ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 12448.736151/2011-91

CÓPIA

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

Processo nº	12448.736151/2011-91
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2202-002.254 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	16 de abril de 2013
Matéria	IRPF
Recorrente	BRUNO CONSTANTINO ALEXANDRE DOS SANTOS
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

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. EMPRESAS NAS COLIGADAS. INVESTIDA E INVESTIDORAS. LUCRO REFLETIDO NAS INVESTIDORAS. EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL.

É indevida a majoração do custo de aquisição na capitalização de lucros apurados na empresa investidora, apurado pelo Método de Equivalência Patrimonial, do mesmo lucro da sociedade investida, disponível como lucros e/ou reservas de lucros tanto para capitalização ou para retiradas pelos sócios.

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societário alienada, mediante a capitalização indevida de lucros e reservas refletidos da investida e oriundas de 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 liquido da sociedade alienada, com a conseqüente tributação do efetivo ganho de capital apurado.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

O art. 61, da Lei nº 9.430/96, e o art. 161, do CTN, autorizam a incidência de juros de mora tão somente sobre o valor do tributo, não abarcando a multa de ofício.

MULTA QUALIFICADA. DOLO. INEXISTÊNCIA.

A qualificação da multa de ofício só é aplicável quando a fiscalização constatar a existência de dolo de caráter penal. O mero intuito de economizar tributo não é conduta tipificada penalmente, e não enseja a qualificação da multa de ofício, ainda mais quando este intuito é realizado através de meios

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

lícitos, com operações às claras e baseado em interpretação razoável dos dispositivos existentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, QUANTO À MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA: Por maioria de votos, desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%. Vencido o Conselheiro Márcio de Lacerda Martins que mantinha a qualificação da multa de ofício. QUANTO À EXCLUSÃO DA INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO: Por maioria de votos, excluir da exigência a taxa Selic incidente sobre a multa de ofício. Vencidos os Conselheiros Antonio Lopo Martinez e Márcio de Lacerda Martins, que negaram provimento ao recurso nesta parte. QUANTO ÀS DEMAIS QUESTÕES: Pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Rafael Pandolfo (Relator), Fábio Brun Goldschmidt e Pedro Anan Junior. O Conselheiro Pedro Anan Junior acompanha o voto do Relator pelas conclusões. Designado para redigir o voto vencedor, na parte em que o Relator ficou vencido, o Conselheiro Antonio Lopo Martinez. Manifestaram-se, quanto ao processo, o contribuinte por meio de seu advogado Dr. Luís Cláudio Gomes Pinto, inscrito na OAB/RJ sob nº 88704 e a Fazenda Nacional, por meio da sua representante legal, Dra. Indiara Arruda de Almeida Serra (Procuradora da Fazenda Nacional).

(Assinado digitalmente)

Maria Lucia Moniz de Aragão Calomino Astorga – Presidente Substituta.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Maria Lucia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Fabio Brun Goldschmidt, Antonio Lopo Martinez, Rafael Pandolfo, Marcio de Lacerda Martins e Pedro Anan Junior.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

CÓPIA

1 Procedimento de Fiscalização

O recorrente foi intimado, em 22/06/10, a prestar as seguintes informações acerca da alienação de sua participação societária no grupo Pactual, no ano-calendário de 2006 (fls. 18-20 do e-processo):

a) demonstrativo analítico do ganho de capital auferido na alienação da participação societária;

b) nome/nome empresarial e CPF/CNPJ das Pessoas Físicas e/ou Jurídicas, respectivamente, adquirentes das participações societárias vendidas;

c) valor da alienação e forma de recebimento por adquirente;

d) composição e evolução do custo das ações alienadas com a especificação e quantificação das capitalizações dos lucros e reserva ocorridas nas sociedades do grupo Pactual que afetaram o referido custo;

e) condições de pagamento, especificando, caso a operação tenha sido realizada a prazo, valor, quantidade e datas de vencimento das parcelas, esclarecendo eventuais condições para diferimento dos valores a receber, bem como especificar o tratamento e as condições do eventual diferimento aplicado ao custo de aquisição das ações alienadas;

f) valor dos tributos recolhidos incidentes sobre os ganhos de capital;

g) todos os documentos que tenham respaldado a operação supracitada.

Os seguintes esclarecimentos foram apresentados pelo recorrente, em 28/06/10 (fls. 22-27 do e-processo):

a) o valor da alienação foi de R$ 15.730.846,59, com custo de aquisição da participação societária de R$ 7.690.665,00, resultando num ganho de capital de R$ 8.040.181,59. O valor foi recebido em parcelas, sendo uma de R$ 6.113.814,50, em R$ 01/12/06, correspondente a 38,8651% em relação à qual foi recolhido Imposto sobre a Renda de R$ 468.724,12. Acerca das demais parcelas, não foram prestadas informações;

b) o adquirente das 3.402.230 ações do Banco Pactual S.A. foi a UBS Brasil Participações Ltda., CNPJ nº 08.245.975/0001-91;

c) o custo de aquisição das ações era R$ 7.690.665,00. A evolução do custo de aquisição ocorreu da seguinte forma:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

1. compra de 100 quotas da Nova Pactual Participações Ltda. (NPP) por R$ 132,00;

2. integralização de 4.702.287 novas quotas da NPP, com a capitalização de créditos de lucros no valor de R$ 4.702.287,00;

3. a empresa NPP foi incorporada pela Pactual S.A. (PSA) em 2006, com o recorrente recebendo ações da PSA em substituição;

4. integralização de 2.988.261 ações da PSA com a capitalização de créditos de dividendos de R$ 2.988.261,00;

5. cisão parcial da PSA com versão de acervo para a Pactual Capital Partners Participações Ltda., com emissão de novas ações a custo de R$ 15,00, retirados da participação na PSA;

6. incorporação da PSA pelo Banco Pactual S.A., em 2006, com a substituição das ações.

d) o ganho de capital oferecida à tributação no ano-calendário de 2006 correspondeu à proporção da parcela recebida neste ano (38,8651%), sendo tributado à alíquota de 15%;

e) a UBS Aktiengesellschaft (AG), entidade constituída na Suíça, ficou responsável pelo pagamento das demais parcelas que cabiam ao recorrente.

O recorrente juntou, ainda, as DARF's para comprovar o recolhimento do valor apurado e o contrato de compra e venda das ações do Banco Pactual, traduzido por tradutor juramentado (fls. 792-914 do e-processo).

Em 14/07/10, o Fisco intimou o recorrente (fl. 28 do e-processo) a apresentar cópia autenticada de todos os documentos, hábeis e idôneos, que comprovassem a capitalização de créditos originados de lucros, no valor de R$ 4.702.287,00, e de dividendos, no valor de R$ 2.988.261,00.

Em reposta (fl. 30), o recorrente apresentou:

a) instrumento particular de 3ª Alteração do Contrato Social da Nova Pactual Participações Ltda., de 19 de setembro de 2006. (fls. 239-269 do e-processo);

b) instrumento particular de 4ª alteração do contrato social da Nova Pactual Participações Ltda., de 13 de outubro de 2006 (fls. 270-311 do e-processo);

c) ata de reunião de sócios-quotistas da Nova Pactual Participações Ltda., de 28 de abril de 2006 (fls. 318-322 do e-processo);

d) ata de assembleia de sócios quotistas da Nova Pactual Participações Ltda., de 13 de outubro de 2006 (fls. 323-335 do e-processo), onde consta a distribuição desproporcional dos lucros do exercício;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

e) ata de assembleia geral de sócios quotistas da Nova Pactual Participações Ltda., de 13 de outubro de 2006 (fls. 336-364 do e-processo), onde consta a aprovação da incorporação da Pessoa Jurídica pela Pactual S.A.

Em 03/09/10, o recorrente foi intimado a apresentar justificativa da falta de tributação do ganho de capital decorrente dos valores de R$ 4.702.287,00 e R$ 2.988.261,00, atribuídos pelo recorrente como "Custo das Ações do Banco Pactual S.A.". A resposta do recorrente foi no sentido de reiterar as alegações anteriores: tais valores correspondem a capitalização de lucros, que aumentaram indubitavelmente seu custo de aquisição, mas que advinham de origem isenta (fls. 35-36 do e-processo).

Em 13/10/10, o recorrente foi novamente intimado, desta vez para apresentar todos os documentos contábeis da operação envolvendo a venda do Banco Pactual S.A. no ano-calendário de 2009. Antes da resposta do recorrente, nova intimação foi expedida, desta vez requisitando a apresentação das cópias autenticadas em cartório de todos os Contratos de Câmbio, referentes aos recursos enviados às Ilhas Virgens Britânicas durante o ano-calendário de 2006.

O recorrente respondeu à última intimação apresentando os contratos de câmbio, cujos recursos — no total de US$ 900.000,00 — foram utilizados para integralizar capital da empresa BCAS Esco Limited (fls. 43-49 do e-processo). Quanto à anterior, após diversas reintimações, o recorrente respondeu (fls. 54-56 do e-processo), apresentando os documentos requisitados (que não constam nos autos).

2 Auto de Infração

Após análise dos documentos societários, contábeis e esclarecimentos apresentados, o Auditor Fiscal entendeu por bem lavrar auto de infração (fls. 122-128 do e-processo), constituindo crédito tributário de R$ 2.734.007,30, incluídos imposto, juros de mora e multa de ofício qualificada em 150%.

A explicação detalhada dos fatos apurados e critérios utilizados no lançamento estão presentes no Termo de Verificação Fiscal que acompanha o auto (fls. 82-121 do e-processo). A justificativa para a autuação, de acordo com o TVF foi:

> *[...] as pessoas físicas alienantes das ações do Banco Pactual S/A valeram-se da supracitada reorganização societária para desenvolver 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.*
>
> *De plano, registre-se que toda a análise teve como fundamento uma evidência que afronta os princípios econômicos e contábeis da formação do custo de aquisição de bens alienados, assim como contraria regras e correlações matemáticas elementares.*
>
> *Verificou-se UM ACRÉSCIMO NO CUSTO DAS AÇÕES ALIENADAS pertencentes ao acionista BRUNO CONSTANTINO ALEXANDRE DOS SANTOS da ordem de 199,83% [...], enquanto que o AUMENTO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO DO*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

BANCO PACTUAL S/A, entidade que concentrava toda a riqueza efetiva do grupo, foi de 89%.

No decorrer do TVF, foram explicitadas todas as operações de reorganização ocorridas nas empresas do grupo Pactual, desde dezembro de 2004:

2.1 NA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA:

a) 28/12/04: mudança do capital social da Pactual Participações Ltda., com aumento do capital social de R$ 125.000.321,05 para 335.000.321,71, mediante capitalização de parte dos lucros (R$ 210.000.000,66) retidos na conta de lucros acumulados da sociedade;

b) 31/12/05: mudança do capital social da Pactual Participações Ltda., com aumento do capital social para R$ 465.000.320,61, mediante capitalização de parte dos lucros (R$ 129.999.998,90) detidos na reserva de lucros da sociedade;

c) 31/12/05: incorporação da Pactual Participações Ltda. pela Pactual Participações S.A., com acréscimo de R$ 53.828.392,27 ao capital social da incorporadora, que passou a R$ 70.118.786,40;

2.2 NA PACTUAL PARTICIPAÇÕES S.A.:

a) 13/01/06: transformação da Pactual Participações S.A., em Nova Pactual Participações Ltda.;

b) 13/10/06: mudança do capital social da Nova Pactual Participações Ltda., com aumento 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;

c) 13/10/06: incorporação da Nova Pactual Participações Ltda. pela Pactual S.A., acrescentando R$ 33.593.148,46 ao capital social da incorporadora, que passou a R$ 97.841.295,93;

2.3 NA PACTUAL HOLDINGS S.A.:

a) 13/10/06: mudança do capital social da Pactual Holdings S.A., com aumento do capital social em R$ 31.299.033,50, para R$ 233.799.033,50, mediante a capitalização de R$ 202.500.000,00, parte a título de créditos detidos contra a sociedade e parte mediante capitalização da reserva legal da companhia;

b) 13/10/06: incorporação da Pactual Holdings S.A. pela Pactual S.A., acrescentando R$ 29.749.957,22 ao capital social da incorporadora, que passou a ser de R$ 64.248.147,47;

2.4 NA PACTUAL S.A.:

a) 01/11/06: mudança do capital social da Pactual S.A., com aumento de R$ 3.862.542,92, mediante capitalização dos créditos detidos pelos

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

acionistas Gilberto Sayão da Silva e André Santos Esteves contra a sociedade, passando a R$ 101.698.838,85;

b) 01/11/06: cisão parcial da Pactual S.A., com reversão de parcela do capital social para a Capital Partners Participações Ltda., no valor de R$ 5.000,00, em 01/11/06;

c) 03/11/06: mudança do capital social da Pactual S.A., com aumento de R$ 996.087.876,00, mediante capitalização dos créditos detidos pelos acionistas contra a Companhia, passando a ser de R$ 1.097.786,85;

c) 01/12/06: incorporação da Pactual S.A. pelo Banco Pactual, acrescentando R$ 1.149.597.660,18 ao capital social da incorporadora, sendo entregues aos acionistas da Pactual S.A. as correspondentes ações do Banco Pactual, que seriam alienadas ao UBS AG.

O recorrente ingressou o quadro societário na mudança ocorrida em 31/12/05 (item b do ponto 2.1), quando adquiriu 100 ações da Pactual Participações S.A. por R$ 132,00, e teve a seguinte variação patrimonial apresentada:

Empresas	Custo das Ações/Quotas em 31/12/2005	Créditos Capitalizados em 2006	Natureza
PACTUAL PARTICIPAÇOES S.A.	R$ 132,00		
NOVA PACTUAL PARTIC. S.A.		R$ 4.702.287,00	Crédito Capitalizado - Lucros
PACTUAL S.A.		R$ 2.998.261,00	Dividendos Capitalizados
Cisão Parcial PSA vertendo acervo a Capital Partners Part. Ltda.		-R$ 15,00	
TOTAL	**R$ 132,00**	**R$ 7.700.533,00**	**R$ 7.700.665,00**

Após relatar o que foi dito pelo recorrente durante o processo de fiscalização, o Auditor Fiscal passa a retratar as operações ocorridas nas empresas através de um exemplo, no qual utiliza as empresas Alfa e Beta. Com o exemplo, procurou mostrar como o método de equivalência patrimonial geraria lucro distribuível em cascata, e que a operação de capitalização dos lucros distribuíveis em cadeia gerava aumento artificial do custo de aquisição, que, se levado a graus mais elevados de sobreposição empresarial, chegariam à aniquilação total do ganho de capital na venda de ações. O ponto atacado no planejamento foi o fato de os recursos passíveis de distribuição e integralização estarem desde sempre na incorporadora final, motivo pelo qual não poderiam ter sido capitalizados nas empresas controladoras incorporadas que tiveram apenas lucro devido à equivalência patrimonial.

Desse modo, para reconstituir o custo de aquisição das ações alienadas, o Auditor Fiscal elabora apurado raciocínio para chegar à conclusão de que o verdadeiro custo de aquisição das ações do Banco Pactual S.A. é representado pelo Patrimônio Líquido da Pactual S.A., no montante de 1.149.610.206,41, com o desconto de R$ 290.754.000,06 recebidos pelos alienantes em 22/02/07 a título de dividendos, de acordo com a cláusula 6.13 do contrato de

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

compra e venda das ações do Banco Pactual à UBS AG. Sendo assim, o custo total de aquisição das ações do Banco Pactual corresponde a R$ 858.876.206,35.

Em relação ao contribuinte, sua participação societária foi alienada por R$ 15.730.846,59, em duas parcelas, sendo parte em 2006 (38,87%) e o restante em 2009. O custo de aquisição declarado por si foi de R$ 7.690.400,69, o que implicaria um ganho de capital de R$ 8.040.445,90, sobre o qual o recorrente recolheu Imposto sobre a Renda à época da recepção. No entanto, o critério considerado pelo Fisco fixou o custo de aquisição em R$ 2.565.038,78, o que aumentaria o ganho de capital para R$ 13.165.807,81, devendo ser recolhido imposto sobre a diferença entre o ganho de capital apurado pelo Fisco e o apurado e pago pelo recorrente.

O Fisco entendeu, por fim, que, por ter informado o valor do custo de aquisição de modo inexato, com o intuito de pagar menos imposto de renda, o recorrente efetuou fraude, tipificada no art. 72, da Lei nº 4.502/64. Nesse contexto, qualificou a multa de ofício, aplicando-a no patamar de 150%.

3 Impugnação

O recorrente apresentou impugnação ao lançamento, alegando, em suma:

a) o auto de infração não indica o dispositivo infringido, se limitando a citar uma variedade de dispositivos genéricos. A falta de indicação do dispositivo infringido é facilmente explicável: não houve infração alguma na reestruturação social ou na apuração de ganho de capital do caso;

b) a estrutura de holdings sobrepostas era existente há mais de 10 anos, e servia para facilitar a distribuição dos resultados, bem como preservar o controle por seus principais acionistas;

c) a venda poderia ter ocorrido de duas formas: compra das ações pelo UBS AG diretamente dos acionistas, ou da Pactual S.A. Como o contrato envolveu diversas obrigações aos sócios, a UBS AG tinha interesse de que a transação fosse efetuada diretamente pelos sócios pessoas físicas. É importante ressaltar que grande parte dos sócios era gerente de investimento do Banco Pactual, enquanto outros dos sócios eram famosos investidores, e que o interesse da UBS AG era mantê-los operando o fundo de comércio até a consolidação desse, bem como impedi-los de competir com a instituição financeira durante certo período de tempo. Ao mesmo tempo, seria interessante aos alienantes receber a quantia pessoal e individualmente, já que desse modo não seriam impactados caso um dos outros alienantes violasse a cláusula de não concorrência, que ensejava redução do valor da alienação;

d) ainda, após a venda das ações, as holdings deixariam de ter serventia, motivo pelo qual deveriam ser extintas. O processo de liquidação, contudo, é longo e relativamente complexo, motivo pelo qual a forma mais simples de encerrar as empresas seria através de incorporação;

e) no entanto, a incorporação de instituições financeiras é processo extremamente trabalhoso e delicado, devido ao sem número de regulamentações e restrições impostas ao setor, ainda mais quando a incorporadora não é uma instituição financeira. Por esses motivos, as

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

holdings controladoras é que deveriam ser incorporadas pelo Banco Pactual, e não o inverno, como seria o costumeiro;

f) sendo assim, a incorporação era o modo mais eficiente, pelo viés prático, operacional, negocial e fiscal de, ao mesmo tempo, extinguir as sociedades e passar a posse das ações do Banco Pactual aos acionistas das holdings;

g) o procedimento de incorporação se dá, via de regra, pelo aumento de capital da empresa incorporadora, que é capitalizado com o patrimônio líquido da incorporada. Nesta operação os sócios da incorporada recebem ações da incorporadora equivalentes a sua participação no aumento do capital. Desse modo, a substituição de ações é feita sem apuração de resultado, e é mantido o custo de aquisição do investimento;

h) no entanto, há uma particularidade nas incorporações reversas, como a do caso: como parte do patrimônio da incorporada é formado por ações da incorporadora, e essas ações são canceladas ou mantidas em tesouraria quando da incorporação, o capital social é aumentado e logo sofre redução pelo cancelamento das ações.

i) a capitalização dos lucros da incorporada ocorreria de qualquer modo, pois, ao incorporar o patrimônio líquido, também seriam incorporados os lucros a distribuir aos acionistas, e os acionistas da incorporada receberiam ações equivalentes a este valor, sem ganho de capital, mas com aumento do custo de aquisição;

j) não procede o argumento da Fiscalização de que as operações tiveram como intuito apenas aumentar o custo de aquisição. Em realidade, a distribuição prévia dos lucros teve como intuito distribuir os lucros de forma desproporcional, de modo a acertar as participações societárias. Caso fosse realizada a incorporação sem a distribuição dos lucros, todos os acionistas teriam o resultado distribuído em forma de ações da empresa incorporadora de modo proporcional a sua participação conforme explicado no ponto acima;

k) é errôneo o entendimento da Fiscalização de que os lucros de equivalência patrimonial não podem ser capitalizados. Esta é, inclusive, a justificativa para a tributação do lucro das coligadas e controladas no exterior mesmo antes da distribuição às controladas e coligadas em território nacional: o aumento patrimonial das controladas/coligadas repercute no patrimônio da controladora/coligada;

l) ainda, se fosse realizada a extinção das holdings ao invés das incorporações, os acionistas receberiam a restituição da participação no capital social da holding, que é completamente formado pelas ações da empresa controlada. Ainda, os bens são recebidos pelo valor contábil ou de mercado, e o ganho de capital em relação aos bens devolvidos é isento de imposto de renda, por força do art. 29, III, da IN nº 84, de 2001. Ou seja, pelo exemplo de Alfa e Beta utilizado no termo de verificação fiscal, a situação acabaria do mesmo jeito. No entanto, conforme já foi

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

exaustivamente dito, a incorporação era o método mais racional, eficiente e veloz de fazer com que as ações chegassem às mãos dos acionistas;

m) a legislação fiscal é falha, e possui casos em que o contribuinte sai prejudicado injustamente, assim como outros em que o contribuinte se beneficia da estrutura legal. Um exemplo no qual o contribuinte é prejudicado é quando existem reservas de reavaliação reflexa. Uma empresa com controladoras diretas e indiretas reavaliou um bem de seu ativo. Essa reavaliação gerou um aumento na participação dos controladores. Após esta reavaliação, um dos controladores vendeu a participação na controlada e apurou ganho de capital na venda, pagando imposto de renda. Logo em seguida, a controlada vende o bem do ativo e apura ganho de capital, pagando novamente imposto de renda. Ou seja, assim como uma reavaliação pode gerar duas riquezas tributáveis, uma mesma reavaliação pode gerar duas riquezas isentas, como no caso em liça;

n) o critério de apuração do custo de aquisição utilizado pelo Fisco é desprovido de fundamento legal. Ainda, no eventual caso de haver irregularidade na capitalização dos lucros da equivalência, deveria ter sido era desconsiderada a capitalização dos lucros da Pactual S.A., e apenas esta capitalização;

o) a reestruturação não foi abuso de direito, nem fraude. Os meios utilizados foram os mais eficientes, práticos e adequados às vontades das partes envolvidas no negócio jurídico, dos vieses negocial, econômico, fiscal e societário. Ademais, todo o negócio foi feito às claras. Conforme defende Marco Aurélio Greco, que é utilizado pelo Fisco como referência em matéria de fraude à lei, nos casos em que há a pretensa "fraude à lei" não deve ser aplicada multa, visto que a atuação se dá de acordo com o Direito vigente. Ou seja, mesmo que, em último caso, se entenda que o tributo é devido, a multa é inaplicável;

p) a qualificação da multa também é incabível, vez que em nenhum momento foi configurado o intuito doloso do recorrente, mas tão somente a existência de divergência quando ao critério de apuração do custo de aquisição;

q) por último, caso se considere que é devida a multa, sobre ela não devem incidir juros de mora, vez que isto agravaria a penalidade, e não pode-se falar em mora na exigência de multa.

4 Acórdão de Impugnação

A 21ª Turma da DRJ/RJI julgou improcedente a impugnação do recorrente, por unanimidade. Os fundamentos alinhados pelos julgadores foram:

a) não é nulo o auto de infração, pois foi lavrado com a fundamentação legal adequada, permitindo a defesa do autuado;

b) o auto de infração não contesta as incorporações, considerando-as legítimas. A discordância do Auditor Fiscal foi em relação à forma de avaliação das participações societárias, que majorou indevidamente o

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

custo de aquisição das participações societárias que foram alienadas à UBS AG;

c) na incorporação inversa, a variação patrimonial decorrente de MEP não pode ser incorporada ao capital social da empresa incorporadora, pois é destituída de lógica jurídica ou matemática a existência de direito econômico da incorporadora contra si mesma registrado no capital social;

d) admitir que o mesmo lucro possa ser, em razão da aplicação do MEP, capitalizado na empresa investidora e, posteriormente, com a incorporação reversa, novamente capitalizado na empresa incorporadora/investida é o mesmo que afirmar que os sócios da investidora teriam direito a receber nesta os lucros de equivalência patrimonial e, posteriormente, na empresa investida, receber os mesmos lucros. Uma vez embolsado o lucro pelos sócios, não há lucro a receber, seja na investida, seja na investidora;

e) não há impedimento legal ou contábil para que os lucros de equivalência patrimonial sejam capitalizados na sociedade investidora. Contudo, obrigatoriamente a capitalização desses lucros deve ter reflexos na contabilidade da sociedade investida, tanto para novas capitalizações, como para retiradas ou constituição de reservas. Considerando que nas incorporações reversas em questão os lucros permaneceram inalterados na sociedade incorporadora, as capitalizações na incorporadora não se restaram efetivas e, portanto, podem ser entendidas como meras "pré-capitalizações";

f) o critério de apuração do custo de aquisição de cada acionista utilizado pela Fiscalização foi o da participação no capital social da Pactual S.A., pois, independentemente de quais fossem os valores do capital inicialmente investido pelo sócio no grupo Pactual e dos lucros efetivamente obtidos e retidos no Grupo, a participação do Impugnante no capital social da Pactual S.A. não pode ser diferente da soma destes dois valores;

g) deste critério depreende-se que o custo de aquisição deve ser reduzido pelos valores recebidos a título de dividendos por usufruto das ações posteriormente à venda, no valor de R$ 872.201,26 para o recorrente, vez que isto reduziu o montante de lucros efetivamente obtidos e reditos na empresa;

h) é devida a qualificação da multa, posto que o recorrente majorou indevidamente o custo das ações alienadas em R$ 5.125.361,91, prestando ao Fisco informações falsas quanto a capitalizações de lucros, capitalizações estas que não possuíam suportes econômicos e legais;

i) embora por sua pequena participação não se possa dizer que o recorrente é culpado pelo processo de reestruturação, foi sua a opção se aproveitar do estratagema contábil ao apurar o ganho de capital da venda de suas ações;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

j) mesmo que se aceitasse a justificativa do recorrente de que a conduta preservaria a letra da lei, ainda assim, restar-se-ia patente a ofensa ao espírito dela, sendo o ato, portanto, de fraude à lei, envolvendo o abuso de direito;

k) a incidência de juros moratórios sobre a multa aplicada é correta, pois existe previsão legal nesse sentido, embora os juros só passem a ser aplicados a partir da data do vencimento da multa, motivo pelo qual não estão presentes no auto de infração.

CÓPIA

5 Recurso Voluntário

Ciente do acórdão de impugnação em 06/07/12, o recorrente apresentou recurso voluntário, em 25/07/12, reiterando os argumentos apresentados na impugnação, acrescentando ataque direto aos fundamentos da decisão, com os seguintes argumentos:

a) o MEP é obrigatório quando existe participação societária expressiva em coligada, ou no caso de controladas. Este método pode resultar em receita ou despesa de equivalência, que integrará as parcelas que comporão o resultado da empresa que avaliar seus investimentos pelo MEP. Esta receita de equivalência é isenta de Imposto sobre a Renda, exceto no caso de empresas coligadas/controladas no exterior. A receita de MEP, embora represente entrada financeira ainda potencial, constituiu uma receita definitiva da sociedade investidora;

b) por outro lado, isto não faz com que o lucro da investida torne-se o lucro da investidora, são lucros diferentes, e considerar que seja o mesmo é desconsiderar a existência da sociedade investidora e da autonomia das pessoas jurídicas e patrimônios;

c) ainda, a simplificação efetuada pelo lançamento é perigosa, pois deveria ao mesmo tempo impedir a dupla incidência já explicada na impugnação no caso de reavaliação de investimento da investidora decorrente de reavaliação de bem do ativo da investida, com posterior venda das ações da investida e do bem do ativo dessa, com consequente apuração de duplo ganho de capital;

d) esta suposta justiça econômica não se coaduna com a norma jurídica, violando-a, inclusive, e trazendo grave insegurança jurídica;

e) a tese de que a capitalização dos lucros decorrentes de MEP da investidora bloqueia a distribuição/capitalização pela investida é desprovida de fundamento legal, e consiste em inovação da Fiscalização, respaldada pela decisão da DRJ;

f) outro dos acionistas teve seu recurso julgado procedente no CARF, no acórdão nº 2102-01.938, da 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção do CARF, sob o fundamento de que em nenhum momento foi demonstrada na autuação a violação ao art. 135 do RIR/99;

g) o critério de apuração do custo de aquisição dos investimentos no Banco deve ser realizado a partir da evolução do custo dos investimentos adquiridos pelo recorrente, não o de participação no capital social. Nesse

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

contexto, a incorporação desencadeia substituição de ações, operação essa que possui caráter neutro, transportando o custo de aquisição do bem substituído para o bem substituinte;

h) quanto à multa, a própria Fazenda não conseguiu ao certo definir qual foi a infração cometida pelos acionistas, tanto que em diversos autos sobre o mesmo caso foram utilizados fundamentos diferentes, em relação aos mesmos fatos. Além disso, se existe alguma falha no raciocínio do recorrente quanto ao cálculo do custo de aquisição, o problema é de interpretação do art. 135, e não intuito de fraude;

i) por último, diversas são as decisões do CARF que afastam a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

É o relatório.

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto Vencido

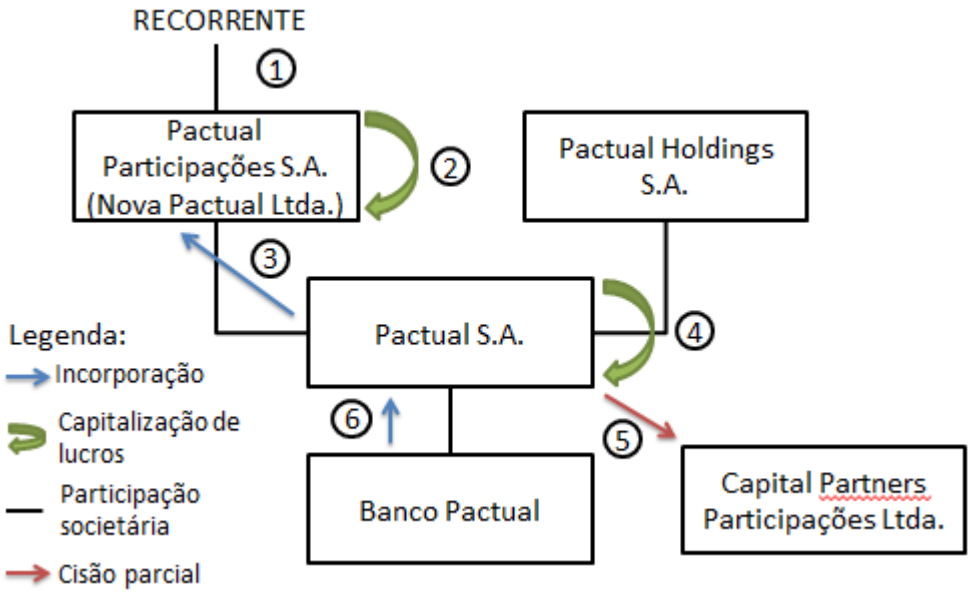
Conselheiro Rafael Pandolfo

1 ANÁLISE DA LEGALIDADE DAS AÇÕES DO RECORRENTE

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

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

O desenho da estrutura societária e das operações ocorridas que envolveram a participação societária do recorrente pode ser assim resumido:



1 – Entrada de Bruno Constantino na Pactual Participações S.A. (posteriormente convertida em Nova Pactual Participações Ltda), com a compra de 100 ações ao custo de R$ 132,00, em 31/12/05;

2 – Recebimento de R$ 4.702.287,00 a título de lucros distribuídos desproporcionalmente pela Nova Pactual Participações Ltda., seguida da capitalização desses lucros na sociedade, com o recebimento de 4.702.287 novas quotas, em 13/10/06;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

3 – Incorporação da Nova Pactual Participações Ltda. pela Pactual S.A, com o cancelamento das 4.702.387 quotas da Nova Pactual Ltda. e recebimento de 413.969 quotas da Pactual S.A., em 13/10/06;

4 – Recebimento de R$ 2.998.261,00 a título de lucros distribuídos pela Pactual S.A., seguida de capitalização desses lucros na sociedade, com o recebimento de 2.998.261 novas ações da Pactual S.A., em 01/11/06;

5 – Cisão parcial da Pactual S.A., com reversão de parcela do capital social para a Capital Partners Participações Ltda., e recebimento de 150 quotas, no valor de R$ 15,00, em 01/11/06;

6 – Incorporação da Pactual S.A. pelo Banco Pactual S.A., com o cancelamento das 3.402.230 ações da Pactual S.A., e recebimento de 3.402.230 ações do Banco Pactual S.A., em 03/12/06.

Com razão a fiscalização aponta – fl. 105 - que *"o método adotado pelo contribuinte para aumentar desproporcionalmente o custo de suas ações e reduzir o imposto de renda devido na alienação induz a crer que existiria uma deficiência ou lacuna na legislação do imposto de renda, que permitiria eliminar o ganho de capital na alienação de participações societárias, bastando, para tanto, a criação de diversas holdings "de papel" inseridas entre os sócios pessoas físicas e a sociedade produtiva, que, pela repetição de capitalizações com lucros do mesmo exercício social, intercalada com incorporações às avessas, seria possível aumentar o custo das ações até o montante do valor da venda destas e, consequentemente, seria possível, com esse método adotado pelo contribuinte, zerar o ganho de capital na alienação de participações societárias e o imposto de renda decorrente, mediante o aumento desproporcional do custo de aquisições.*

Isto é, a criação de estruturas nos moldes acima transcritos teria, sem dúvida, como efeito o aumento artificial do custo de aquisição das ações, conduta rechaçada pela jurisprudência desse Conselho, conforme se observa:

> *CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. ENCARGO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO COM UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. ÁGIO DE SI MESMO. ABUSO DE DIREITO.*
>
> *O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes.* ***A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem a alteração do controle das sociedades envolvidas, sem qualquer desembolso e com a utilização de empresa inativa ou de curta duração (sociedade veículo) constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização. A utilização dos formalismos inerentes ao registro público de comércio engendrando afeiçoar a legitimidade destes atos caracteriza abuso de direito.***
>
> (CARF. Primeira Seção de Julgamento. 1ª Câmara. 3ª Turma Ordinária. Ac. nº 1103-00.501. Rel. Conselheiro José Sérgio Gomes. Julg. em 30/06/11).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Entendo, entretanto, que o julgamento não deve ficar adstrito ao plano das hipóteses ligadas ao tema de fundo analisado, mas construir um significado concreto ligado às peculiaridades do caso (pragmática). Nesse ponto, acho relevante diferenciar (i) a conduta materializada na criação de uma estrutura societária desprovida de conteúdo econômico, com a finalidade exclusiva de economizar tributos, (ii) da conduta do contribuinte que, diante de uma estrutura previamente existente, opta pela adoção de um caminho que lhe confere menor custo tributário. Essa parece ser a hipótese ora analisada.

Analisando-se o caso concreto denota-se que, conforme se pode constatar em fls. 312 a 314, a estrutura que possibilitou o aumento do custo de aquisição das ações do recorrente existia, no mínimo, há mais de dois anos da data da venda das ações do Banco Pactual S.A. Mais que isso, consultando o sistema COMPROT se pode constatar a existência de processos administrativos datados de 2002, o que sugere que as empresas existiam, muito antes desta data.

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

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

Mas não. O recorrente utilizou a possibilidade de aumento do custo de aquisição do investimento, prevista no art. 135 do RIR/99, para minimizar o impacto tributário na operação de venda de sua participação no Banco Pactual S.A. Se a utilização desse mecanismo gerou distorção entre a evolução do patrimônio líquido do Banco e a evolução do aumento do custo do investimento do recorrente – e isso é um fato, de forma evidente há uma distorção econômica -, essa é mais uma, dentre tantas distorções permitidas/previstas na lei, que ora atuam em favor dos contribuintes, ora em desfavor. Como exemplo, podemos citar a limitação da compensação do prejuízo fiscal acumulado pelas empresas no percentual de 30%, restrição legal cujo efeito é a criação artificial de um lucro fiscal que não encontra respaldo na situação patrimonial do contribuinte.

Em outros termos, o fato de o lucro obtido no Banco Pactual S.A. gerar reflexos de resultado positivo na sua controladora (Pactual Holding S.A.) e também na empresa que controla essa última (Nova Pactual Ltda.), através do MEP ***não encontra qualquer óbice legal***. Do mesmo modo, não há qualquer impedimento legal nas capitalizações desses resultados aos quotistas da Nova Pactual Ltda. e, posteriormente, aos acionistas da Pactual Holding S.A., ainda que provenientes do lucro existente no Banco Pactual S.A. Pelo contrário, tanto a fiscalização quanto a decisão recorrida admitem que, se houvesse em caixa dinheiro disponível, o lucro obtido com o MEP, tanto numa quanto noutra empresa controladora, poderia ser distribuído aos sócios. Portanto, se o lucro poderia ter sido distribuído aos sócios,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

por que o resultado positivo auferido através do MEP não poderia ser capitalizado, aumentando o custo de aquisição do investimento do quotista/acionista, nos termos previstos pelo art. 135 do RIR/99?

Nesse compasso, a fiscalização busca enquadrar o aumento do custo de aquisição do investimento engendrado pelo recorrente, com base no art. 135 do RIR/99, como abuso de direito. Tal abuso de direito, inclusive, teria caracterizado fraude à legislação tributária (segundo concluiu a decisão recorrida). Abaixo, transcreve-se um trecho do Termo de Verificação Fiscal (fl. 120) que ilustra o pensamento da fiscalização:

> *O abuso de Direito está intimamente ligado à idéia segundo a qual não há direito ilimitado, e* ***a distinção entre o direito, e a forma pela qual é este exercitado, revela-se de notável importância para a caracterização do abuso do direito, e em consequência, permite o estabelecimento de limites para o planejamento tributário, a partir dos quais a conduta destinada a evitar, ou reduzir o tributo, caracteriza "fraude fiscal".***
>
> *Como tal, pode ser considerado o uso de fórmulas anômalas, absolutamente inusuais, cuja validade não pode ser razoavelmente sustentada mesmo no âmbito do Direito em que está situada a figura jurídica então deformada.*
>
> *O abuso de direito pode ser definido, portanto, como sendo o exercício egoístico, normal do direito, sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou voluntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrário ao critério econômico e social do direito em geral.*
>
> *O certo é que no mundo atual, pós era liberal, o abuso de direito é contrário a tendência socializante do direito, na sua vontade de sempre o direto, qualquer que seja, atender à sua função social.*
>
> *Assim com o abuso de forma, o abuso de direito é desdobramento da interpretação econômica do direito tributário.* ***O abuso de direito considera ilícita a conduta do contribuinte que pratica negócios jurídicos visando exclusivamente à economia de imposto, tendo como fundamento o uso imoral do direito. O intérprete aplicaria uma regra moral própria, convertendo-a numa regra jurídica a incidir em cada caso. Para cada situação exigirá uma regra moral específica. Seu campo de incidência é o plano da moral, o que rejeita o princípio da legalidade e o valor da segurança jurídica.*** *(Grifamos).*

A peça fiscal busca sustentação expressa na clássica interpretação econômica do direito tributário, sustentando que nela é papel do intérprete a aplicação de uma regra moral própria em detrimento da legalidade e da segurança jurídica. Cabe lembrar que a Teoria da Interpretação Econômica do Direito, nascida nos idos de 1919 na Alemanha, sob a regência de Enno Becker, permitiu aos entes fiscais ultrapassar a linha tênue que existe entre a legalidade e o arbítrio, pois a legislação fiscal foi simplificada a ponto de os fatos geradores serem regidos pelos efeitos econômicos, e não pela forma jurídica que assumiam.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Não se discorda que as operações analisadas acarretaram uma distorção entre os planos tributário e patrimonial. Essa distorção, no entanto, não decorreu num contexto societário/ jurídico artificialmente criado. Exigir que o contribuinte, nesse contexto, não percorra o caminho tributariamente menos oneroso e dele retire seus efeitos tributários implica sacrificar desnecessariamente a legalidade e substituí-la pelo "princípio da maior capacidade contributiva" (sic). As distorções existentes entre os efeitos prescritivos previstos pelo ordenamento e sua correspondência patrimonial, no presente caso, possuem foro específico para correção: poder legislativo.

Aliás, sob o ponto de vista econômico, o subjetivismo da "criação normativa realizada pelo intérprete", em prejuízo do regime jurídico genericamente estendido a todos os contribuintes agrega desnecessária incerteza nos agentes econômicos, num claro prejuízo ao crescimento do país, como já havia constatado Adam Smith, em 1776:

> *O tributo que cada indivíduo está obrigado a pagar deve ser certo, e não arbitrário. O tempo do pagamento, o modo de pagamento, a quantidade a ser paga, tudo deve ser claro e evidente ao contribuinte, e a qualquer outra pessoa. Onde isso é diferente, cada pessoa sujeita à tributação é posta em maior ou menor grau à mercê do coletor de impostos, que pode tanto agravar o tributo incidente sob cada contribuinte antipático, ou extorquir, pelo temor desta agravação, algum presente ou gratificação para si mesmo. A incerteza da tributação encoraja a insolência e favorece a corrupção de uma categoria de homens que são naturalmente impopulares, mesmo quando não são insolentes ou corruptos.* ***A certeza do que cada indivíduo deve pagar é, na tributação, uma questão de tão grande importância que um considerável grau de desigualdade, parece****, eu creio,* ***da experiência de todas as nações, não está próximo de representar um mal tão grande quanto um pequeno grau de incerteza.***
>
> *(Tradução livre de: SMITH. Adam.* ***An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations****. Edited by S. M. Soares. MetaLibri Digital Library, 29th May 2007. Book V: "Of the Revenue of the Sovereign or Commonwealth", chap. II: "Of the Sources of General or Public Revenue of the Society", part III: "Of Taxes", par. II. p. 639-640.)*

Desse modo, entendo que o recurso merece provimento, pois não há contexto que autorize a desconsideração dos efeitos tributários estendidos pelo ordenamento ao contribuinte, que acabaram acarretando o aumento do custo de aquisição das ações por ele vendidas e a consequente redução do seu ganho de capital.

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

Além disso, em razão de o contrato de venda do Banco Pactual S.A. prever o pagamento de "ex-dividendos" (apurados após a venda, no valor de R$ 290.754.000,06) aos ex-acionistas, a 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, 0,30%), para chegar ao alegado valor do custo de aquisição do investimento do recorrente - R$ 2.565.038,78.

O auto de infração, nesse ponto, adota critério incoerente e desprovido de respaldo legal.

O art. 135 do RIR/99, conforme já referido, define que o custo de aquisição do investimento, no caso de quotas ou ações distribuídas em razão da incorporação de lucros, como é o caso dos autos, será igual à parcela do lucro capitalizada, que corresponder ao sócio ou acionista:

> *Art. 135. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista (Lei nº 9.249, de 1995, art.10, parágrafo único).*

A peça fiscal utiliza como premissa a inviabilidade dos efeitos causados pela dupla capitalização na composição do custo de aquisição do recorrente. A consequência lógica seria a glosa das ações recebidas pelo recorrente na segunda capitalização, caminho, aliás, trilhado noutros autos de infração lavrados contra os demais acionistas. Desse modo, o lançamento manteria sua indispensável coerência intranormativa. Neste mesmo compasso, ao apresentar contra-razões ao recurso voluntário do processo nº 19515.720169/2011-79, que trata de auto de infração lavrado contra outro acionista do Banco Pactual, com fulcro no mesmo objeto (discordância quanto ao duplo resultado pelo MEP em razão de um só lucro) a Procuradoria da Fazenda Nacional se manifestou concordando com a primeira capitalização do lucro obtido através da aplicação do MEP, ocorrida antes da incorporação de Novo Pactual Ltda., conforme se observa:

> *"Pois bem. Em 13 de outubro de 2006, foi realizada a primeira capitalização, ocorrida na Nova Pactual Participações Ltda. Os sócios aprovaram o aumento do seu capital social em R$ 686 milhões, que passa de R$ 70.118.786,40 para R$ 756.118.786,40, e cuja integralização foi efetuada mediante a capitalização de créditos que os referidos sócios possuíam frente a empresa (conforme balanço relativo a 31.08.2006), provenientes de distribuição de dividendos.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *É certo que, em razão do que determina o art. 135 do RIR/99, o Contribuinte promoveu o aumento no valor do custo de aquisição de sua participação nessa empresa no montante de R$ 70.451.635,00. Até aqui, não existe nenhuma irregularidade.*
>
> *[...]*
>
> *Entretanto, o contribuinte se apegou ao art. 135 do RIR/99 e se "esqueceu" do contexto fático que envolveu a alienação das mencionadas ações. Ele tenta fazer prevalecer a tese de que o lucro gerado pelo Banco Pactual, a única operacional do grupo, pode ser utilizado em mais de uma capitalização dentro de um mesmo grupo de empresas.*
>
> *A equivocada interpretação adotada pelo contribuinte teve como resultado prático a utilização sucessivas vezes de um único lucro, mesmo não havendo suporte econômico para tanto."*

O critério que deveria ter sido utilizado pela fiscalização para apuração do custo do investimento do recorrente seria, segundo a orientação da própria Procuradoria da Fazenda Nacional, efetuar a evolução do custo de aquisição a partir da primeira capitalização ocorrida na empresa Novo Pactual Ltda. Jamais poderia adotar outro método, por absoluta falta de fundamento legal.

Entretanto, o crédito tributário foi constituído a partir de um arbitramento realizado em prejuízo do preceito legal cogente e aplicável (RIR, art. 135), e em descompasso com os limites contidos no art. 148, do CTN. Isto porque, o arbitramento somente poderia ter sido utilizado se fossem omissos ou não merecessem fé: ***i)*** as declarações ou esclarecimentos prestados pelo recorrente; ou ***ii)*** os documentos por ele apresentados, conforme prevê o art. 148, do CTN, *in verbis*:

> *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.*

Esses requisitos de cabimento do arbitramento estão consubstanciados na jurisprudência deste Conselho:

> *ARBITRAMENTO DE CUSTO DE CONSTRUÇÃO - SINDUSCON/PINI - **As hipóteses de arbitramento encontram-se definidas no art. 148 do CTN e alcançam a ausência de documentação ou documentação imprestável. Na segunda hipótese, cabe ao fisco comprovar que a documentação apresentada pelo contribuinte não é merecedora de fé e somente após proceder ao arbitramento.** É improcedente o auto de infração que se utiliza de arbitramento para fixar o custo de construção, que origina o acréscimo patrimonial a descoberto, quando o contribuinte presta os esclarecimentos solicitados e*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *apresenta os documentos probatórios dos fatos arbitrados pela fiscalização. Recurso especial negado.*
>
> *(CARF, Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1ª Turma, AC 40104813. Julg. em 02/12/03)*

CÓPIA

> *PREVIDENCIÁRIO. HELD. FALTA DE ATENDIMENTO A SOLICITAÇÃO DE ELEMENTOS EFETUADA PELO FISCO. ARBITRAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES. CABIMENTO.*
>
> *Quando o sujeito passivo, regularmente intimado, deixa de apresentar ao fisco documentos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal, a legislação autoriza a apuração do crédito por arbitramento, ficando o contribuinte com o encargo comprovar o contrário.*
>
> *(CARF. 2ª Seção. 4ª Câmara. 1ª Turma Ordinária. Ac. nº 2401-00.966. Rel. Kleber Ferreira de Araújo. Julg. em 28/02/10)*

Entretanto, não foi o que se verificou no caso em tela, pois, instado a apresentar documentos e prestar esclarecimentos o recorrente sempre atendeu prontamente à fiscalização.

Deste modo, tanto a incoerência intranormativa do lançamento acima apontada, como o expresso comando previsto pelo art. 135 do RIR/99, demonstram a invalidade do critério jurídico utilizado na fixação da base e cálculo, que fulminou o direito subjetivo da Fazenda.

3 DA MULTA APLICADA

Ao lavrar o auto de infração, o Fisco entendeu por bem lançar a multa de ofício de 75%, prevista no art. 44, I da Lei nº 9.430/96, duplicada para 150% de acordo com o §1º desse dispositivo, por fraude à fiscalização tributária, imputando ao recorrente o tipo penal do art. 72, da Lei 4.502/64:

> *Lei nº 9.430/96*
>
> *Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*
>
> *I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;*
>
> *§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.*
>
> *Lei nº 4.502/64*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

Para embasar seu entendimento, o lançamento traz trecho do acórdão DRJ/RJO I nº 9.283, de 28/12/05, do qual extraiu o entendimento de que qualquer conduta destinada a evitar, ou reduzir o tributo, caracteriza "fraude fiscal".

Não vislumbro qualquer traço de fraude na conduta adotada pelo contribuinte, que desde o início agiu com lhaneza, fornecendo todas as informações e documentos necessários à compreensão da sua interpretação dos dispositivos legais aplicados. A eventual manutenção do crédito tributário – que acarretaria a discussão sobre o percentual sancionatório aplicável – decorreria de mera divergência interpretativa que, no caso do contribuinte, foi alicerçada em sólidas convicções.

Essa é, também, a visão desta turma acerca do caso, que, inclusive, serviu para afastar a qualificação da multa nos casos de outros envolvidos na operação, conforme ementa abaixo:

> *MULTA QUALIFICADA*
>
> *Em suposto planejamento tributário , quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts. 71 a 73 da Lei n° 4.502/64.*
>
> (CARF. Segunda Seção. 2ª Câmara. 2ª Turma Ordinária. Ac. nº 2202-002.164. Rel. Conselheiro Antonio Lopo Martinez. Julg. em 19/02/13)

Desse modo, haja vista que todas as operações ocorreram às claras, que todos os documentos foram apresentados à Fiscalização quando requisitados, e que não foi demonstrado dolo penal no presente caso, mas somente divergência quanto aos critérios de apuração do custo de aquisição das participações societárias, fica claro que não é devida a qualificação da multa de ofício por fraude.

Sendo assim, caso seja mantido o auto de infração, entendendo que deve ser provido o recurso voluntário, nesse ponto, para que a multa aplicada seja reduzida ao patamar de 75%.

4 DA APLICAÇÃO DOS JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

O recorrente não se conforma, ainda, com a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício, matéria regida pelo art. 62, §3º da Lei nº 9.430/96, abaixo transcrito:

> *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.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subseqüente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.*
>
> *§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.*
>
> ***§ 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 subseqüente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.***

CÓPIA

O desate do ponto passa pela definição da expressão "débito" grandeza utilizada como referência pelo legislador sobre a qual incidirá a Taxa Selic.

O débito tributário é a relação inversa do crédito tributário, direito subjetivo da Fazenda de exigir do sujeito passivo o cumprimento da obrigação tributária. Essa, como bem aponta o Código Tributário Nacional (art. 3º), tem como pressuposto a licitude do fato subsumido à materialidade da regra-matriz de incidência. A multa, por sua vez, decorre do descumprimento de ato ilícito e não se confunde com o crédito tributário em sentido estrito.

Nesse contexto, o Código Tributário Nacional – norma geral tributária que condiciona a interpretação e a validade da legislação ordinária editada pelas pessoas jurídicas de direito público -, prescreve, em seu art. 161 (caput), que "o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária."

Entendo que a ordem dos fatores, no caso, altera o produto. Como se observa, o enunciado prescritivo acima referido estabelece que, sobre o valor devido a título de tributo (débito) incidirão juros moratórios, independentemente da aplicação de quaisquer outras parcelas sancionatórias, incidentes, conjuntamente, *sobre o débito.* Noutros termos, juros e multa incidem sobre o débito tributário, tal qual ora compreendido. Nesse sentido, peço licença para reproduzir acórdão desse Conselho que traduz minha convicção:

> *IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ*
>
> *ANO-CALENDÁRIO: 2000*
>
> *LUCROS NO EXTERIOR. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃOSOCIETÁRIA.*
>
> *A alienação de participação societária não caracteriza disponibilização de lucros por coligada ou controlada no exterior.*
>
> *ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ*
>
> *ANO-CALENDÁRIO: 2000*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *A emissão de fixed rate notes com natureza de mútuo. a emissão de frn (fixed rate notes) adquiridas integralmente por uma única pessoa jurídica, ligada à emitente, tem natureza de mútuo.*
>
> *ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ*
>
> *ANO-CALENDÁRIO: 2000*
>
> ***JUROS SOBRE MULTA DE OFICIO.***
>
> ***A lei 9,430/96 não prevê a incidência de juros de mora sobre a multa de oficio. O art. 161, § 1 ª, que se subordina ao caput, prevê supletivamente a aplicabilidade de juros de mora à taxa de 1% ao mês. O art.161, caput, do CTN prevê a incidência de juros de mora antes de imposição das penalidades cabíveis. Sobre a multa de oficio são inaplicáveis juros de mora.***
>
> (CARF. 1º Seção. 1ª Câmara. 3ª Turma Ordinária. Acórdão nº 1103-00.193. Rel. Conselheiro Aloysio José Percínio da Silva. Julg. 18/05/10)

É importante frisar que o art. 161, do CTN, versa sobre a atualização da obrigação tributária, sem se pronunciar acerca da atualização das penalidades pecuniárias, tanto para permitir quanto para proibir. Desse modo, ficou em aberto o espaço para que a legislação ordinária dispusesse sobre esta possibilidade. Com esta prerrogativa, o legislador decidiu pela aplicação da correção da multa quando esta é lançada isoladamente, o que restou consignado no art. 43 da Lei nº 9.430/96:

> *Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.*
>
> *Parágrafo único**. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subseqüente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.***

Sendo assim, entendo que somente incidirão juros de mora sobre a multa de ofício quando esta for lançada de modo isolado, vez que o art. 61 da mesma Lei, que trata sobre o lançamento do crédito tributário institui regime diferente para quando estas duas parcelas são exigidas em conjunto. Nesse contexto, peço licença para transcrever o voto da Conselheira Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, que chega à mesma conclusão:

> *A incidência cumulativa da Taxa Selic está prevista apenas nos casos de lançamento isolado de multa ou juros de mora, nos termos do art. 43 da Lei nº 9.430, de 1996*
>
> *[...]*
>
> *Conclui-se, assim, que também na legislação ordinária não existe previsão para a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(CARF. 2ª Seção de Julgamento. 2ª Câmara. 2ª Turma Ordinária. Ac. 2202-001.985. Rel. Conselheira Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga. Julg. em 18/09/12)

Portanto, no caso de ser mantido o auto de infração, entendo que não cabe a incidência de juros sobre a multa de ofício aplicada, devendo ser provido o recurso voluntário, nesse ponto.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Redator designado

O presente voto refere-se tão somente em relação a matéria na qual o Conselheiro Relator, restou vencido. Destaque-se portanto que aquele voto é condutor das razões de votar da maioria da turma no que toca a MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA e no referente a EXCLUSÃO DA INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

Inobstante, respeitável entendimento do Conselheiro Relator, no que se refere as DEMAIS QUESTÕES, divirjo da posição deste.

O processo versa fundamentalmente sobre a validade do procedimento adotado pelo recorrente para a apuração do custo de aquisição da ações do Banco Pactual que foram alienadas a UBS Brasil.

Da análise do caso concreto, identifico que a operação ainda que revestida de aparente legalidade no que toca as partes isoladas, cria no conjunto uma situação irreal e artificial, que não condiz com o que o nosso sistema tributário almeja.

No caso concreto não tenho dúvidas que houve o aumento do custo de aquisição, fundamentado no procedimento adotado, deliberado e intencionalmente, materializado para assegurar o aumento do custo de aquisição pelo efeito multiplicativo dos resultados do Banco Pactual.

Entendo que no processo de hermenêutica, o operador do direito tributário deve empreender um esforço, para a aplicação da norma tributária mais consistente e rigorosamente compatível com o princípio da certeza do direito, na adequação da verdade material como exige o nosso artigo 145, parágrafo primeiro da Constituição.,

> ***Art. 145.*** *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:*
>
> ***§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.***

Segundo o recorrente, a validade do método encontra respaldo no artigo 135 do RIR:

> *Art. 135. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

sócio ou acionista (Lei nº 9.249, de 1995, art.10, parágrafo único).

Nas operações em cotejo, os lucros apurados decorrem de lucros reconhecidos no Banco Pactual, materializados nos resultados de equivalência patrimonial. O método de Equivalência Patrimonial é assim denominado, pois o seu cálculo se baseia no valor do patrimônio líquido da empresa coligada ou controlada, diferentemente do método do custo, que somente considera o valor efetivamente desembolsado no momento da aquisição.

Urge preliminarmente destacar, que inobstante o procedimento contábil adotado, destaque-se que para a Contabilidade, os registros contábeis em conjunto devem refletir a **essência e a realidade econômica**, tal como se destaca da análise da estrutura conceitual da contabilidade que enfatiza a primazia da essência sobre a forma.

A equivalência patrimonial não é mais do que uma forma de atualização contínua do valor do investimento, que consiste na avaliação na empresa investidora, dos investimentos pelas variações do patrimônio líquido da empresa investida, mediante reconhecimento direto das variações apuradas, lucros, perdas ou prejuízos, para os fins de determinação do aumento ou da redução do valor investido.

Entrementes, a equivalência patrimonial presta-se para a determinação do capital aplicado que pertence ao seu titular e suas variações patrimoniais no período, pois há de levar em conta:

(i) o patrimônio líquido atual da controlada ou coligada;

(ii) o custo de aquisição da participação societária e

(iii) o valor do investimento, com os reflexos do resultado da controlada ou coligada.

Toda a apuração da equivalência patrimonial, portanto, dependerá da determinação contábil do patrimônio líquido da sociedade investida, conforme exige o art. 248, I, da Lei nº 6.404/76. E a razão é evidente: "os conceitos de patrimônio líquido e de capital próprio representam o mesmo objeto - a quota-parte ideal de capital existente no ativo que é de propriedade do titular do patrimônio". Assim, a conta de investimentos da controladora variará segundo a variação do patrimônio líquido na controlada ou coligada, ou ainda pelo percentual da respectiva participação.

De modo resumido, a equivalência patrimonial tem a função de atualizar os investimentos relevantes em empresas controladas ou coligadas conforme os resultados forem sendo apurados nestas entidades, independentemente da distribuição dos lucros apurados. E para investimentos que não se qualificarem como relevantes, emprega-se o método de custo de aquisição (art. 183, III, da Lei nº 6.404/76) .

O método de equivalência patrimonial deve refletir sempre a essência econômica, o verdadeiro valor do investimento da controladora, com os ajustes inerentes ao lucro ou prejuízo obtido e seus efeitos fiscais, o que se depreende da interpretação sistemática da legislação fiscal, compreendida à luz dos conceitos contábeis.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A patrimonialidade vincula-se ao conteúdo econômico, porque está intimamente vinculada ao valor econômico dos bens e direitos. Por isso, no Direito, a patrimonialidade somente tem sentido quando vinculada ao conceito de "direitos" (subjetivos), sobre coisas (reais) ou contra pessoas (pessoais). Daí que, sendo o patrimônio composto não de bens materiais, mas de direitos, qualquer acréscimo patrimonial há de ser de direitos (reais ou pessoais), logo, como uma "disponibilidade jurídica" efetiva, e não apenas artificial.

Para dar destaque a irregularidade do procedimento adotado pelo recorrente cabe apontar aquilo que prescreve ao CPC 18, que versa sobre os procedimentos para a equivalência patrimonial.

> *26. Muitos dos procedimentos que são apropriados para a aplicação do método da equivalência patrimonial são similares aos procedimentos de consolidação, descritos no Pronunciamento Técnico CPC 36 – Demonstrações Consolidadas. Além disso, os conceitos que fundamentam os procedimentos utilizados para contabilizar a aquisição de controlada devem ser também adotados para contabilizar a aquisição de investimento em coligada ou em empreendimento controlado em conjunto.*
>
> *27. A participação de grupo econômico em coligada ou em empreendimento controlado em conjunto é dada pela soma das participações mantidas pela controladora e suas outras controladas no investimento. As participações mantidas por outras coligadas ou empreendimentos controlados em conjunto do grupo devem ser ignoradas para essa finalidade. Quando a coligada ou empreendimento controlado em conjunto tiver investimentos em controladas, em coligadas ou em empreendimentos controlados em conjunto (joint ventures), o lucro ou prejuízo, os outros resultados abrangentes e os ativos líquidos considerados para aplicação do método da equivalência patrimonial devem ser aqueles reconhecidos nas demonstrações contábeis da coligada ou do empreendimento controlado em conjunto (incluindo a participação detida pela coligada ou pelo empreendimento controlado em conjunto no lucro ou prejuízo, nos outros resultados abrangentes e nos ativos líquidos de suas coligadas e de seus empreendimentos controlados em conjunto), após a realização dos ajustes necessários para uniformizar as práticas contábeis (ver itens 35 e 36). Esse mesmo procedimento deve ser aplicado à figura da controlada no caso das demonstrações contábeis individuais.*
>
> *28. Os resultados decorrentes de transações ascendentes (upstream) e descendentes (downstream) entre o investidor (incluindo suas controladas consolidadas) e a coligada ou o empreendimento controlado em conjunto devem ser reconhecidos nas demonstrações contábeis do investidor somente na extensão da participação de outros investidores sobre essa coligada ou empreendimento controlado em conjunto, desde que esses outros investidores sejam partes independentes do grupo econômico a que pertence a investidora. As transações ascendentes são, por exemplo, vendas de ativos da coligada ou do empreendimento controlado em conjunto para o investidor. As transações descendentes são, por exemplo, vendas de ativos do investidor para a coligada ou para o empreendimento*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

controlado em conjunto. A participação do investidor nos resultados resultantes dessas transações deve ser eliminada.

28A. Os resultados decorrentes de transações descendentes (downstream) entre a controladora e a controlada não devem ser reconhecidos nas demonstrações contábeis individuais da controladora enquanto os ativos transacionados estiverem no balanço de adquirente pertencente ao mesmo grupo econômico. O disposto neste item deve ser aplicado inclusive quando a controladora for, por sua vez, controlada de outra entidade do mesmo grupo econômico.

28B. Os resultados decorrentes de transações ascendentes (upstream) entre a controlada e a controladora e de transações entre as controladas do mesmo grupo econômico devem ser reconhecidos nas demonstrações contábeis da vendedora, mas não devem ser reconhecidos nas demonstrações contábeis individuais da controladora enquanto os ativos transacionados estiverem no balanço de adquirente pertencente ao grupo econômico.

28C. **O disposto nos itens 28A e 28B deve produzir o mesmo resultado líquido e o mesmo patrimônio líquido para a controladora que são obtidos a partir das demonstrações consolidadas dessa controladora e suas controladas. Devem também, para esses mesmos itens, ser observadas as disposições contidas na Interpretação Técnica ICPC 09 - Demonstrações Contábeis Individuais, Demonstrações Separadas, Demonstrações Consolidadas e Aplicação do Método da Equivalência Patrimonial..**

Por sua vez, assim define o CPC 36 que versa sobre as demonstrações consolidadas:

B86. Demonstrações consolidadas devem:

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

(b) compensar (eliminar) o valor contábil do investimento da controladora em cada controlada e a parcela da controladora no patrimônio líquido de cada controlada (o Pronunciamento Técnico CPC 15 explica como contabilizar qualquer ágio correspondente);

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

que surgem da eliminação de lucros e prejuízos resultantes de transações intragrupo.

Desse modo, inegavelmente, aumenta-se o custo do Banco Pactual não através de recursos, mas através de reflexos/imagens de recursos, o que se torna patente ao compararmos o aumento do patrimônio líquido do Banco Pactual no período de 31/12/2005 a 31/11/2006 ao acréscimo do custo de aquisição das ações do contribuinte no mesmo período, tal como apontado pela fiscalização e pela autoridade recorrida. **O custo de aquisição apontado não representa fidedignamente a realidade econômica, alterando o montante do tributo apurado, e desrespeitando o principio da capacidade contributiva**.

Outro ponto de destaque no lançamento, apontado pela autoridade fiscal em seu Termo de Verificação Fiscal, é que na operação ficou estabelecido que além do pagamentos descritos que compunham o valor de alienação das ações do Banco Pactual S/A, os contratantes convencionaram que os alienantes das ações receberiam ainda outros valores sob denominação de "Pagamentos especiais: Usufruto" (Clausula 6.13 do Contrato), também denominados dividendos posteriores ao fechamento. De acordo com a referida Clausula 6.13, os adquirentes não poderiam receber dividendos do Banco Pactual, enquanto o usufruto não fosse extinto mediante o total pagamento do valor convencionado.

Deste modo, pragmaticamente, quando da venda, os alienantes estariam se desfazendo das ações, entretanto não estariam abrindo mão dos dividendos reconhecidos como usufrutos, decorrente de lucro apurados. Na sistemática adotada pelo recorrente, capitalizar lucros para feito de apuração do custo das ações alienadas, que serão depois distribuídos como dividendos, não se justifica, pois na verdade ao se desfazer de suas ações , o alienante não estaria efetivamente abrindo mão de parte desses lucros, ou seja isto não seria um custo para os mesmos.

A situação *sui generis* em cotejo ganha um destaque maior pois a capitalização dos lucros foi efetuada de modo duplicado para aumento artificial do custo de alienação das ações. Acrescente-se, por pertinente, que parte dos lucros capitalizados já estariam reservados para os próprios alienantes como dividendos a serem distribuídos, por força de uma convenção firmada na negociação da venda das ações.

Nessa situação não identifico qualquer falha na metodologia adotada pelo fiscalização para aproximar-se do valor do custo de alienação. A metodologia é oportuna tendo em vista que a origem primária dos lucros é o Banco Pactual S.A., não percebo vícios ou imperfeições.

Não se acolhe o argumento do recorrente de que deveria existir uma única metodologia, pois o que se almeja com esta é tentar aproximar-se do custo de alienação, ou valor que represente mais fidedignamente, o ônus efetivo do recorrente ao se desfazer de suas ações. Reconheço que qualquer procedimento/método adotado pode ser questionado por eventuais incoerências, mas não foi o que aconteceu no caso concreto. Existe apenas questionamentos genéricos, sem uma proposição concreta de qual seria a metodologia que asseguraria uma representação fidedigna do custo de aquisição, ou qual falha existiria na metodologia empregada que teria efetivamente prejudicado o recorrente.

No que toca a base de cálculo e fundamentação, o tributo foi apurado conforme o valor de cotas apontadas pelo próprio recorrente em sua declaração de ajuste anual. O procedimento reveste-se deste modo de legalidade e nenhum vício se identificou, não merecendo prosperar quaisquer dos vícios apontados pelo recorrente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Divergências de opiniões e interpretação distintas do direito são muitas vezes apontadas na Impugnação e Recurso Voluntário com grande eloqüência e garantindo que a razão estaria sempre com o recorrente, entretanto, com a devido respeito, s.m.j., a pratica adotada não encontra respaldo em nosso sistema tributário. Esse é o entendimento que firmo e com base no qual não reconheço a validade do procedimento adotado pelo recorrente.

Ante ao exposto, no que toca aos pontos que cabem apreciar, voto por negar provimento ao recurso nesta parte.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 08/07/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 09/07/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 12/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA