



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

Processo n° 12448.736589/2011-79
Recurso n° 999 Voluntário
Acórdão n° 2202-002.263 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de abril de 2013
Matéria IRPF
Recorrente RONALDO DUCHOVNY BORUCHOVITCH
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 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 societária 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.

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

Autenticado digitalmente em 28/05/2013 por ODMIR FERNANDES, Assinado digitalmente em 28/06/2013 por

MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 28/05/2013 por ODMIR FERNANDE

S, Assinado digitalmente em 04/06/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 25/06/201

3 por RAFAEL PANDOLFO

Impresso em 02/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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. 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. Indiará Arruda de Almeida Serra (Procuradora da Fazenda Nacional).

(Assinatura digital)

Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga – Presidente Substituta.

(Assinatura digital)

Odmir Fernandes - Relator

(Assinatura digital)

Antonio Lopo Martinez – Declaração de voto vencedor

(Assinatura digital)

Rafael Pandolfo – Declaração de voto vencido

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Antonio Lopo Martinez, Marcio Lacerda Martins, Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga (Presidente Substituta), Odmir Fernandes, Pedro Anan Júnior e Rafael Pandolfo.

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário** contra decisão da 21ª Turma de Julgamento da DRJ do Rio de Janeiro/RJ que manteve a autuação do Imposto de Renda da Pessoa Física – IRPF aos anos-calendário 2006 e 2009 sobre omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa.

Auto de infração (fls. 829 a 836) com ciência em 25/11/2011 (fls. 837/838).

Termo de Verificação Fiscal (fls. 785 a 828).

*A ação fiscal teve como objeto a análise da operação de alienação das ações do Banco Pactuai S/A, CNPJ nº 30.306.294/0001-45, de propriedade do sócio Sr. Ronaldo Duchovny Boruchovitch, precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades **holdings**, as quais detinham todas as ações do Banco Pactuai.*

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

Verificou-se um acréscimo no custo das ações alienadas do Banco Pactuai S/A pertencentes ao acionista Ronaldo Duchovny Boruchovitch da ordem de 333%, na data da alienação em dezembro de 2006, enquanto o aumento de patrimônio líquido do Banco Pactuai S/A, entidade que concentrava toda a riqueza efetiva do grupo, no mesmo período, foi de 89% conforme Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - DIPJ da instituição financeira relativa ao ano-calendário de 2006. Constatou-se, assim, uma total discrepância entre a evolução da riqueza da instituição financeira alienada com o acréscimo patrimonial do custo das respectivas ações pertencentes a um dos seus acionistas.

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

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

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

*Os sócios pessoas físicas providenciaram uma reestruturação societária no ano-calendário 2006, mediante incorporações às avessas das **holdings** controladoras do Banco, para permitir que a transferência das ações do Banco Pactuai 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 Pactuai 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 Pactuai Participações Ltda é incorporada por Pactuai 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 Pactuai Participações S/A transformou-se em Nova Pactuai Participações Ltda.

Em 13/10/2006, foi realizado o aumento do capital social da Nova Pactuai Participações Ltda no montante de R\$ 686.000.000,00, passando de R\$ 70.118.786,40 para R\$ 756.¹ H 36,vO, mediante capitalização dos créditos detidos pelos sócios quotistas contra a sociedade.

Em 13/10/2006 a Pactuai 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 Pactuai Holdings S/A é incorporada por Pactuai 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 Pactuai Participações Ltda é incorporada por Pactuai 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 Pactuai 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 Pactuai 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 Pactuai S/A é incorporada pelo Banco Pactuai 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 Pactuai S/A, detendo as ações que, posteriormente, foram alienadas.

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

*Nos processos de incorporação reversa houve majoração irregular no custo das ações alienadas, tendo em vista que o processo de extinção das **holdings** Pactuai Participações Ltda, Nova Pactuai Participações Ltda e Pactuai 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 Pactuai S/A, uma vez que, posteriormente, houve acréscimo cumulativo do custo das aludidas ações alienadas com a incorporação do acervo líquido da Pactuai Holdings S/A e da Nova Pactuai Participações Ltda e, mais tarde, a capitalização dos dividendos da companhia Pactuai S/A, anteriormente à sua incorporação pelo Banco Pactuai 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 Pactuai S/A (PL), no montante de R\$ 1.149.610.206,41, foi incorporado pelo Banco Pactuai S/A.*

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

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

Com isso, chega-se ao custo das ações alienadas pelo Contribuinte, que é de R\$ 2.992.546,51, correspondente a 0,35% do total da sociedade.

O que evidencia a irregularidade é que o sujeito passivo recebeu novas ações em troca das extintas, por ocasião da extinção da Nova Pactuai Participações Ltda, mantendo assim, em sua propriedade a mesma parcela que detinha indiretamente do Banco Pactuai S/A, entidade que concentrava a efetiva riqueza econômica e financeira do grupo empresarial, como também aumentou o custo de aquisição de tais ações por meio de dividendos não distribuídos. Os dividendos capitalizados são os mesmos, na medida em que as Reservas e Lucros capitalizados por Nova Pactuai Participações Ltda e Pactuai S/A nada mais são do que o Resultado da Equivalência Patrimonial do Banco Pactuai S/A.

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

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

Com os procedimentos adotados pelos ex-acionistas, estes informaram no

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

Autenticado digitalmente em 28/05/2013 por ODMIR FERNANDES, Assinado digitalmente em 28/06/2013 por

MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 28/05/2013 por ODMIR FERNANDE

S, Assinado digitalmente em 04/06/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 25/06/201

3 por RAFAEL PANDOLFO

Impresso em 02/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Demonstrativos de Ganho de Capital de suas Declarações de Ajuste Anual o custo majorado de suas ações, inserindo, dessa forma, elementos inexatos com o fim de pagar menos imposto de renda, conduta que se insere no contexto de fraude à fiscalização tributária, sendo o tipo doloso (art.72, da Lei 4.502/64). Todo o arcabouço montado foi no sentido de prejudicar o direito do Fisco, configurando, em tese, crime contra a Ordem Tributária definido no inciso I, dos artigos 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 segundo a qual não há direito ilimitado.

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

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

Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais - Processo nº 12448.736880/2011-47, a qual se encontra em anexo, para comunicação ao Ministério Público da prática de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária.

Impugnação (fls. 875 a 909).

Decisão recorrida (fls.916 a 943) com ciência em 06.07.2012 (fls. 946), esta assim ementada:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

ENQUADRAMENTO LEGAL GENÉRICO.

O fato de constarem do auto de infração vários dispositivos legais concernentes a aspectos gerais relativos à tributação dos rendimentos de ganho de capital não macula o lançamento, quando restar caracterizado que não houve prejuízo ao contribuinte, seja porque a descrição da infração lhe possibilita ampla defesa, seja porque a impugnação apresentada revela pleno conhecimento da infração imputada.

CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS. MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE DE MÚLTIPLO PROVEITO DO MESMO LUCRO. OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES.

É indevida a capitalização de lucros apurados na empresa investidora através do Método de Equivalência Patrimonial, quando este mesmo lucro permanece inalterado na empresa investida, disponível nesta como lucros e/ou reservas de lucros tanto para que se efetue capitalizações como para retiradas pelos sócios.

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societário alienada, mediante a capitalização indevida de lucros e reservas oriundas de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE

É aplicável a multa qualificada quando restar caracterizado o evidente intuito de fraude do Contribuinte no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Considerando que a multa de ofício é classificada como débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é correta a incidência dos juros de mora sobre os valores da multa de ofício não pagos, a partir de seu vencimento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A autuação foi mantida pela decisão recorrida sob os seguintes fundamentos:

- a) A reestrutura foi utilizada com o propósito de reduzir o ganho de capital dos sócios na venda do Banco Pactual;
- b) O artigo 135 do RIR /99 não ampara a forma como o contribuinte calculou o custo de aquisições das ações;
- c) Os lucros e reservas de lucros existentes no Banco Pactual, refletidos no PL da cadeia de investidores (Pactual Participações Ltda, Nova Pactual Participações Ltda e Pactual Holdings S/A) não poderia ser considerados um novo bem ou direito a ser adquirido pelo Banco Pactual quando das sucessivas incorporações reservas;
- d) A distribuição dos lucros ou a retenção dos lucros na investidora é incompatível com a permanência dos mesmos lucros na investida, que produziu o os lucros;

e) Não há amparo legal ou suporte fático e econômico para considerar que teria sido desembolsada pelo contribuinte, o aporte inicial de recursos nas sociedades, seja com a efetiva capitalização de lucros não recebidos;

f) Os fatos ocorridos correspondem a clara intenção de majorar o custo das ações com a capitalizações indevidas de lucros;

g) A incidência de juros moratórios sobre a multa aplicada, possui previsão legal, haja vista compor o crédito tributário.

Recurso Voluntário (fls. 952 a 997) protocolado em 25/07/2012, sustenta em síntese:

a) O caminho trilhado pelos acionistas para se tornarem vendedores do Banco foi o mais lógico, rápido e econômico entre todos disponíveis, e o acréscimo do custo de seus investimentos é mera consequência da aplicação das normas em vigor, em especial do art. 135 do RIR;

b) Não procede a assertiva constante do Termo Verificação Fiscal de que a Reestruturação foi realizada com o objetivo de aumentar fraudulentamente o custo de aquisição dos investimentos do Recorrente. As incorporações reversas eram das variantes disponíveis para a realização do negócio; era lógica, admitida por lei e conveniente para os acionistas;

c) A opção pela capitalização de lucros antes das incorporações era irrelevante em termos fiscais, especificamente no que tange à participações, a razão disto ter ocorrido vincula-se ao fato de a mesma distribuir lucros de forma desproporcional, conforme autoriza o art. 1007 do CC/02;

d) Os lucros de participações foram distribuídos em bases desproporcionais e reaplicados na empresa, acertando as participações dos acionistas no patrimônio líquido antes da incorporação, assim a participação indireta do recorrente no banco subiu de 0,000014% (0,0000190,% de 78,18%) para 0,35% (0,45% de 78,18%);

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

f) Na incorporação inversa, os acionistas da incorporada recebem ações da incorporadora por custo idêntico ao das ações da incorporada por eles detidas e, por outro lado, ocorre capitalização de lucros ou reservas eventualmente existentes na incorporada;

g) O aumento do custo de aquisição do valor dos investimentos do Recorrente no Banco se verificaria de qualquer forma, quer houvesse deliberação expressa e específica no sentido da capitalização dos lucros das holdings;

h) 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;

i) 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-Método da Equivalência Patrimonial;

j) Mesmo que a reestruturação tivesse sido levada a efeito nas bases que o Termo de Verificação Fiscal consideraria adequada, os R\$ 5.486.151,00 corresponderiam ao custo dos investimentos do Recorrente no Banco;

k) A interpretação que o Recorrente conferiu ao art. 135 do RIR não pode ser encarada absurda a ponto de, por si só, justificar a aplicação de penalidade em que o evidente intuito de fraude;

l) A aplicação de juros de mora sobre o valor da multa qualificada, contraria as recentes decisões do CARF

É o breve relatório.

Voto

Conselheiro Odmir Fernandes - Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade e deve ser conhecido.

Cuida-se de autuação, mantida pela decisão recorrida, com a multa qualificada de 150%, do Imposto de Renda Pessoa Física IRPF sobre ganho de capital na apuração a maior do *custo de aquisição* na alienação das ações do Banco Pactual realizadas pelo Recorrente, após a reorganização societária de incorporações inversas e extinção das sociedades investidoras (holdings) e detentoras das ações alienadas.

A autuação e a decisão recorrida entenderam que houve *duplicidade* na apuração do custo de aquisição das ações alienadas, pela apropriação indevida - *dos mesmos* lucros e reservas de lucros - refletidos da sociedade da investida (geradora dos lucros) nas sociedades investidoras - holdings na apuração dos resultados pelo método da equivalência patrimonial.

O relatório de fiscalização, a decisão recorrida e o recurso fazem longas e exaustivas explicações contábeis, societárias e a motivação do negócio realizado, com as necessidades das incorporações inversas.

Destaca o relatório de fiscalização:

O reconhecimento da ocorrência de uma dupla capitalização, antes e depois da incorporação, com os mesmos lucros de equivalência patrimonial auferidos no exercício social em que ocorre a reorganização societária, objetivando multiplicar o aumento de custo das ações com base nos mesmos lucros de equivalência patrimonial, não é possível por falta de suporte fático.

Ou os sócios retiram os lucros correntes da sociedade antes da incorporação, quando o valor a ser incorporado ficará reduzido na mesma proporção dos lucros retirados, ou os sócios deixam o referido lucro na sociedade para que a capitalização fique consolidada nas ações da sociedade incorporadora dadas em substituição ao patrimônio líquido incorporado.

A finalidade da incorporação é capitalizar o investimento do patrimônio pessoal do sócio pessoa física na sociedade incorporadora. Não há como sustentar que os lucros do exercício em que ocorre o evento de incorporação, apurados com a finalidade específica de atender a incorporação, possam ter como objeto a capitalização na pessoa jurídica a ser incorporada, porque o investimento do sócio pessoa física não se destina mais à pessoa jurídica que está em vias de extinção pela incorporação.

Não cabe a hipótese de que os mesmos lucros de equivalência patrimonial apurados com o fim específico de atender o evento de incorporação pudessem ser utilizados, cumulativamente, tanto para a capitalização na sociedade incorporada, quanto na incorporadora, a fim de multiplicar o aumento do custo das ações pertencentes aos sócios pessoas físicas.

A apuração desses lucros na incorporada para o levantamento do balanço com a finalidade específica de incorporação tem como base um único fato: a capitalização na sociedade incorporadora por absorção do patrimônio líquido da sociedade incorporada. Portanto, a questão é de falta de suporte fático que legitime a sobreposição dos aumentos de custo das ações, mediante uma dupla capitalização com o mesmo lucro de equivalência patrimonial.

Por conseguinte, em se tratando de incorporação, se os lucros do exercício não forem removidos da sociedade a ser incorporada, estes integrarão a universalidade jurídica (patrimônio líquido) a ser transmitida, sendo indiferente, enquanto universalidade jurídica, que estes lucros de equivalência patrimonial do exercício em que ocorre o evento de incorporação estejam classificados em um ou outro componente do bem coletivo (no capital social, em reservas ou nos lucros acumulados).

Destaca a decisão recorrida, com inteira propriedade:

A utilização do Método de Equivalência Patrimonial (MEP), segundo o art. 248, da Lei nº 6.404/76 (LSA), é obrigatória no caso de investimentos considerados relevantes em sociedades controladas, como é o caso das empresas do grupo Pactuai.

Sendo Equivalência Patrimonial a "alteração do valor contábil dos investimentos registrados no Ativo Permanente (AP), pela investidora, conforme o aumento ou a diminuição do Patrimônio Líquido (PL) da investida"¹, caso a sociedade investida/controlada, através da obtenção de lucros, aumente seu Patrimônio Líquido (PL) tal aumento deverá ser refletido na contabilidade da sociedade investidora, aumentando o valor contábil do investimento que esta possui na sociedade investida e, conseqüentemente, também o seu PL.

Veja-se que em razão de a empresa investidora não possuir outra atividade econômica, senão o controle da investida, todo o incremento no PL da investidora consiste em um mero reflexo dos lucros obtidos pela investida.

O art. 227, caput, da LSA, define o termo "Incorporação" como sendo a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. No caso das incorporações reversas, não se pode entender, com base em uma aplicação equivocada da citada norma, que todo PL representado na contabilidade da incorporada deve ser acrescido ao capital social da incorporadora. Não há qualquer lógica jurídica ou matemática para que o direito econômico que a incorporada possui sobre o

patrimônio da incorporadora seja ao patrimônio desta acrescido quando do implemento da incorporação.

Não se pode admitir que o próprio patrimônio da incorporadora, refletido na incorporada, constitua um novo patrimônio adquirido pela incorporadora quando da incorporação.

No caso em discussão, os lucros e reservas de lucros existentes no Banco Pactual, refletidos no PL da cadeia de investidoras (Pactuai Participações Ltda, Nova Actuai Participações Ltda e Actuai Holdings S/A), não poderiam ser considerados um novo bem ou direito a ser adquirido pelo Banco Pactuai quando das sucessivas incorporações reversas.

A reorganização societária foi necessária para extinguir as sociedades holdings (detentoras das ações), mediante a incorporação inversa (sociedade investida - Banco Pactual incorpora as investidoras – as holdings), de forma que a pessoa física – entre elas o Recorrente – pudesse alienar as ações do próprio Banco e não a participação societária das holdings - investidoras.

Esta plenamente justificada a necessidade de a venda das ações do Banco ser realizada por intermédio das pessoas físicas e não com a alienação da participação nas sociedades holdings, face à responsabilidade personalíssima do negócio realizado, conforme admitiu expressamente o Relatório de Fiscalização e a decisão recorrida.

O negócio existiu, as incorporações e a extinção das sociedades holdings existiram, não há vício na vontade ou na forma do negócio realizado.

O Relatório de Fiscalização e a decisão recorrida dão conta que os lucros e as reservas de lucros do Banco Pactual foram *capitalizados* nas empresas *investidoras* (holdings) e, ao mesmo ao mesmo tempo, *disponibilizados* na investida (Banco), causando assim duplo ou triplo efeito reflexo de os mesmos lucros ou reservas de lucros apropriados no custo de aquisição.

Este fato – de os lucros e reservas de lucros - da sociedade investida (Banco Pactual, gerador do lucro) – apurados pelo Método da Equivalência Patrimonial *refletir* nas sociedades investidoras (holdings) permitiu – artificialmente - ao Recorrente *majorar* o *custo de aquisição* da participação societária com a dupla ou tripla apropriação dos mesmos lucros e reservas de lucros no custo de aquisição na apuração dos ganhos de capital na alienação das ações.

Sustenta o Recorrente que o art. 135, do RIR/99, que regulamentou o Parágrafo Único art. 10, da Lei nº 9.249, de 1995, ampara seu procedimento tributário. Vejamos:

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).

De fato, o dispositivo autoriza computar no custo de aquisição para efeito da apuração do ganho de capital os lucros ou reservas de lucros em razão do aumento de capital ou incorporação dos resultados apurados pela sociedade.

A conduta do Recorrente estaria perfeita se a *qualificação do fato* – que é único – o lucros ou reservas de lucros – gerado do Banco Pactual, sociedade operacional, geradora efetiva de resultados econômicos, pudesse existir de forma isolada nas sociedades investidoras – as holdings.

O efeito contábil de os mesmos resultados da investida, geradora dos lucros, *refletir* nas sociedades investidoras, existe apenas para fins contábeis da apuração pelo Método da Equivalência Patrimonial e a demonstração dos resultados exigidos pela legislação societária, mas isso não significa a existência de lucros autônomos nas investidoras se elas nada geram de resultados para adicionar ao custo de aquisição na alienação da participação societária, como fez o Recorrente ao aplicar o art. 135, do RIR/99.

A independência e a autonomia patrimonial entre as sociedades investida, investidoras, sócios, acionistas e controladores não socorre o Recorrente para permitir a dupla ou tripla capitalização com a utilização *dos mesmos* lucros e reservas de lucros no custo de aquisição, se eles não possuem o feito multiplicador ao apenas refletirem na demonstração dos resultados das sociedades coligadas, advindos da investida, o Banco Pactual.

Importa, para o deslinde do conflito, enfatizar que o fato – lucro e reservas de lucros da investida - é apenas *um*. Não existem dois ou três lucros e reservas de lucros isolados e independentes gerados na sociedade investida e nas investidoras.

Ao contrário do que sustenta o Recorrente, não há equívoco na lei e nem na sua interpretação. O detalhe é qualificação do fato - *único* – os lucros ou reservas de lucros - da sociedade operacional, investida (Banco Pactual), refletir nas sociedades holdings, mas isso não permite - artificialmente – computar o duplo ou triplo custo de aquisição, como se existisse *lucro autônomo* nas sociedades investidoras.

O duplo ou triplo efeito é mera ficção, necessária na apuração da demonstração dos resultados na participação societária em cada sociedade. Houvesse Balanço Patrimonial Consolidado das coligadas estaria espelhada a total impropriedade da tese do Recorrente que não se sustenta ao menor argumento com o conhecimento dos fatos.

Apenas em memoriais e em sustentação oral, não no recurso, ressalte-se, aventou-se abuso, arbítrio e erro da autuação ao adotar a fiscalização *critério* diferente de outras autuações da mesma operação de alienação da participação societária do Banco Pactual, em razão de o fisco *arbitrar* o custo de aquisição e não apurar o efetivo custo.

Com isso, sustentou-se abuso da autuação por se afastar da legalidade e levar em consideração aspecto econômico do fato gerador da condenada doutrina Alemã da República de Weimar de 1919, do pós 1ª Guerra Mundial, onde surgiu o primeiro Código Tributário de que se tem notícia.

Não vemos qualquer abuso ou arbítrio ou arbitramento da base de cálculo de que cuida o art. 148, do CTN.

Na hipótese em exame, apenas apurou-se o montante da participação societária em relação ao Patrimônio Líquido (PL) da sociedade investida para determinar o custo de aquisição. Foi mero cálculo aritmético, de coisa certa e determinada, sem qualquer arbitramento no seu exato sentido e alcance à constituição do crédito tributário.

Critério lógico e racional por representar, com exatidão, o custo do bem/direito alienado - as ações representativas do capital social - Patrimônio Líquido da sociedade negociada.

Com acerto também foi o desconto do custo apurado, dos lucros prometidos contratualmente em usufruto de serem pagos e não capitalizados.

Não se cuida ainda de tributar o efeito econômico do fato gerador, mas de qualificar o fato, único, repetitivo, representado pelos lucros ou reservas de lucros, que não podem ser utilizadas, os *mesmos resultados* em mais de uma operação pela simples razão de eles com a incorporação apenas *refletirem* nos resultados das sociedades holdings - investidoras.

De outro modo, caberia ao Recorrente demonstrar e comprovar com provas firmes, seguras e estremas de dúvidas, sequer aventado nas razões de recurso, o possível prejuízo sofrido com o combatido abuso, arbítrio e erro no *critério* do custo de aquisição.

Vemos que tanto a autuação e a decisão recorrida agiram com o costumeiro acerto, assim devem ser mantidas e prestigiadas.

Contudo, o mesmo não ocorre em relação à multa qualificada.

A decisão recorrida manteve a qualificadora por entender que houve *fraude à fiscalização tributária e informação de elementos inexatos no custo de aquisição das ações*, e assim teria havido *dolo e crime* na conduta dotada pelo Recorrente.

O Relatório de Fiscalização qualifica a conduta do autuado Recorrente em dolo e crime, ao utilizar mais de um lucro no custo de aquisição das ações pelo simples efeito reflexo dos resultados nas sociedades holdings, em seguida ressalta “...o ato praticado vai contra as palavras e o espírito da lei (art. 135, do RIR/99), é ele contra legem, contrário à lei, em que há a violação direta da lei.”. Com isso, entendeu fiscalização que houve *abuso do direito*.

Entendeu a fiscalização, de forma dúbia, que ainda houve *abuso do direito*. Ora, abuso do direito é ilícito civil, não possui conotação penal/tributário e consistente basicamente em o agente exceder os limites da lei, da sua finalidade econômica e social, a boa fé e aos bons consumos (art. 187 do CC). Abuso do direito significa ultrapassar os limites da lei no sentido do razoável, do bom senso, do senso comum. Não há tipificação penal - tributário ou tributário - penal para esta conduta, ainda que presente nos autos.

Apenas por esses aspectos da dubiedade na qualificação da penalidade a decisão merece reforma parcial. Mas não é só.

O negócio da compra e venda das ações existiu, as incorporações e a extinção das empresas holding existiram, foi justificada a necessidade da venda das ações por intermédio das pessoas físicas e não pelas sociedades holdings, em da face exigência de responsabilidade pessoal e personalíssima assumida na realização do negócio, conforme admitiu expressamente a decisão recorrida.

Portanto, não houve qualquer fraude ou simulação no negócio realizado.

O Recorrente se utilizou da dupla ou tripla captação dos lucros apenas por eles *refletirem* nas sociedades holdings e se acumularem, por assim dizer, com a incorporação inversa. Na aparência os resultados da investida existem nas investidoras, tem sua finalidade, mas são mesmos lucros e reservas de lucros da sociedade investida.

Observando esses resultados de forma individualizada, na figura da separação e autonomia patrimonial de bens das sociedades holdings como fez o Recorrente, eles de fato adquirem o efeito o multiplicador na aparência, a diferença é de serem os mesmos resultados apenas refletidos de uma em outra sociedade. Nada mais.

Não há prova do dolo, do aspecto *subjetivo* do agente infrator - a vontade livre, consciente e deliberada de realizar a sonegação. Prova difícil de produzir. A fiscalização não possui a habitualidade dessa tarefa, que não é própria do cotidiano, mas aos agentes Policiais, Ministério Público, Juízo Criminal é coisa simples e corriqueira.

Aferir o aspecto subjetivo exige necessariamente a oitiva dos sujeitos do delito, com o interrogatório do acusado pela infração e testemunhas, isto é imprescindível para a comprovação sempre que houver qualificação pelo dolo.

Na comprovação da fraude e simulação nem sempre se exige a oitiva do infrator e testemunhas, os documentos e o negócio falam por si, na máxima, sempre presente nessas condutas: **Simula-se o que não é, e dissimula-se o que é**, totalmente diferente de aferir o aspecto subjetivo que envolve a qualificação pelo dolo.

Pelas razões expostas, pelo meu voto, afasto a qualificadora da multa.

Por fim pede o Recorrente a exclusão dos juros sobre a multa, citando vários julgados deste Conselho:

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE. Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa aplicada. (...)" (Acórdão nº 101-96008, Rel. Caio Marcos Cândido, em 01.03.2007, DOU S.I de 20.08.2007, p. 22)

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. DESCABIMENTO -Por não se tratar da hipótese de penalidade aplicada na forma isolada, a multa de ofício não integra o principal e sobre ela não incidem os juros de mora. (...)" (Acórdão nº 103-23566, Rel. Leonardo de Andrade Couto, em 17.09.2008, DOU S.I de 20.01.2009, p. 6)

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A lei 9430-96 não prevê a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. O art. 161, parágrafo 1, que se subordina ao caput, prevê supletivamente a aplicabilidade de juros de mora à taxa de 1 por cento 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 ofício são inaplicáveis juros de mora." (Acórdão 1103-00193, Rel. Aloysio José Percínio Da Silva, em 18.05.2010, DOU S.I de 14.03.2011, p. 34)

INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Não incidem os juros com base na taxa SELIC sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei 9430-96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de

tributos e contribuições. Igualmente não incidem os juros previstos no artigo 161 do CTN sobre a multa de ofício. RO Negado. RV provido em Parte. (Acórdão nº 101-96523, Rel. João Carlos de Lima Júnior, em 23.01.2008, DOU S.I de 11.12.2008, p. 50)

No mesmos sentido: Acórdão 10196607, Re.L João Carlos de Lima Júnior, em 06.03.2008, DOU S.I de 11.12.2008, p. 51; Acórdão nº 101-96593, Rel. João Carlos de Lima Júnior, em 05.03.2008, DOU S.I de 11.12.2008, p. 51).

De fato, esta Turma de Julgamento, por maior de votos, vem cancelando a exigência de juros pela Taxa Selic sobre a multa de ofício e temos posição fixada a partir do entendimento esposado pela ilustre Conselheira Dra. Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, de cujo voto, com alterações passamos a reproduzir:

“A incidência de juros de mora no atraso cumprimento da obrigação tributária encontra sua previsão no *caput* do art. 161, CTN:

*‘Art. 161. **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** (Grifamos e ressaltamos para destacar).’*

O crédito, não integralmente pago no vencimento, destaca o dispositivo em exame.

Essa obrigação pode ser principal ou acessória, conforme prevê o art. 113, do mesmo CTN:

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

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

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

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

A obrigação tributária tem por objeto o pagamento do (a) *tributo* ou da (b) *penalidade pecuniária*. Infere-se, assim, que na obrigação principal *não inclui a multa de ofício*, mas tão somente a multa pelo descumprimento da obrigação acessória. ’

Dessa forma, se o “o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.” (art. 139, do CTN), este alcança a multa de ofício proporcional

exigida com o tributo. Reforça este entendimento, o art. 161, do CTN, ao explicitar que os juros serão exigidos “...*sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis*”.

Parece claro que a exigência dos *juros de mora sobre a multa de ofício* não encontra amparo no CTN.

Vejamos a exigência da Taxa Selic, prevista no art. 61, da Lei nº 9.430, de 1996:

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

.....

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

Referido dispositivo prevê a exigência da multa e dos juros de mora incidentes sobre o débito - tributos e contribuições - não pagos no vencimento, ou seja, sobre o valor do principal (que não se confunde com a multa de ofício vinculada).

Observe-se que se a *multa de ofício* integrasse o conceito de *débito* previsto no art. 161, do CTN, caberia à incidência da multa de mora sobre multa de ofício, o que não se pode admitir.

A *multa de mora* é decorre do pagamento espontâneo com atraso do tributo, enquanto a *multa de ofício* decorre da falta de pagamento apurada pela autuação.

Ademais, note-se ser totalmente inadmissível a aplicação concomitante ou cumulativa da *multa de mora* e da *multa de ofício*, com vedação expressa no art. 950, § 3º, do Decreto nº 3.000, 1999 – RIR/99.

A incidência cumulativa da Taxa Selic está prevista apenas no lançamento isolado de multa ou juros de mora, nos termos do art. 43 da Lei nº 9.430, de 1996:

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 subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Conclui-se, que também na legislação ordinária não existe previsão para a **incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.**

Processo nº 12448.736589/2011-79
Acórdão n.º **2202-002.263**

S2-C2T2
Fl. 11

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço e dou parcial provimento** ao recurso para desqualificar a penalidade, reduzindo-a ao percentual de 75% e excluir a incidência de juros sobre a multa de ofício.

(Assinatura digital)

Odmir Fernandes - Relator

CÓPIA

Declaração de Voto

CÓPIA

Conselheiro Antonio Lopo Martinez,

O processo versa fundamentalmente sobre a validade do procedimento adotado pelo recorrente para a apuração do custo de aquisição das 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 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.

Entretantes, 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.

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" (subjctivos), 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 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, 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 princípio 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 efeito 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.

Divergências de opiniões e interpretação distintas do direito são muitas vezes apontadas na Impugnação e Recurso Voluntário com grande eloquência 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.

No relativo a **qualificação da multa**, não consigo identificar a simulação apontada pela fiscalização e pela autoridade recorrida.

Entendo que configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, **dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade. Não é o caso nos autos tendo em vista que os fatos são**

transparentes e refletem o que realmente ocorreu, encontrando inclusive possível propósito comercial para a sua realização.

No caso concreto, o suposto planejamento tributário realizado é certamente uma matéria controversa, sem precedentes jurisprudenciais contrários à nova qualificação dos fatos pelo seu verdadeiro conteúdo, e não pelo aspecto meramente formal. Nesse contexto implica escusável desconhecimento da ilicitude do conjunto de atos praticados, ocorrendo na espécie erro de proibição. Tendo o contribuinte informado as operações com absoluta transparência, e assim permitindo ao fisco fiscalização e qualificação do fato, está ausente na espécie o evidente intuito de fraude. Neste contexto, afasta-se a qualificação da multa de ofício.

Finalmente, cabe observar que no que toca a incidência de juros sobre a multa de ofício, diversas decisões judiciais e administrativas reconhecem a legalidade da incidência do juros sobre a multa de ofício. No STJ, a duas turmas já adotaram o posicionamento defendido pela Fazenda. No âmbito do CARF também diversos julgados confirmam esse entendimento.

Desse modo, deve ser mantida a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

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

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

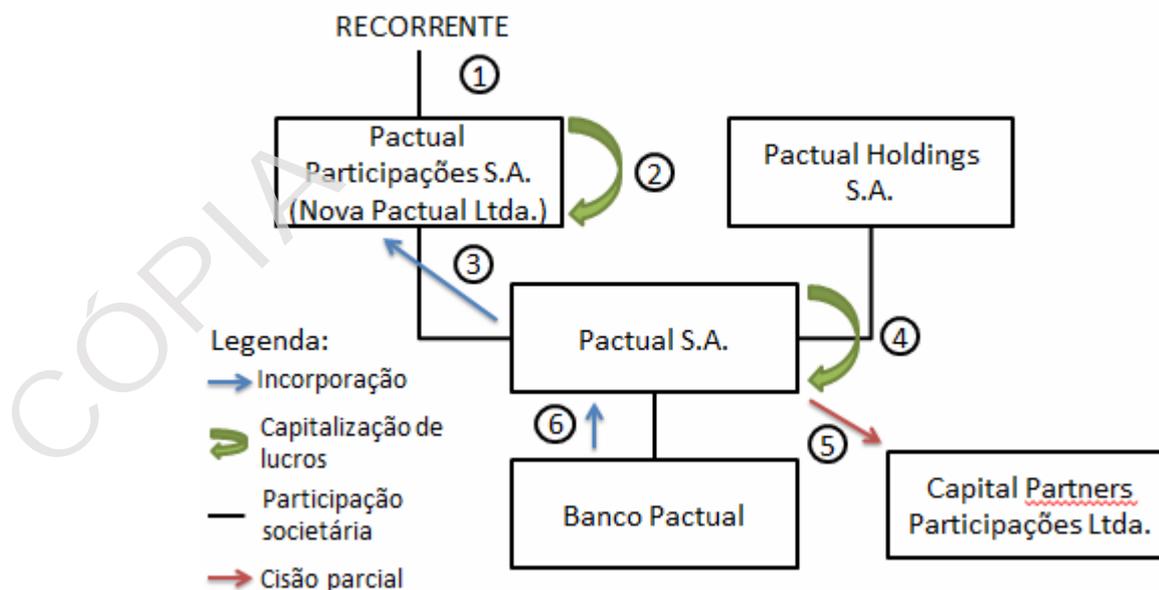
Declaração de Voto

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).



1 – Entrada de Ronaldo Duchovny Boruchovitch 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\$ 5.486.019,00 a título de lucros distribuídos desproporcionalmente pela Nova Pactual Participações Ltda., seguida da capitalização desses lucros na sociedade, com o recebimento de 5.486.019 novas quotas, em 13/10/06;

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

4 – Recebimento de R\$ 3.486.306,00, a título de lucros distribuídos pela Pactual S.A., seguida de capitalização desses lucros na sociedade, com o recebimento de 3.486.306 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 175 quotas, no valor de R\$ 17,50, em 01/11/06;

6 – Incorporação da Pactual S.A. pelo Banco Pactual S.A., com o cancelamento das ações da Pactual S.A., e recebimento de 3.969.270 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 afeição 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).

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 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, o que permite concluir, inclusive, que aconteceria independentemente da redução da carga tributária para os acionistas na venda de sua participação no Banco Pactual S.A.

O recorrente poderia, é verdade, ter adotado outro meio para realização da venda de sua participação no Banco Pactual S.A., como, por exemplo, após a incorporação Nova Pactual Ltda. pela Pactual Holding S.A., vender suas ações desta última (que detinha

100% do Banco Pactual S.A.), fazendo com que, indiretamente, o comprador tivesse o controle do Banco. Até mesmo, poderiam as sociedades não ter capitalizado, antes de sua incorporação, o resultado positivo auferido pelo MEP, mantendo esse resultado dentro do patrimônio líquido da incorporada.

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

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

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 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 direito, 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.

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 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, 0,35%), para chegar ao alegado valor do custo de aquisição do investimento do recorrente - R\$ 2.992.545,51.

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.

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*: conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/05/2013 por ODMIR FERNANDES, Assinado digitalmente em 28/06/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA, Assinado digitalmente em 28/05/2013 por ODMIR FERNANDES, Assinado digitalmente em 04/06/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 25/06/2013 por RAFAEL PANDOLFO

Impresso em 02/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 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)

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 exposto 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.

Com base no acima exposto, voto pelo PROVIMENTO do recurso voluntário, nos termos do voto.

Rafael Pandolfo

CÓPIA