



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

Processo n° 12448.736152/2011-35
Recurso n° Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão n° 9202-003.700 – 2ª Turma
Sessão de 27 de janeiro de 2016
Matéria IRPF
Recorrentes Fazenda Nacional e Ricardo Takao Kobayashi
Fazenda Nacional e Ricardo Takao Kobayashi

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

ANO-CALENDÁRIO: 2006, 2009

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

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 dada ao art. 135 do Decreto n° 3.000, de 1999, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado.

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

Somente é cabível a exclusão da imposição de penalidades e da cobrança de juros de mora quando há comprovada aplicação do disposto em normas complementares às leis.

Hipótese em que a alegada observância da Instrução Normativa SRF n° 84, de 11 de outubro de 2001, não tem o condão de afastar essa imposição, porque tal normativo não trata especificamente do caso discutido nos autos e, conseqüentemene, não pode dar suporte à interpretação do art. 135 do RIR/99 defendida pela autuada.

Recurso especial do Contribuinte negado e da Fazenda Nacional provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte e pelo voto de qualidade, em dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional. Vencidos os Conselheiros Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, Gerson Macedo Guerra e Maria Teresa Martinez Lopez que negavam provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

EDITADO EM: 04/02/2016

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.

Relatório

Trata o presente processo de exigência de Imposto de Renda Pessoa Física, acrescido de juros de mora e multa de ofício qualificada, tendo em vista a alegação, pela autoridade lançadora, de simulação levada a cabo pelo autuado quando da alienação, à UBS Brasil Participações Ltda., de 14.175.971 ações de sua propriedade, de emissão de Banco Pactual S/A (CNPJ 30.306.294/0001-45), alienação esta ocorrida em 01/12/2006, conforme auto de infração de e-fls. 105 a 113 e Termo de Verificação de e-fls. 65 a 104. Através do referido auto, se constituiu crédito tributário decorrente do recebimento, pelo autuado, no anos-calendários de 2006 e 2009, de parcelas decorrentes da referida alienação.

Tal alienação resulta de contrato firmado em 09/05/2006 (e-fls. 774 a 896) entre a então controladora direta do referido Banco Pactual S/A, a saber Pactual S.A., CNPJ 02.220.758/0001-60, e o investidor estrangeiro UBS AG, onde o sócio pessoa física autuado foi incluído como parte, visto que então detentor de participação societária indireta no referido Banco Pactual S/A, rezando o referido contrato que a alienação final (ou seja, nos termos do contrato, “o fechamento”) já deveria ter como partes o comprador UBS AG e os sócios pessoas físicas, já então titulares de todas as ações emitidas pelo referido Banco Pactual, transformando-se assim a participação indireta do sócio em participação direta no referido

Banco, através de uma etapa prévia que se denominou no referido contrato de “Reorganização” (vide e-fls. 783/784).

Concluída tal etapa intermediária, com o respectivo “fechamento do negócio” em dezembro de 2006, o referido sócio fez jus a um recebimento de parcela decorrente da alienação ainda em 2006 (quando do fechamento), bem como de parcela recebida em 2009, ambas objeto do presente litígio.

Elemento chave para a análise da autuação é a sequência de eventos societários que compuseram esta etapa de reorganização, muito bem relatadas pela autoridade julgadora de 1ª instância às e-fls. 952 e seguintes, as quais envolveram, além das sociedades já citadas, as empresas Pactual Participações Ltda., CNPJ 02.244.808/0001-90. Nova Pactual Participações Ltda (antiga Pactual Participações S.A.), CNPJ 02.220.756/0001-71 e Pactual Holdings S.A, CNPJ 02.220.757/0001-16, *verbis*:

“ (...)

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.

Entendeu a fiscalização a propósito, que, no caso em questão, 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”.

Entende estar a irregularidade evidenciada pelo fato do sujeito passivo ter recebido novas ações em troca das extintas, por ocasião da extinção sequencial da Nova Pactual Participações Ltda. e da Pactual S/A, mantendo, porém, em sua propriedade, sempre a mesma parcela que detinha indiretamente do Banco Pactual S/A, entidade que concentrava a efetiva riqueza econômica e financeira do grupo empresarial, aumentando também 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.

Entende a fiscalização que 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. 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.

Defendeu, assim, a autoridade autuante, que o custo da ação alienada por cada acionista deveria ter como base a participação de cada um deles no Capital Social da Pactual S/A, em 01/12/2006. Todavia, como 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, em 22/02/2007, os acionistas alienantes, àquela época ex-acionistas, receberam de dividendos o montante de R\$ 290.754.000,06. Tal montante, portanto, refere-se a lucros auferidos até 01/12/2006 e, para que pudessem ser distribuídos, deveriam estar incluídos no patrimônio líquido da Pactual S/A. Por isso, esta parcela deveria ser deduzida do custo de aquisição apurado.

Com isso, chega-se ao custo das ações alienadas pelo Contribuinte arbitrado pela fiscalização, que é de R\$ 10.687.671,25, correspondente a 1,25% do total do acervo líquido da sociedade, líquido dos dividendos distribuídos. Por sua vez, tendo o Contribuinte recebido em 2006, pela venda das ações, R\$ 25.474.251,10, correspondentes a 38,8651% do valor total da venda, de R\$ 65.545.252,68, foi considerado como custo das ações relativo à parcela da venda recebida em 2006, R\$ 4.153.774,12, com os restantes R\$ 6.533.897,13 sendo alocados à parcela recebida em 2009.

Entendeu a autoridade fiscal que, 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 teria sido montado no sentido de prejudicar o direito do Fisco, configurando, em tese, crime contra a Ordem Tributária definido no inciso I, dos artigos 1º 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 de que não há direito ilimitado.

Cientificado do Termo de Verificação de e-fls. 65 a 104 e do auto de infração de e-fls. 105 a 113, apresentou o contribuinte impugnação de e-fls. 909 a 943, onde alegou, adotando-se aqui em sua totalidade o relatório detalhado produzido pela autoridade de 1ª instância:

“(…)

1. Antes da reestruturação, o impugnante era titular de investimentos representativos de 1,28% da Nova Pactual Participações Ltda (NPP), sociedade holding titular de investimentos representativos de 78,18% do capital de Pactual S.A. (PSA), também uma sociedade holding e titular de investimentos representativos de 100% do capital do Banco Pactual. Os demais 21,82% do capital social da NPP eram de propriedade de Pactual Holdings S.A., sociedade holding na qual o Impugnante não tinha qualquer participação.

2. Após a implementação da reestruturação, o Impugnante considerou que o custo de seus investimentos no Banco Pactual passou a ser de R\$ 31.751.166,44 e esse foi o valor utilizado como base para a quantificação de seu ganho de capital.

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

Das Operações que Precederam a Venda do Banco Pactual e do Propósito das Mesmas

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

5. O caminho trilhado pelos acionistas para se tornarem vendedores do Banco Pactual foi o mais lógico, rápido e econômico dentre todos disponíveis, sendo o acréscimo do custo de seus investimentos mera consequência de aplicação das normas em vigor.

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

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

Dos Efeitos das Incorporações Inversas

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

9. A incorporadora recebe um conjunto patrimonial e paga aos acionistas da incorporada pelo mesmo, em ações representativas do aumento de seu capital. Não se apuram resultados na

substituição de ações da incorporada por ações da incorporadora e, por essa razão, as ações da incorporadora recebidas pelos acionistas da incorporada tem o mesmo custo de seus investimentos na incorporada, declarados extintos na incorporação.

10. O conjunto patrimonial destinado à realização do aumento de capital corresponde à diferença entre o valor dos ativos e das obrigações da incorporada, isto é, ao seu patrimônio líquido.

11. A parcela do patrimônio líquido da incorporada representada por lucros ou reservas de lucro, por exemplo, transforma-se em capital da incorporadora no processo de incorporação. Por essa razão, é indiferente que, antes da incorporação, os lucros da incorporada sejam ou não capitalizados.

12. Nas incorporações inversas, a capitalização de lucros das incorporadas nos processos de incorporação por vezes não é perceptível de imediato, pois pode ocorrer de o capital da incorporadora permanecer o mesmo antes e depois da operação.

Com efeito, tome-se, por exemplo, situação em que: (i) a incorporadora/controlada tenha sido constituída no ano I, com o capital de R\$ 100.000,00; (ii) sua única acionista seja a incorporada/controladora, uma empresa sem nenhum passivo cujo único ativo sejam os investimentos na incorporadora/controlada (R\$ 100.000,00); (iii) a incorporadora/controlada tenha auferido lucros de R\$ 50.000,00 e promovido a capitalização dos mesmos.

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

14. Mesmo quando o capital da incorporadora/controlada permanece inalterado após a incorporação, ocorre aumento de seu capital e desaparecem as contas que refletem os lucros e reservas da controladora/incorporada, cuja capitalização seria apta a gerar acréscimo de custo para seus acionistas.

15. Antes da incorporação, os acionistas da investidora/incorporada seriam titulares de ações de empresa apta a distribuir dividendos no valor de R\$ 50.000,00, quando tivesse disponibilidades de caixa, e em condições de capitalizar

seus lucros, elevando para R\$ 150.000,00 o custo dos investimentos.

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

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

17. Não fosse a distribuição e capitalização prévia de lucros, a incorporação faria com que as quotas da incorporadora (Pactual S.A.), destinadas aos quotistas da Nova Pactual Participações Ltda. em substituição de suas participações na mesma, fossem-lhes atribuídas na proporção do capital social, fazendo com que os lucros acumulados até então fossem distribuídos também nesta proporção.

18. Os lucros de Nova Pactual foram distribuídos em bases desproporcionais e reaplicados na empresa, acertando as participações dos acionistas no patrimônio líquido antes da incorporação. Com esse procedimento, a participação indireta do Impugnante no Banco subiu de 1,00% (1,28% de 78,18%) para 1,25% (1,60% de 78,18%).

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

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

Do Aumento de Custo Resultante da Reestruturação

21. Nas incorporações inversas, os acionistas da incorporada recebem ações da incorporadora por custo idêntico ao das ações da incorporada por eles detidas. Por outro lado, ocorre

capitalização de lucros ou reservas eventualmente existentes na incorporada, passando o novo custo de aquisição das ações dos acionistas da incorporada a corresponder ao valor original de seu investimento, acrescido do montante dos lucros e reservas de lucros da incorporada, capitalizados no processo de incorporação.

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

23. *Em se tratando da alienação de quotas ou ações e em sendo o alienante uma pessoa física, o custo de aquisição corresponde ao custo original do investimento acrescido do montante dos lucros e reservas de lucros capitalizados, nos termos do § 1º do art. 130 e do art. 135 do RIR.*

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

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

26. *As distorções apresentadas através dos quadros demonstrativos do TVF decorrem do texto da lei. De certa forma, a própria fiscalização reconhece esse fato, quando, para demonstrar a distorção, apresenta exemplos elaborados rigorosamente a partir da aplicação da lei.*

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

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

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

30. *Não cabe à fiscalização deixar de aplicar a lei por considerar que ela gera distorções injustificáveis. O 1º Conselho*

de Contribuintes já decidiu que “a existência de falhas na legislação” não pode ser suprimida pelo julgador, ou, ainda, que “não cabe à autoridade fiscal ignorar o preceito representativo da vontade do legislador”.

Do Equívoco quanto ao Montante do Ganho de Capital Reduzido em Razão da Reestruturação

31. O montante dos lucros capitalizados soma-se ao custo dos investimentos a que correspondem, ainda que eles tenham sido reconhecidos em razão da aplicação do MEP. Assim, após a capitalização dos lucros existentes em Participações, o custo dos investimentos do Impugnante atingiu R\$ 19.300.129,94. Esse é, pois, o valor que deveria ter servido de ponto de partida para quantificação do ganho de capital auferido na venda das ações do BANCO, caso os efeitos da Reestruturação fossem negados.

32. Mesmo que a Reestruturação tivesse sido levada a efeito nas bases que o TVF consideraria adequada, os R\$ 19.300.129,94 corresponderiam ao custo dos investimentos do Impugnante no Banco.

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

34. O procedimento adotado no Auto no sentido de partir da situação patrimonial de Pactual para definir o custo dos investimentos do Impugnante no Banco carece de base legal, como também carece o ajuste feito ao valor então encontrado, em razão da existência de usufruto sobre as ações do Banco.

Da Inexistência de Fraude e Abuso de Direito

35. Depreendese do Auto que a fraude não estaria presente em ato específico, mas sim no resultado que, com a Reestruturação, o impugnante procurou atingir, qual seja, uma injustificada redução do montante do imposto a pagar.

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

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

investimentos, para efeitos de determinação de ganhos de capital.

38. Mesmo que os atos fossem praticados com abuso de direito, não poderiam ser classificados como fraudulentos e qualificados como ilícitos de natureza penal, pois para que haja abuso de direito os atos que sejam assim classificados devem observar a legislação em vigor. Se não observaram, o ilícito será de outra natureza.

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

40. O escopo das referidas normas foi atingir atos que, embora lícitos, fossem praticados com abuso de forma ou de direito. Aqueles praticados com observância da lei, mas com abuso de forma não podem ser rejeitados pela fiscalização, na medida em que a norma que lhe atribui esse poder ainda carece de regulamentação ou pelo menos não representam fraude ou simulação.

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

Questiona o impugnante: onde está a informação falsa oferecida à fiscalização? Onde está a omissão quanto a fato que deveria ser obrigatoriamente declarado à fiscalização? Também não há uma única indicação de que os atos praticados foram ilógicos ou menos convenientes, em termos negociais, do que outros.

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

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

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

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

Da Inaplicabilidade da Multa Agravada

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

47. *A jurisprudência administrativa reserva a multa majorada apenas para casos em que haja tentativas de enganar, esconder, iludir a fiscalização. (Apresenta uma série de exemplos de acórdãos)*

48. *Por outro lado, jurisprudência administrativa é uníssona em rejeitar a qualificação da multa quando não for demonstrada pela autoridade fiscal, com precisão, a existência de falsidade ou omissões que a justifiquem. São citadas a Súmula nº 14 do Carf e diversas decisões proferidas pelo órgão administrativo.*

49. *Assim, tendo em vista que a fiscalização não comprovou e sequer apontou um único ato praticado pelo impugnante que pudesse configurar a fraude, fica evidente que não se verificaram no caso concreto os pressupostos para aplicação da multa qualificada.*

50. *Se o impugnante acreditava e acredita que a lei permitia a elevação do custo de seus investimentos, seu procedimento, ainda que equivocado, não denota consciente intuito de fraude.*

Dos Juros sobre a Multa

51. *É descabida a incidência de juros sobre a multa porque isso implicaria numa indireta majoração da própria penalidade e não se pode falar em mora na exigência de multa.*

(...)"

A impugnação foi julgada improcedente, conforme Acórdão de e-fls. 951 a 978. Cientificado da decisão em 06/07/2012, o contribuinte, em 25/07/2012 ingressa com recurso voluntário de e-fls. 985 a 1029, onde repisa as argumentações trazidas em sede de impugnação, adicionando, ainda, em sede de recurso as seguintes argumentações:

a) Entende que a receita de equivalência é definitiva e efetivamente auferida pelas investidoras, podendo, inclusive, o lucro que a leva em consideração ser distribuído aos sócios ou objeto de capitalização, se tratando de obrigação imposta pela Lei (e não opção), não se confundindo, todavia, o lucro de uma investida com o da investidora, nem o lucro de uma holding com a das outras, entendendo que a capitalização se deu com lucros das próprias holdings. Aduz, ainda, que o fato de uma holding não ter atividades operacionais não permite que se dê tratamento diferenciado a esta em relação a outras que tenham atividades operacionais.

b) Rechaça a inaplicabilidade do art. 135 do RIR/99 a capitalizações de lucros originários do MEP, ressaltando inexistir óbice legal a tais capitalizações. Critica a argumentação tecida na decisão recorrida, no sentido de que uma vez capitalizados, na sociedade investidora, os referidos lucros fiquem indisponíveis tanto para capitalizações como para novas distribuições na sociedade investida, argumentando inexistir base legal para tal

“bloqueio”. Entende que as vantagens fiscais a que se refere a decisão decorrida decorrem da própria aplicação do art. 135 e não da reestruturação ocorrida no grupo.

Após a impugnação, levantou (e-fls. 1038 a 1065) a existência de Acórdãos oriundos deste CARF onde se haveria decidido de forma favorável ao contribuinte, em situações fáticas idênticas àquela sobre análise.

Em sessão plenária de 16 de abril de 2013, foi dado provimento parcial ao referido Recurso Voluntário, prolatando a 2ª. Turma Ordinária da 2ª. Câmara da 2ª. Seção deste CARF o Acórdão 2.202-00.2262, assim ementado (e-fls. 1068 a 1101), com seu *decisum*:

*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.

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: Por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Rafael Pandolfo e Pedro Anan Junior. Apresentarão Declaração de Voto os Conselheiros Antonio Lopo Martinez e Rafael Pandolfo.

Cientificada do acórdão, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial de e-fls. 1103 a 1117, com fundamento no art. 67, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, questionando:

(a) o afastamento, pelo recorrido, da qualificação da multa de ofício, o que configuraria divergência jurisprudencial em relação a precedente deste mesmo CARF. Foi trazido como paradigma, a propósito, o Acórdão 106-17.149, de lavra da 6ª. Câmara do então 1º. Conselho de Contribuintes, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2000

IRPF. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS. SIMULAÇÃO.

Constatada a desconformidade, consciente e pactuada entre as partes que realizaram determinado negócio jurídico, entre o negócio efetivamente praticado e os atos formais de declaração de vontade, resta caracterizada a simulação relativa, devendo-se considerar, para fins de verificação da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, o negócio jurídico dissimulado.

OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA. LEGALIDADE A realização de operações estruturadas em seqüência, embora individualmente ostentem legalidade do ponto de vista formal, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando fica comprovado que os atos praticados tinham objetivo diverso daquele que lhes é próprio.

DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA DE DOLO

Nos casos em que for constatado o dolo, o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário referente ao Imposto de Renda Pessoa Física só decai após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2000

SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA

A prática da simulação com o propósito de dissimular, no todo ou em parte, a ocorrência do fato gerador do imposto caracteriza a hipótese de qualificação da multa de ofício, nos termos da legislação de regência.

Recurso voluntário negado.

Defende, nesta seara, que “(...) houve a prática de sonegação por parte do recorrente que, por meio de operações realizadas em sequência, omitiu receitas passíveis de tributação. A fraude também está caracterizada, pois a forma dada ao negócio teve, ainda, o objetivo de modificar as características essenciais do fato gerador, de modo a reduzir o montante do tributo devido. Por essas razões, aplicável a majoração prevista no artigo 44 da Lei 9.430/96” e que “se não houve a riqueza respectiva, o aumento foi artificial, de forma fraudulenta, apenas visando à minoração da tributação do ganho de capital auferido quando da alienação do Banco Pactual”,

(b) o afastamento, pelo recorrido, da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, que configuraria divergência jurisprudencial em relação a precedente deste mesmo CARF. É trazido como paradigma, a propósito, o Acórdão CSRF 04-00.651, assim ementado:

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

Defende aqui que no conceito de “débitos decorrentes de tributos ou contribuições”, insculpido no art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, estaria abrangida a multa de ofício aplicada quando do lançamento. Ainda, sustenta que afastar a incidência de juros moratórios sobre as multas de ofício acarretaria em “frustrar totalmente a finalidade dos dispositivos legais que cominam multa de ofício”, tendo em vista o relevante horizonte temporal normalmente decorrido desde o lançamento até a conclusão do litígio em sede administrativo-tributária. Colaciona precedentes jurisprudenciais que dariam suporte à sua tese, bem assim clama por uma interpretação sistemática dos arts. 113, 139 e 161 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN).

Requer, assim, a União que seja reformado o acórdão proferido pela e. Câmara *a quo*, de forma a que sejam restabelecidas a multa qualificada, bem assim a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Foi dado seguimento parcial ao recurso da Fazenda Nacional, exclusivamente no que diz respeito à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício conforme Despachos de e-fls. 1120 a 1128.

Cientificado do acórdão e do Recurso Especial da Fazenda Nacional, o Contribuinte ofereceu, contrarrazões ao Recurso interposto pelo Procurador da Fazenda Nacional (e-fls. 1141 a 1147).

Em sede de contrarrazões, o contribuinte propugna, restringindo-se o presente relatório agora à matéria na qual houve seguimento ao recurso da Fazenda, pela manutenção da decisão atacada, limitando-se a reproduzir e concordar com trechos da argumentação utilizada na decisão, colacionando jurisprudência administrativa adicional favorável àquela tese.

Ainda, ingressou o contribuinte com Recurso Especial de sua iniciativa, de e-fls. 1152 a 1187, com fulcro nos arts. 67 e seguintes do atual RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009. Teria o Acórdão vergastado divergido do decidido no âmbito do Acórdão CARF no. 2102-01.938, prolatado pela 2ª. Turma Ordinária da 1ª. Câmara da 2ª. Seção deste mesmo CARF em 16.04.2012, assim ementado:

*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 foi regularmente admitido, conforme despacho de fls. 1216 a 1219.

Quanto ao referido Recurso Especial, o Contribuinte repisa os argumentos já trazidos em sede de recurso voluntário, ressaltando agora, também, a inexistência de procedimento uniforme para cálculo do ganho de capital, nas diversas autuações efetuadas, junto aos 60 acionistas que participaram conjuntamente do ciclo de operações em questão, uma vez que, não obstante todas as autuações terem concluído pela impossibilidade do cômputo de custos na forma realizada pelos autuados, foram adotados procedimentos diferentes para determinar qual seria o custo de aquisição correto a ser admitido para fins fiscais.

Requer, assim, que seja reformado o Acórdão Recorrido e cancelado o auto de infração. Subsidiariamente, requer que sejam canceladas as multas e juros de mora, com fulcro no art. 100, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, tendo em vista a observância plena, pelo recorrente, da Instrução Normativa SRF 84/2001.

Ainda, acerca do Recurso Especial de iniciativa do contribuinte, a Fazenda Nacional ofereceu as contrarrazões de fls. 1221 a 1230, onde requer que seja negado provimento ao Recurso Especial do contribuinte, retomando a argumentação já trazida em sede de contrarrazões quando da análise do Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Relator

a) Recurso Especial interposto pelo Contribuinte:

O recurso de iniciativa do Contribuinte é tempestivo, o paradigma anexado foi proferido por órgão julgador diferente daquele do presente processo e não foi reformado, adicionalmente, a matéria objeto do recurso, para a qual se deu seguimento não foi objeto de súmula do CARF e, ainda, analisando o paradigma trazido pelo Contribuinte, verifico estar diante de situações fáticas similares. Por fim, em que pese, no item 3 do Recurso, em que o recorrente se propõe a provar "*Divergência Jurisprudencial*", não terem sido indicados os pontos específicos no paradigma colacionado que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido, através da transcrição de trechos dos acórdãos, em cotejo, pela leitura completa do recurso, do acórdão paradigma e do acórdão recorrido, bem como da consulta aos autos, entendo haver divergência de critérios jurídicos. Portanto, conheço do recurso.

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

Vejam 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 auferiu 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.

Esclarecendo a questão, Modesto Carvalhosa, em Comentário à Lei de Sociedades Anônimas (Saraiva - São Paulo, 1998) ensina que:

- 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 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 mandatária 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, concluimos 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);

- A autoridade fiscal, insurgindo-se contra a sequência de capitalizações perpretadas pelo contribuinte, achou por bem arbitrar em R\$ 10.687.671,25 o valor do custo das ações do autuado, correspondente a 1,25% do total do acervo líquido da última sociedade holding incorporada (Pactual S/A), líquido dos dividendos distribuídos (demonstrativos de e-fls. 64 e 103).

Porém, de acordo com a interpretação já apresentada por este conselheiro, entende-se que no que diz respeito aos aumentos de custo decorrentes das capitalizações ocorridas em 2006 em Nova Pactual Participações Ltda. (NPP) e Pactual S/A (PSA), respectivamente nos valores de R\$ 12.690.361,00 e R\$ 12.451.099,00 (vide demonstrativos de e-fls. 25 e 77), ambos deveriam ter sido glosados. 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 no ano-calendário de 2006 não podem ter qualquer efeito no custo da participação alienada.

Verifico, ainda, a propósito a partir do valor concedido pela fiscalização (R\$ 10.687.671,25) que, uma vez sendo glosadas as duas capitalizações ocorridas em 2006, aplicando-se assim o procedimento defendido por este conselheiro, o valor do tributo devido seria maior do que o originalmente lançado, uma vez que se atingiria um montante de custo a ser concedido de aproximadamente R\$ 6,7 milhões, conforme a seguir apurado:

()	Custo considerado pelo autuado - por ele informado	31,7
(-)	Aumento de custo pela 1a capitalização	- 12,6
(-)	Aumento de custo pela 2a capitalização	- 12,4
(=)	Custo original - a ser aceito conforme procedimento do conselheiro	6,7

Obs.: Informações extraídas do item 2.4 do Termo de Verificação Fiscal (apresentadas em R\$ milhões)

Repara-se que o valor acima calculado é muito inferior ao referido montante de R\$ 10.687.671,25, considerado como custo na apuração do ganho de capital pela autoridade autuante, o que torna desproposado buscar qualquer ajuste nesse valor.

Por conta das discussões travadas em plenário sobre o tema, penso ser necessário aqui fazer um esclarecimento quanto às dúvidas sobre a eventual ocorrência de alteração do critério jurídico do lançamento por esta decisão.

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.

Cumprе lembrar que o julgador não está vinculado ao fundamento das partes, somente não pode exarar uma decisão extra-petita, 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.

a.IV – Conclusão

Como a exigência original foi apenas de parte do valor que este conselheiro, nos termos da fundamentação deste voto, entende devido, e considerando a impossibilidade de *reformatio in pejus* voto por NEGAR provimento ao recurso especial de iniciativa do contribuinte, para manter o crédito tributário reconhecido como devido pela decisão *a quo*, inclusive a multa de ofício no patamar mantido pelo acórdão recorrido, bem como a incidência de juros de mora sobre o principal e sobre a mencionada multa.

b) Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional:

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo, o paradigma anexado foi proferido por órgão julgador diferente daquele do presente processo e não foi reformado, adicionalmente, a matéria objeto do recurso, para a qual se deu seguimento não foi objeto de súmula do CARF e, ainda, analisando o paradigma trazido pelo Procurador da Fazenda, verifico estar diante de situações fáticas similares para as quais o presente Conselho adotou critérios jurídicos diferentes, nos termos dos pontos especificamente trazidos pela Fazenda Nacional em seu Recurso Especial. Assim, conheço do recurso.

é composto pelo tributo somado aos acréscimos legais, incluindo o valor da multa, como fica claro no Art. 142 do CTN, que inclui, no término da sua redação, a aplicação da penalidade cabível. (g.n.)

Diante do exposto, voto no sentido de DAR provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, para restabelecer a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício objeto de lançamento.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

Processo nº 12448.736152/2011-35
Acórdão n.º **9202-003.700**

CSRF-T2
Fl. 1.265

CÓPIA