos à incidência de imposto exclusivamente na fonte, à alíquota de (Decretos-Leis nºs 1.790/80, art. 1º, 2.065/83, art. 1º, I, a, e 2.303/86, art. 7º parágrafo único):

(b) Art. 810 – o custo de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucro era igual a zero:

Art. 810. O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital ...

§ 2º O custo é considerado igual a zero (Lei nº 7.713/88, art. 16, § 4º):

a) no caso de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros ou reservas, apurados até 31 de dezembro de 1988;...

Repara-se aqui a coerência dos dispositivos acima referidos. Como, na época, a distribuição de lucros era tributada, a capitalização do lucro não alterava o custo de aquisição da participação societária. Assim, quando a participação societária fosse alienada, o valor do lucro capitalizado seria alcançado pelo ganho de capital.

Ora, a partir de 1996, temos uma clara mudança de tratamento na distribuição de lucro, que passou a não ser tributada, nem na fonte, nem na declaração de ajuste, nos termos do disposto no art. 10, da Lei nº 9.249, de 1995. Assim:

- o lucro distribuído deixou de ser tributado; e

- consequentemente, o custo de aquisição das participações societárias passou a ser alterado quando da capitalização de lucros distribuíveis pela pessoa jurídica, inclusive no caso de distribuição de ações bonificadas, cujo valor de aquisição devia ser considerado igual ao desse lucro capitalizado.

A seguir, encontra-se reproduzido o caput do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, e seu respectivo parágrafo.

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

Repara-se, da mesma forma que no sistema vigente anteriormente, a coerência dos dispositivos acima referidos. Como a distribuição de lucros deixou de ser tributada, a capitalização do lucro distribuível passou a alterar o custo de aquisição da participação societária. Assim, quando a participação societária fosse alienada, o valor do lucro (distribuível isento e capitalizado) não seria alcançado pelo ganho de capital.

Portanto, conhecendo a razão histórica do surgimento da legislação, (que foi a alteração de tributação para não-tributação da distribuição de lucros), para compreensão da legislação, (a) afastamos a aplicação da interpretação literal e (b) entendemos como mandatória a aplicação da interpretação histórico/teleológica (acima discutida) e, sobretudo, da interpretação sistemática dos dispositivos relativos ao método da equivalência patrimonial, à distribuição e à capitalização de lucros. Ressalte-se aqui que todos esses métodos de interpretação convergem.

Especificamente quanto à interpretação sistemática é muito fácil perceber que não se deve considerar somente a leitura do parágrafo, mas também (e sobretudo) a leitura do caput do próprio artigo 10 da Lei nº 9.249, de 1995. Aliás, essa é uma regra hermenêutica básica, o parágrafo deve sempre se referir ao caput, sendo que sua consideração em separado gera problemas de contexto e, o que é pior, gera a famosa falácia de ênfase em que, se acentuando um aspecto da realidade, acaba-se por negar a própria realidade. Ora, no caput, é referido que os lucros ou dividendos pagos ou creditados é que não estarão sujeitos à incidência do imposto de renda. Portanto, interpretando o parágrafo nos limites do que dispõe o caput, concluímos facilmente que a capitalização de lucros que tem o condão de alterar o custo de aquisição de participações societárias é aquela referente a lucros passíveis de efetiva distribuição aos sócios ou acionistas sem tributação.

Por seu turno, conforme já colocado no início desse voto, temos que o método da equivalência patrimonial teve por objetivo o reconhecimento de lucros de investidas, mesmo antes de sua distribuição.

Não se está aqui negando a existência de um lucro decorrente do ajuste de equivalência patrimonial, mas não podemos deixar de levar em conta o fato de o lucro não é efetivamente distribuído mais de uma vez. Com efeito, o lucro decorrente do ajuste por equivalência patrimonial, é somente o reflexo do lucro auferido pela pessoa jurídica operacional (investida), esse último sim, passível de efetiva distribuição.

Comprovando a conclusão acima, sabemos que a distribuição de lucro, registrado em decorrência do ajuste de equivalência patrimonial implica a necessidade de contratação de empréstimos ou distribuição de recursos aportados a título de capital.

Pois bem, devemos nos lembrar de que a própria operação de capitalização de lucros foi concebida como um atalho para substituição do complexo procedimento de (i) a distribuição do lucro, pela pessoa jurídica a seus proprietários, (ii) o imediato aumento de capital da pessoa jurídica, no valor do lucro distribuído e (iii) a subscrição e integralização do aumento de capital, por esses mesmos proprietários, com os recursos antes recebidos a título de distribuição de lucro.

Agora, a partir do que se encontra acima colocado, é possível chegarmos a uma conclusão quanto ao procedimento de aplicação da legislação, no tocante à atualização do custo da participação societária, em função da capitalização de lucros pela pessoa jurídica.

Considerando que a efetiva distribuição de lucros deve se dar a partir da pessoa jurídica operacional, essa distribuição, seguida de subscrição de aumento de capital nas empresas componentes de um grupo econômico (a pessoa jurídica operacional e suas holdings) deve ter por efeito patrimonial o aumento de capital em toda a cadeia de entidades relacionadas societariamente. Por óbvio não é possível distribuir mais de uma vez o mesmo lucro (o lucro e seus reflexos por equivalência patrimonial), portanto também não deve ser aceitável, pelo menos para fins fiscais, capitalizá-lo mais de uma vez.

A conclusão acima é inevitável, porque:

- as disponibilidades passíveis de distribuição estão no patrimônio da pessoa jurídica operacional, que somente pode distribuir o lucro para sua proprietária direta, a holding;*
- já, a holding, somente pode distribuir o lucro aos acionistas, pessoas físicas, após o recebimento dos recursos da pessoa jurídica operacional;*
- os acionistas, por sua vez, somente podem aumentar capital na holding, em que possuem participação direta; e*
- por fim, a holding, com os recursos recebidos, poderá aumentar capital da pessoa jurídica operacional.*

Ora, conseqüentemente, somente haverá capitalização de lucros efetivamente distribuíveis caso todas as pessoas jurídicas da cadeia societária (holdings e empresa operacional) realizem a capitalização. Ao contrário, caso ocorra apenas a capitalização dos lucros de holdings, o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, não incide, devendo ser mantido o valor da participação societária pelos proprietários, até mesmo porque os efetivos lucros da pessoa jurídica operacional ainda poderão ser distribuídos sem tributação (para os próprios sócios) ou para futuros adquirentes.

E, ainda, quando houver holdings mistas, com operações próprias, a capitalização de seus lucros, sem que tenha ocorrido a correspondente capitalização dos lucros das investidas, somente poderá ter efeito parcial na atualização do custo da participação societária de seus sócios. Isso é facilmente calculado com base na memória de cálculo abaixo:

() Lucro Existente no Patrimônio Líquido da Holding

Documento assinado digitalmente conforme Lei nº 11.363/2006 e assinado por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, em 27/06/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS JUNIOR, em 27/06/2016 por ANA PAULA FERNANDES, em 24/06/2016 por GERSON MACEDO GUERRA, em 27/06/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI

(/) *Lucro Existente no Patrimônio Líquido da Holding*

(=) *Percentual aceitável para aumento do custo da participação*

(*) *Valor do aumento de custo considerando o total do lucro capitalizado pela Holding*

(=) *Valor aceitável para aumento do custo*

Repara-se que a memória de cálculo acima é simples, utilizando somente as quatro operações matemáticas e os dados constantes dos balancetes da holding e da correspondente investida, na data da capitalização de lucros. Ela atende a aplicação do disposto no Art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, tanto no caso de holdings mistas (com operações próprias), como no caso de distribuição diferenciada de lucros (em percentual diferente daquele da participação societária do acionista).

(...)"

Note-se que não se está, aqui, nesta linha de interpretação, se violando o princípio da legalidade ou se afastando a vigência de texto legal, mas, sim, interpretando-se o dispositivo em análise de forma sistemática, a fim de que o arcabouço legal tributário permaneça sem inconsistências, de forma coerente, ainda, com uma interpretação teleologicamente adequada, sendo de se rechaçar que tenha o legislador tencionado criar inconsistências ou disfuncionalidades na tributação em questão (tais como a possibilidade de eliminação do ganho de capital pela realização de um ciclo de capitalizações e incorporações reversas), quando da edição do dispositivo em apreço.

Aplicando-se tal interpretação ao caso em questão, conclui-se que não deveriam ser considerados nenhum dos dois aumentos de custo computados pelo autuado decorrentes das capitalizações ocorridas em 2006, em Nova Pactual Participações S/A (no valor de R\$ 31.492.296,00), e de Pactual S/A (no valor de R\$ 29.882.639,00), uma vez que, note-se, o lucro da pessoa jurídica operacional (Banco Pactual S/A) permaneceu passível de distribuição isenta mesmo após tais operações, tendo assim permanecido até o momento da alienação da referida participação.

Considerando, todavia, ter a autuação se limitado a glosar parcela inferior ao somatório de ambas as capitalizações e vedada a esta altura a *reformatio in pejus*, entendo, assim, que é de se manter o custo concedido pela fiscalização, no valor de R\$ 25.650.412,21 (vide TVF à e-fl. 109).

Por fim, entendo cabíveis aqui, ainda, as seguintes considerações de lavra do Conselheiro Luiz Eduardo Santos, no âmbito do Acórdão 9.202-003.700, as quais adoto como razões de decidir adicionais quanto à matéria em litígio:

"(...)

Tenho plena convicção de que não se está aqui alterando critério jurídico, porque no lançamento e na respectiva impugnação encontram-se claramente fixados os limites da lide e não foram alterados. Com efeito, o fato e a acusação em debate estão perfeitamente descritos no termo de verificação fiscal e, na decisão, é precisamente esse fato que se analisa.

i. o fato é a alienação de participações societárias,

ii. a acusação é de insuficiência do recolhimento do tributo por erro na apuração do ganho de capital, por se entender que a capitalização de lucros refletidos em sociedades investidoras, pelo método da equivalência patrimonial, não teria o condão de alterar o custo da participação societária alienada.

iii. o que se apresenta aqui, sem qualquer inovação quanto ao fato analisado e a acusação originalmente feita, é o fundamento que este conselheiro entende ser suficiente para julgamento da acusação, em face das alegações do sujeito passivo.

Diferente seria o caso em que há uma acusação verificada insubsistente mas, por conta de outra infração, fosse mantido o tributo lançado, situação que não ocorre aqui.

Cumpra lembrar que o julgador não está vinculado ao fundamento das partes, somente não pode exarar uma decisão extrapetita, o que, conforme acima esclarecido, não ocorreu.

Finalmente, quanto ao pedido subsidiário da recorrente de não aplicação de penalidade e juros de mora, a partir do disposto no parágrafo único do art. 100 do Código Tributário Nacional e da observância à Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, é de se ressaltar que, em nenhum momento, tal normativo dá suporte à interpretação do art. 135 do RIR/99 defendida pela autuada, a qual, na forma acima disposta, se entende aqui como totalmente equivocada. Assim, é de se manter a multa de ofício aplicada pela autoridade lançadora, bem como os juros de mora incidentes sobre o principal e sobre a multa de ofício, neste último caso em linha com o explicitado a seguir quando da análise do recurso especial de iniciativa da Fazenda Nacional.

(...)"

Diante do exposto, voto por negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte, mantendo-se o custo de aquisição concedido pela autoridade lançadora de R\$ 25.650.412,21, dada a impossibilidade de *reformatio in pejus*, bem como mantida, também, a incidência da multa de ofício no patamar de 75%, consoante decisão *a quo*, acrescida esta última, também, de juros de mora calculados com base na taxa SELIC, mantidos consoante decisão da relatora acerca do Recurso Especial da Fazenda Nacional, com a qual me alinho.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Redator-designado - Heitor de Souza Lima Junior

Declaração de Voto

Conselheira Ana Paula Fernandes

1 - RECURSO DO CONTRIBUINTE.

DA FORMA DE APURAÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO A SER CONSIDERADO NO CÁLCULO DO GANHO DE CAPITAL, DO ARBITRAMENTO, DA MANUTENÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Em sessão passada acompanhei o brilhante voto do eminente conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, contudo, com o passar as sessões, analisando detidamente os recursos de cada um dos processos que vêm sendo julgado nesta turma, bem como as sustentações orais proferidas, fui definindo um entendimento divergente.

Observando os casos já julgados, os quais são análogos ao processo que hora passo a julgar, não posso deixar de demonstrar minha enorme preocupação com a pacificação social. Afinal, a regras num Estado Democrático de Direito são definidas para serem cumpridas, mas para isso elas precisam ser claras, objetivas e não levantarem dúvidas a respeito de seu cumprimento. Isso garante a segurança jurídica e demonstra a seriedade de nossas Instituições.

No caso em tela, observo dois pontos a serem analisados no tocante ao auto de infração que deu origem a este processo. Primeiramente a utilização do artigo 135 (RIR) para ganhos advindos do Método de Equiparação Patrimonial - MEP, e em segundo momento a forma de constituição do auto de infração pela via do Arbitramento.

Quanto ao primeiro tópico, observo que há uma discrepância entre a interpretação dada pelo contribuinte e a que foi dada pela fiscalização, no tocante a regra do Imposto de Renda Pessoa Física, que define o que deve e o que não deve ser tributado nestas operações. E isso sim gerou grande dúvida a respeito de sua aplicabilidade.

Entendeu a Receita Federal que a extinção das sociedades holdings por meio de incorporações acompanhadas de capitalizações de lucros e reservas de lucros acumulados teria gerado uma majoração artificial dos custos de aquisição de investimentos detidos pelas pessoas físicas alienantes. E em razão disso, tratou a Administração Pública por desconsiderar o efeito das capitalizações dos lucros advindos pelo Método de Equivalência Patrimonial.

Observo, portanto, que toda problemática reside na possibilidade ou não de capitalização de lucros advindos da aplicação do Método de Equivalência Patrimonial.

A questão levanta dúvidas. Tanto é verdade que a própria Administração Pública no momento de fiscalizar o imposto devido autuou os contribuintes com cinco teses distintas de interpretação da legislação fiscal-tributária para fins de cálculo do custo de aquisição.

Ora, se a mesma legislação, no caso em tela, especificamente os mesmos dispositivos legais, levou os fiscais, auditores da Receita Federal, a cinco interpretações

distintas, isso nos leva a crer que não se trata de simples equívoco interpretativo, mas sim de **dúvida razoável causada pela impropriedade do texto legal.**

A celeuma citada se refere ao artigo 135 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000, de 1999), cuja regra matriz é o artigo 10 da Lei 9.249/95. Vejamos o que diz o comando legal, no trecho que interessa a lide:

Lei 9.249/95

Art. 10 - Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

(...)

Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

Seguindo entendimento esposado por esta Turma anteriormente, o referido artigo não se aplicaria às bonificações decorrentes da capitalização de lucros formados com ganhos provenientes da aplicação do método de equivalência patrimonial, pois os lucros, cuja capitalização seria apta a gerar acréscimo e custo para o investidor, seriam aqueles capazes de atingir o patrimônio da pessoa física (o que excluiria aqueles advindos pelo MEP).

Contudo, o contribuinte alega que esta interpretação está dissociada da lei e dos conceitos de receita e lucro da legislação vigente, e que, ainda que fosse necessário que este atingisse o patrimônio da pessoa física, pois os ganhos do MEP são possíveis de chegar ao seu patrimônio, só não são obrigatórios dependendo de um fato de natureza exclusivamente financeira – disponibilidade de caixa ou da vontade da companhia.

Compulsando os autos e toda legislação aplicável, reconheço que assiste razão ao contribuinte. A literalidade da norma leva a conclusão de que a capitalização de lucros implica um aumento do custo da correspondente participação societária. Observe-se que a lei fala em capitalização, logo isso se aplica a qualquer capitalização, uma vez que a lei não traz exceções.

Isso decore do fato de que a norma positiva **não faz qualquer distinção quanto a forma ou modo que deve ser operacionalizada esta "capitalização" para que esse aumento corresponda a participação societária.**

Entender assim gera incoerências no sistema jurídico e disfuncionalidades na tributação de operações? Pode ser que sim. Contudo isso decorre de impropriedade legal, não cabendo a Administração Pública dar a interpretação que lhe assiste para corrigir a impropriedade de um texto de lei, utilizando-se de fundamentos outros que não aqueles que se encontram no comando legal do dispositivo em apreço.

Para esclarecer, quando um investimento é contabilizado pelo Método de Equivalência Patrimonial, os lucros da sociedade investida traduzem-se em receitas da sociedade investidora. E o que são estas receitas? São resultados positivos ou ganhos de equivalência, que não configuram propriamente lucro da investidora, mas se consubstanciam como elemento positivo na formação deste, que a rigor, segundo a explicação de diversos especialistas contábeis, podem vir a existir ou não dependendo do conjunto de receitas de despesas desta sociedade. Os ganhos advindos do MEP advêm de um ativo classificado como investimento, e por esta razão realizam-se financeiramente num prazo mais longo que as demais receitas.

Então se os ganhos de MEP representam uma receita efetiva da investidora porque não estão sujeitas a incidência de imposto de renda e outros tributos? Isso ocorre por que a lei permite sua exclusão da base de cálculo dos mesmos, exclusão essa que não ocorre na base de cálculo do imposto de renda, quando o lucro provém de investimentos em controladas ou coligadas sediadas no exterior (Art. 74 da MP 2.153-35/2001).

Assim, as receitas de MEP não apenas integram o resultado do exercício da investidora como também devem ser distribuídos (Art. 202, §6º da Lei 6.404/76), embora em alguns casos haja autorização legal para que não o seja feito.

E para o bom deslinde desta questão é fundamental compreender, o que isso significa. Ou seja, como regra, os ganhos advindos pelo MEP devem ser distribuídos, mas, como estes correspondem a lucros não realizados, a Lei que regula o funcionamento das Sociedades Anônimas, faculta as companhias que estes lucros sejam mantidos em uma reserva específica, o que o contribuinte aduz ser possível com a finalidade de preservar a saúde financeira destas Sociedades.

Logo, se os ganhos de equivalência são suscetíveis de distribuição (prevista em lei), leva a conclusão que poderiam também gerar aumento de custo, quando capitalizados. E sua ocorrência vai depender de fatores como Situação financeira da Sociedade ou até mesmo sua conveniência, uma vez que a distribuição de dividendos em bens é uma possibilidade legal prevista na Lei das Sociedades Anônimas.

A doutrina do Direito tributário também compreende deste modo. Vejamos o que diz o ilustre professor Heleno Taveira Torres:

Ao tempo que o instituto da capitalização de lucros corresponde, legalmente, ao acréscimo do custo da participação dos sócios que decidem por não distribuí-los, apenas a diferença entre o novo custo (majorado) e o valor recebido, quando da venda de participação societária, gerará ganho de capital. a ser tributado pelo Imposto de Renda. Entendimento diverso fere a legalidade, a condicional', no país, o exame da capacidade contributiva. Importa considerar que o caso em tela não envolve a utilização artificial de "empresas veículo", com vistas ao aumento irreal dos custos de aquisição das participações societárias detidas pelo Consulente.

Embora meu entendimento pessoal seja de que o artigo 135 do RIR seja uma forma inadequada de tratar os ganhos advindos do MEP, justamente pela possibilidade de admitir a duplicidade (a meu ver imoral) de aproveitamento de custos, que foi muito bem demonstrada no voto que acompanhei em sessões anteriores, ainda assim é uma forma legal,

cujas distorções econômicas foram geradas pela literalidade do texto de lei, cujo regimento interno deste Conselho me impede de afastar vigência.

Ou seja, por mais imoral ou excessiva que seja a duplicidade de aproveitamento de custos realizada pelo contribuinte, não cabe a este conselho administrativo, alterar o texto da lei por meio de construções interpretativas, com a finalidade de corrigir impropriedades, com as quais deveria ter sido mais cauteloso o legislador.

É princípio basilar do Direito Administrativo o respeito a legalidade. Assim, enquanto a Administração Pública só pode fazer o que está previsto em lei, ao Administrado, no caso em tela Contribuinte, é possível fazer tudo aquilo que não é proibido.

Ainda, para Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (MIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005).

A Legalidade é intrínseca a idéia de Estado de Direito, pensamento este que faz que ele próprio se submeta ao direito, fruto de sua criação, portanto esse é o motivo desse princípio ser tão importante, um dos pilares do ordenamento. É na legalidade que cada indivíduo encontra o fundamento das suas prerrogativas, assim como a fonte de seus deveres. A administração não tem fins próprios, mas busca na lei, assim como, em regra não tem liberdade, escrava que é do ordenamento.

O Princípio da Legalidade é uma das maiores garantias para os gestores frente o Poder Público. Ele representa total subordinação do Poder Público à previsão legal, visto que, os agentes da Administração Pública devem atuar sempre conforme a lei. Assim, o administrador público não pode, mediante mero ato administrativo, conceder direitos, estabelecer obrigações ou impor proibições aos cidadãos. A criação de um novo tributo, por exemplo, dependerá de lei. Do mesmo modo, a limitação de direitos não poderá ser feita por via de interpretação mais gravosa que aquela propriamente estabelecida na norma.

Na fiscalização, o Princípio da Legalidade possui atividade totalmente vinculada, ou seja, a falta de liberdade para a autoridade administrativa. A lei define as condições da atuação dos Agentes Administrativos, determinando as tarefas e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas.

Por fim, esse princípio é vital para o bom andamento da Administração Pública, sendo que ele coíbe a possibilidade do gestor público agir por conta própria, tendo sua eficácia através da execução jurídica dos atos de improbidade, evitando a falta de vinculação à norma e, principalmente, a corrupção no sistema. Essa preocupação se faz constante para que seja atingido o objetivo maior para o país, o interesse público, através da ordem e da justiça.

Voltando para análise do caso concreto, vemos que os ganhos advindos do Método de Equivalência Patrimonial representam meras receitas da investidora, integram sua conta de resultados e são responsáveis pela formação de seu lucro. **E não há qualquer menção na redação do artigo 135 do RIR que afaste seus efeitos do ganho de MEP, não há sequer dúvida a respeito ao contrário, o artigo não coloca isso em discussão, não gerando, portanto, nenhuma dúvida de que o Contribuinte então possa fazê-lo.** Até por que em

diversos casos a Receita Federal permitiu isso. E não é admitido que a permissão ou proibição seja definida com base em quem tem vantagem com a conduta, pois, conforme já foi dito anteriormente, a Administração só cabe fazer aquilo que está previsto em Lei, não podendo interpretar a norma a seu bel prazer de acordo com o que lhe traga vantagem.

Por melhor que seja a construção jurídica utilizada pela Receita Federal, compreender e aplicar a lei diferente desse entendimento, consiste em tentar mudar por força de ato administrativo interpretativo, previsão disposta em lei, impondo ao particular uma proibição que não se encontra no texto legal. Seja por omissão ou vontade do legislador, o fato é que ele nada disse sobre isso.

Nesse ponto cabe citar o parecer jurídico do Professor Heleno Taveira Torres:

À guisa de complementação, as operações de aumento de capital social, mediante capitalização de lucros, devidamente garantida pelo método da equivalência patrimonial, caro à contabilização das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, como se verá adiante, bem conduziram, no caso, o Consulente ao aumento do valor nominal da participação societária. Trata-se de efeito civil de instituto de direito privado (Lei n. 6.404/1976, art. 169) precisamente mantido, nos mesmos moldes e sem quaisquer ressalvas, pelo legislador fiscal, nos termos do art. 135 do RIR/1999. Por força do art. 109 do CTN, tão relembrado neste Parecer, afiguram-se juridicamente impossíveis in casu quaisquer ajustes promovidos, em via interpretativa, pela Administração Fazendária. No que toca aos atos e negócios jurídicos praticados de acordo com as normas existentes, a função social dos contratos (CC/2002, art. 421), garantida constitucionalmente, ao lado da liberdade de iniciativa econômica, impedem a desconsideração e a requalificação na situação sob exame, pelos agentes fiscais, sem observância do art. 149, VII do CTN.

Resta evidente que a Receita Federal já se deu conta da problemática que reside na literalidade do texto legal, contudo não cabe ao Poder Executivo, por meio de atos interpretativos da Administração Pública, Fiscalização e Conselho de Recursos Fiscais, corrigir eventuais distorções econômicas advindas da aplicação da lei. Observo, inclusive, que tal necessidade já chegou ao conhecimento do Poder Legislativo, que, por meio da MP n. 694/2015, tenciona tal ajuste.

Contudo, até que ele ocorra, não poderá ser imputado ao Contribuinte proibições, sanções ou quaisquer atos mais gravosos que aqueles “estritamente” constantes no texto de lei. Motivo pelo qual, em função da redação original da Lei (nunca alterada) julgo ser plenamente possível a sua utilização para ganhos advindos do emprego do método de equiparação patrimonial.

Por fim, impossível ignorar os apontamentos como muito bem ponderados pelo Professor Heleno Taveira Torres, ao analisar os fatos atinentes ao caso da reestruturação operada entre as sociedades *holdings*, que detinham investimentos do BANCO PACTUAL S/A, no qual pontua estarem devidamente escriturados todos os efeitos contábeis e fiscais, *a exemplo da capitalização de lucros*, decorrentes dos mencionados atos, os quais foram

corretamente levados não só ao conhecimento do Fisco, mas, igualmente, do Banco Central do Brasil.

Desse modo, não restaria, à Administração Fazendária, outra opção, senão reconstituir o efetivo custo de aquisição do investimento detido pelo contribuinte na aludida instituição financeira, **louvando-se nos elementos idôneos aos quais teve acesso, caso pretendesse validamente questionar a base de cálculo por este utilizada em autolancamento, quando do cômputo do ganho de capital.**

A alegação dada por àqueles que insistem em defender o contrário é a de que **a adoção do método de interpretação sistemática proibiria a aplicação do artigo 135 do RIR aos ganhos de MEP, o que elidiria a possibilidade de dupla capitalização, como a utilizada pelo contribuinte.** Contudo, isso significaria permitir que a Fazenda Nacional desse a interpretação que lhe agrada ao dispositivo com fundamento de que este seria o interesse do Ordenamento Jurídico Tributário Nacional, quando analisado como um todo.

Pensar desse modo justificaria que normas positivadas fossem interpretadas sempre no sentido que melhor aprouver à administração, o que não é aceitável num estado que preza pela segurança jurídica e pela repartição dos poderes. **Caso contrário a Administração Pública poderá legislar por via transversa, alterando a aplicação do texto de lei toda vez que lhe for conveniente, alegando adoção da interpretação sistemática, o que denota nítida e inaceitável interferência do Poder Executivo no Legislativo.** “É princípio de hermenêutica que não pode o intérprete excepcionar quando a lei não excepciona, sob pena de violar o dogma da separação dos Poderes”. (REsp 1499898/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 24/03/2015)

Desse modo, em respeito ao princípio razoabilidade e segundo o princípio da legalidade - art.37, caput da Constituição Federal – “a Administração está, em toda a sua atividade, adstrita aos ditames da lei, não podendo dar interpretação extensiva ou restritiva, se a norma assim não dispuser. Desta forma, a lei funciona como balizamento mínimo e máximo na atuação estatal” (REsp 603.010/PB, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 8/11/2004).

Contudo, se não forem estas as razões para anulação do auto de infração em comento, ainda existe um segundo ponto que preciso analisar para concluir meu voto.

No tocante ao arbitramento de Imposto de Renda Pessoa Física sobre a alienação de participação societária do contribuinte, observo que a utilização do arbitramento, previsto no artigo 529 e seguintes do Decreto 3000/99 (RIR), **gera dúvidas** sobre a assertividade de sua aplicação no caso concreto.

O arbitramento é devido somente nos casos em que o contribuinte impede a fiscalização de ter acesso aos seus dados. Contudo não é o que ocorreu no caso em tela, pois verifico total transparência do contribuinte com os atos por ele levados a cabo na alienação de sua participação societária. A Receita Federal não tem como afirmar com as provas dos autos que houve qualquer ato por parte do contribuinte capaz de justificar a opção pelo arbitramento, conforme a previsão do RIR.

No Brasil, segundo Maria Rita Ferragut, “a tipificação dos fatos passíveis de serem tributados é rígida, não permitindo qualquer extensão infraconstitucional, estando a competência residual da União Federal (artigo 154.I, da Constituição Federal) excepcionada

dessa regra desde que exercida obedecendo-se os limites impostos pela Carta Magna”(FERRAGUT, M. R. Presunções no Direito Tributário, 2001).

O agente administrativo detém competência para estabelecer critérios especiais para a prática de lançamento, por via do arbitramento, espécie do gênero lançamento de ofício, tendente a avaliar preços, bens, serviços ou atos jurídicos, **sempre que inexistam documentos ou declarações do contribuinte, ou que, embora existentes não mereçam fé.**

Contudo, nas palavras da especialista citada “a impossibilidade de comprovação direta da base originária é **condição necessária** para a aplicação de arbitramento”.

Observo aqui que, não há nos autos qualquer situação de SIMULAÇÃO. A análise de fatos concretos denota estarmos diante de uma estrutura previamente existente, que opta pela adoção de um caminho que lhe confere menor custo tributário, para levar a cabo seu intuito de permitir a distribuição desproporcional de lucros, entre os sócios na medida de contribuição de cada um para o êxito da atividade da instituição financeira sob consideração, o que consistiu em efetivo planejamento tributário, constituído dentro das normas legais.

E por isso, especificamente no que diz respeito à técnica jurídica do arbitramento, trata-se de GRANDE EQUÍVOCO utilizado nestes casos.

Registre-se, mais uma vez, que o aumento do custo de aquisição decorrente da capitalização de lucros e reservas, prevista no art. 169 da LSA, foi recepcionado, sem ressalvas, pelo legislador tributário, no art. 135 do RIR/1999, o que autoriza concluir que a Administração Fazendária infringiu o art. 109 do CFN.

E esse aumento de custo de aquisição decorre de operação aritmética de subtração entre o *patrimônio final* de um contribuinte, consistente em valores recebidos quando da alienação de ativos em dado espaço de tempo, e o *Custo de aquisição* destes.

E, no cômputo deste *custo de aquisição*, não podem ser desconsiderados, repita-se, os acréscimos legalmente admitidos no direito tributário vigente, **ainda que por ficção jurídica; especialmente quando estes acréscimos decorrem de disposições legais expressas, mediante regular utilização de técnicas jurídico-contábeis, como é o Método de Equivalência Patrimonial em operação de reestruturação societária válida e, ademais, referendada pelo Banco Central do Brasil.**

Trata-se de acréscimos decorrentes da recepção expressa de institutos privados, a exemplo da capitalização de lucros e reservas, prevista, *sem quaisquer ressalvas*, no art. 169 da LSA e arts. 135 e 383 do RIR/I 999.

Está-se, portanto, diante de Auto de Infração que consigna crédito tributário (IRPF, somado a multa e juros) ilíquido, incerto e inexigível, por dois motivos:

1) Há permissão legal para que o contribuinte tenha seu custo de aquisição majorado por capitalização de lucros oriundos da aplicação de MEP.

Processo nº 12448.735988/2011-12
Acórdão n.º **9202-003.959**

CSRF-T2
Fl. 1.637

2) Tendo em vista que os critérios jurídicos para formação da base de cálculo do imposto ora cobrado não foram respeitados no ato de lavratura do auto de infração entendendo este estar eivado de vício material, devendo este restar cancelado.

Diante do exposto, voto por dar provimento integral ao Recurso Especial do Contribuinte e negar provimento ao Recurso da Fazenda Nacional por restar prejudicado.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes

Declaração de Voto

Conselheiro Gérson Macedo Guerra.

Gostaria de destacar que o ponto que me chamou a atenção nos presentes autos foi a forma de apuração da base de cálculo do imposto ora cobrado, mais precisamente da recomposição do custo de aquisição da participação societária realizada pela autoridade fiscal.

Na página 82 dos presentes autos, item 2.5 do Termo de Verificação Fiscal, verifica-se que no procedimento fiscalizatório o contribuinte informou exatamente a evolução do custo de aquisição das ações da sociedade alienada, identificando detalhadamente as capitalizações realizadas nas sociedades Holdings das quais participou.

A par disso, na página 116, dos presentes autos é possível identificar um custo de aquisição para as ações alienadas no valor de R\$ 25.650.412,21. Para se chegar a esse valor, a autoridade fiscal identificou o percentual de participação do contribuinte no capital social da Pactual S/A (página 115) e aplicou esse percentual sobre o custo total das ações do Banco ajustado, encontrado na planilha da página 116.

Ora, qual a fundamentação para esse raciocínio? Se a informação de capitalizações realizadas foi disponibilizada pelo contribuinte durante a fiscalização e a razão para a não concordância com o custo das ações utilizado para a apuração do ganho de capital é de que as capitalizações de lucros gerados pelo reconhecimento de receitas com base no método de equivalência patrimonial não têm o condão de elevar o custo, deveria ter sido realizada a glosa da parcela capitalizada.

Não vislumbro qualquer lógica no cálculo aritmético realizado no trabalho fiscal.

E essa falta de clareza na apuração da base de cálculo do tributo lançado fere de morte o mandamento contido no artigo 142 do CTN, em relação ao extado cálculo do tributo devido na constituição do crédito tributário pela autoridade administrativa. Vale aqui a transcrição do referido artigo:

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

Nesse contexto, a meu ver, estamos diante de um vício no lançamento, que ousou qualificar como um erro de direito, que, nos ensinamentos do Ilustre Professor Paulo de Barros Carvalho pode ser assim caracterizado:

“Erro de direito”, por sua vez, estará configurado, exemplificativamente, quando a autoridade administrativa, em vez de exigir o ITR do proprietário do imóvel rural, entende que o sujeito passivo pode ser o arrendatário, ou quando, ao lavrar o lançamento relativo à contribuição social incidente sobre o lucro, mal interpreta a lei, elaborando seus cálculos com base no

faturamento da empresa, ou ainda, quando a base de cálculo de certo imposto é o valor da operação, acrescido do frete, mas o agente, ao lavrar o ato de lançamento, registra apenas o valor da operação, por assim entender a previsão legal. A distinção entre ambos é sutil, mas incisiva.

O erro de direito ou vício material consiste em uma mácula no núcleo do lançamento e sua constatação leva ao cancelamento do auto de infração. Conforme ensina Renata Elaine Silva, se refere à conformação do crédito, os vícios materiais dizem respeito à essência do lançamento, melhor dizendo, aos elementos que compõe o fato jurídico e a relação jurídica.

São exemplos de vícios materiais a não comprovação da ocorrência do fato, em qualquer dos seus critérios material, espacial, e temporal, tendo em vista as provas apresentadas.

Vejo que no caso em apreço estamos diante de um lançamento eivado de vício material, dada a inconsistência na apuração da base de cálculo do tributo ora cobrado. Erro esse, cometido pela autoridade fiscal, insanável, que demanda o cancelamento do Auto de Infração.

Diferentemente do defendido pela Relatora, não entendo que se está diante de hipótese de nulidade, mas sim de cancelamento do auto de infração, daí ter me posicionado pela rejeição da preliminar levantada de ofício.

Nesse contexto, voto por negar provimento ao Recurso da União e dar provimento ao Recurso do Contribuinte para que seja cancelado o Auto de Infração, pela ocorrência de vício material.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Gérson Macedo Guerra