



**Vencida, também, a Conselheira Patrícia da Silva. No mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte. Vencidos os Conselheiros Ana Paula Fernandes (Relatora), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Patrícia da Silva, Gerson Macedo Guerra e Maria Teresa Martinez Lopez, que deram provimento ao recurso. Os Conselheiros Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Gerson Macedo Guerra apresentarão declaração de voto. Por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional. Vencidos os Conselheiros Ana Paula Fernandes (Relatora), Patrícia da Silva, Gerson Macedo Guerra e Maria Teresa Martinez Lopez, que negaram provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior.**

**Realizaram sustentação oral os representantes da Fazenda Nacional, Dr. Moisés de Sousa Carvalho Pereira, e do contribuinte, Dr. Hermano Antônio do Cabo Notaroberto, OAB/RJ: 127.529**

(assinado digitalmente)

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.

(assinado digitalmente)

ANA PAULA FERNANDES - Relatora.

(assinado digitalmente)

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado.

(assinado digitalmente)

GÉRSON MACEDO GUERRA

(assinado digitalmente)

RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI

EDITADO EM: 25/06/2016

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

## Relatório

O presente Recurso Especial trata de pedido de Análise de Divergência motivado pela Fazenda Nacional, bem como pelo Interessado, RONALDO DUCHOVNY BORUCHOVITCH, face ao Acórdão 2202-002.263, proferido pela 2ª Turma Ordinária/2ª Câmara/2ª Seção de Julgamento/CARF.

Em desfavor do contribuinte, RONALDO DUCHOVNY BORUCHOVITCH, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 829/836, com ciência em 25/11/2011, e o Termo de Verificação Fiscal de fls. 785/828, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, anos-calendário 2006 e 2009, os quais tiveram como objeto a análise da operação de alienação das ações do Banco Pactual S/A, CNPJ nº 30.306.294/000145, de propriedade do sócio - Sr. Ronaldo Duchovny Boruchovitch -, precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades holdings, as quais detinham todas as ações do Banco Pactual.

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

Cientificado da autuação, o interessado apresentou a impugnação de fls. 875/909.

A DRF/RJ ao julgar as razões do contribuinte, julgou o lançamento procedente (fls. 916/943), 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.

O contribuinte teve ciência de tal decisão e contra ela interpôs o Recurso Voluntário (fls. 952/997).

Em análise do Recurso Voluntário, a 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF, fls. 1035/1068, considerou ser 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, negando, assim, o provimento do recurso neste mérito. Especificamente na parte em que se insurge a União, deu provimento parcial ao recurso voluntário para afastar a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

A União (Fazenda Nacional) apresentou Recurso Especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais, fls. 1070/1084, arguindo que o Acórdão recorrido deu interpretação diversa do julgado apresentado, pontualmente quanto à incidência dos **juros de mora, calculados à Taxa Selic, sobre a multa decorrente de lançamento de ofício.**

No exame de admissibilidade, às fls. 1086/1088, a Presidente da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, deu seguimento ao Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional, **admitindo à rediscussão sobre a questão da exclusão dos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício.**

Às fls. 1098/1103, o Contribuinte apresentou contrarrazões.

O Contribuinte igualmente apresentou Recurso Especial às fls.1108/1143, no qual discorre a divergência jurisprudencial sobre o alcance dado pelo art. 135 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000/99), dado pelo acórdão paradigma colacionado ao recurso, relativamente sobre a mesma situação fática: apuração do ganho de capital auferido na venda das ações do BANCO ao Grupo UBS, realizada em 01.12.2006.

No exame de admissibilidade do Recurso Especial interposto pelo Contribuinte, às fls. 1172/1175, a Presidente da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento deu seguimento ao recurso, que visa discutir a forma de apuração do custo de aquisição a ser considerado no cálculo do ganho de capital, relativamente à operação de alienação da participação societária do Contribuinte no Banco Pactual S/A à empresa do Grupo UBS. Constatou-se que os acórdãos recorrido e paradigma trataram da mesma matéria: lançamento de IRPF relativo a ganho de capital decorrente de alienação de participação societária no Banco Pactual, em que foram adotados, pelos respectivos Contribuintes, os mesmos critérios para determinação do custo de aquisição das ações.

**Apresentadas contrarrazões pela Fazenda Nacional, fls. 1177/1186, vieram os autos conclusos.**

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

Autenticado digitalmente em 25/06/2016 por ANA PAULA FERNANDES, Assinado digitalmente em 25/06/2016

por ANA PAULA FERNANDES, Assinado digitalmente em 27/06/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assina

do digitalmente em 18/07/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 08/07

/2016 por GERSON MACEDO GUERRA, Assinado digitalmente em 22/07/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRE

TO

Impresso em 04/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

## Voto Vencido

Conselheira Ana Paula Fernandes, relatora.

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo e atende aos pressupostos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser admitido para rediscutir a **exclusão dos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício**.

O Recurso Especial interposto pelo Contribuinte igualmente é tempestivo e atende aos pressupostos de admissibilidade, **devendo ser admito integralmente**.

### 1. Quanto à preliminar de nulidade:

Quanto à preliminar de nulidade absoluta suscitada de ofício pela conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, insta registrar que embora eu concorde com a argumentação de que o arbitramento, da forma que fora aplicado ao caso, leva a possibilidade de anulação do auto de infração por vício material, discordo do momento processual adequado para tanto, sendo no meu entendimento mais oportuno que isso seja analisado no mérito, em virtude do conjunto processual desnudado nestes autos.

Desse modo, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

### 2. Quanto ao mérito do Recurso Especial:

Trata-se Auto de Infração em desfavor do contribuinte, RONALDO DUCHOVNY BORUCHOVITCH, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, anos-calendário 2006 e 2009, tendo como objeto a análise da operação de alienação das ações do Banco Pactual S/A, CNPJ nº 30.306.294/000145, de propriedade do sócio, ora interessado Contribuinte -, precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades holdings, as quais detinham todas as ações do Banco Pactual.

Na decisão recorrida, considerou ser 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. Ainda, determinou afastar a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

O Recurso Especial apresentado pela Fazenda Nacional versa sobre a incidência dos **juros de mora, calculados à Taxa Selic, sobre a multa de ofício**.

Já o Recurso Especial do Contribuinte discorre sobre a divergência jurisprudencial sobre o **alcance dado pelo art. 135 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000/99), dado pelo acórdão paradigma colacionado ao recurso, relativamente sobre a mesma situação fática: apuração do ganho de capital auferido na venda das ações do BANCO ao UBS, realizada em 01.12.2006**.

## 1 - RECURSO DO CONTRIBUINTE.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ora, se a mesma legislação, no caso em tela, especificamente os mesmos dispositivos legais, levou os fiscais, auditores da Receita Federal, a cinco interpretações distintas, isso nos leva a crer que não se trata de simples equívoco interpretativo, mas sim de **dúvida razoável causada pela impropriedade do texto legal.**

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

**Lei 9.249/95**

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

investimento, e por esta razão realizam-se financeiramente num prazo mais longo que as demais receitas.

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

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

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

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

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

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

Embora meu entendimento pessoal seja de que o artigo 135 do RIR seja uma forma inadequada de tratar os ganhos advindos do MEP, justamente pela possibilidade de admitir a duplicidade (a meu ver imoral) de aproveitamento de custos, que foi muito bem demonstrada no voto que acompanhei em sessões anteriores, ainda assim é uma forma legal, cujas distorções econômicas foram geradas pela literalidade do texto de lei, cujo regimento interno deste Conselho me impede de afastar vigência.

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

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

Ainda, para Hely Lopes Meirelles:

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

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

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

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

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

Voltando para análise do caso concreto, vemos que os ganhos advindos do Método de Equivalência Patrimonial representam meras receitas da investidora, integram sua conta de resultados e são responsáveis pela formação de seu lucro. **E não há qualquer menção na redação do artigo 135 do RIR que afaste seus efeitos do ganho de MEP, não há sequer dúvida a respeito, ao contrário, o artigo não coloca isso em discussão, não gerando, portanto, nenhuma dúvida de que o Contribuinte então possa fazê-lo.** Até por que em diversos casos a Receita Federal permitiu isso. E não é admitido que a permissão ou proibição seja definida com base em quem tem vantagem com a conduta, pois, conforme já foi dito anteriormente, a Administração só cabe fazer aquilo que está previsto em Lei, não podendo interpretar a norma a seu bel prazer de acordo com o que lhe traga vantagem.

Por melhor que seja a construção jurídica utilizada pela Receita Federal, **compreender e aplicar a lei diferente desse entendimento, consiste em tentar mudar por força de ato administrativo interpretativo, previsão disposta em lei, impondo ao particular uma**

proibição que não se encontra no texto legal. Seja por omissão ou vontade do legislador, o fato é que ele nada disse sobre isso.

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

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

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

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

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

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

A alegação dada por aqueles que insistem em defender o contrário é a de que **a adoção do método de interpretação sistemática proibiria a aplicação do artigo 135 do RIR aos ganhos de MEP, o que elidiria a possibilidade de dupla capitalização, como a utilizada pelo contribuinte.** Contudo, isso significaria permitir que a Fazenda Nacional desse

a interpretação que lhe agrada ao dispositivo com fundamento de que este seria o interesse do Ordenamento Jurídico Tributário Nacional, quando analisado como um todo.

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

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

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

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

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

No Brasil, segundo Maria Rita Ferragut, “a tipificação dos fatos passíveis de serem tributados é rígida, não permitindo qualquer extensão infraconstitucional, estando a competência residual da União Federal (artigo 154,I, da Constituição Federal) excepcionada dessa regra desde que exercida obedecendo-se os limites impostos pela Carta Magna”(FERRAGUT, M. R. Presunções no Direito Tributário, 2001).

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

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

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

Autenticado digitalmente em 25/06/2016 por ANA PAULA FERNANDES. Assinado digitalmente em 25/06/2016

por ANA PAULA FERNANDES. Assinado digitalmente em 27/06/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR. Assina

do digitalmente em 18/07/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 08/07

/2016 por GERSON MACEDO GUERRA, Assinado digitalmente em 22/07/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRE

TO

Impresso em 04/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

**Observo aqui que, não há nos autos qualquer situação de SIMULAÇÃO. A análise de fatos concretos denota estarmos diante de uma estrutura previamente**

**existente, que opta pela adoção de um caminho que lhe confere menor custo tributário,** para levar a cabo seu intuito de permitir a distribuição desproporcional de lucros, entre os sócios na medida de contribuição de cada um para o êxito da atividade da instituição financeira sob consideração, o que consistiu em efetivo planejamento tributário, **constituído dentro das normas legais.**

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

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

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

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

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

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

- 1) Há permissão legal para que o contribuinte tenha seu custo de aquisição majorado por capitalização de lucros oriundos da aplicação de MEP.
- 2) Tendo em vista que os critérios jurídicos para formação da base de cálculo do imposto ora cobrado não foram respeitados no ato de lavratura do auto de infração entendendo este estar eivado de vício material, devendo este restar cancelado.

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

É como voto.

*(assinado digitalmente)*

Ana Paula Fernandes

## Voto Vencedor

Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior.

Em que pese o brilhantismo do voto proferido pela relatora do feito, ousou discordar quanto a seu mérito, tanto no âmbito do Recurso Especial do Contribuinte como no do Recurso Especial da Fazenda Nacional. Exponho, a seguir, meu posicionamento quanto a cada um dos recursos, de forma separada.

### **a) Quanto ao Recurso Especial do Contribuinte:**

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

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

"(...)

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

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

(...)

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

*Para fins de contextualização histórica da questão, cumpre referir que, nos termos da legislação anteriormente vigente, a*

*capitalização de lucros, assim como a distribuição de ações bonificadas, não tinha qualquer efeito na determinação do custo de aquisição da participação societária dos proprietários da pessoa jurídica. Com efeito, naquele período:*

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

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

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

*Art. 727. Os dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, apurados em balanço de período base encerrado até 31 de dezembro de 1988, pagos por pessoa jurídica, inclusive sociedade em conta de participação, a pessoa física residente ou domiciliada no País, estão sujeitos à incidência de imposto exclusivamente na fonte, à alíquota de (Decretos-Leis n°s 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 n° 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 n° 9.249, de 1995. Assim:*

- o lucro distribuído deixou de ser tributado; e
- consequentemente, o custo de aquisição das participações societárias passou a ser alterado quando da capitalização de lucros distribuíveis pela pessoa jurídica, inclusive no caso de

*distribuição de ações bonificadas, cujo valor de aquisição devia ser considerado igual ao desse lucro capitalizado.*

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

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

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

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

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

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

*societárias é aquela referente a lucros passíveis de efetiva distribuição aos sócios ou acionistas sem tributação.*

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

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

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

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

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

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

*A conclusão acima é inevitável, porque:*

*- as disponibilidades passíveis de distribuição estão no patrimônio da pessoa jurídica operacional, que somente pode distribuir o lucro para sua proprietária direta, a holding;*

*- já, a holding, somente pode distribuir o lucro aos acionistas, pessoas físicas, após o recebimento dos recursos da pessoa jurídica operacional;*

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

Autenticado digitalmente em 25/06/2016 por ANA PAULA FERNANDES, Assinado digitalmente em 25/06/2016

por ANA PAULA FERNANDES, Assinado digitalmente em 27/06/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assina

do digitalmente em 18/07/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 08/07

/2016 por GERSON MACEDO GUERRA, Assinado digitalmente em 22/07/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRE

TO

Impresso em 04/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- 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).

(...)"

Note-se que não se está, aqui, nesta linha de interpretação, se violando o princípio da legalidade ou se afastando a vigência de texto legal, mas, sim, interpretando-se o dispositivo em análise de forma sistemática, a fim de que o arcabouço legal tributário permaneça sem inconsistências, de forma coerente, ainda, com uma interpretação teleologicamente adequada, sendo de se rechaçar que tenha o legislador tencionado criar inconsistências ou disfuncionalidades na tributação em questão (tais como a possibilidade de

eliminação do ganho de capital pela realização de um ciclo de capitalizações e incorporações reversas), quando da edição do dispositivo em apreço.

Aplicando-se tal interpretação ao caso em questão, conclui-se que não deveriam ser considerados nenhum dos dois aumentos de custo computados pelo autuado decorrentes das capitalizações ocorridas em 2006, em Nova Pactual Participações S/A (no valor de R\$ 5.486.019,00), e de Pactual S/A (no valor de R\$ 3.486.306,00), uma vez que, note-se, o lucro da pessoa jurídica operacional (Banco Pactual S/A) permaneceu passível de distribuição isenta mesmo após tais operações, tendo assim permanecido até o momento da alienação da referida participação.

Considerando, todavia, ter a autuação se limitado a glosar parcela inferior ao somatório de ambas as capitalizações e vedada a esta altura a *reformatio in pejus*, entendo, assim, que é de se manter o custo concedido pela fiscalização, no valor de R\$ 8.972.439,50 (vide TVF à e-fl. 826).

Por fim inteiramente cabíveis ao caso em questão também as seguintes considerações adicionais, ainda constantes do referido voto condutor do Acórdão 9.202-003.700 e também aqui adotadas como razões de decidir, *verbis*:

"

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

*i. o fato é a alienação de participações societárias,*

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

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

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

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

*Finalmente, quanto ao pedido subsidiário da recorrente de não aplicação de penalidade e juros de mora, a partir do disposto no parágrafo único do art. 100 do Código Tributário Nacional e da observância à Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, é de se ressaltar que, em nenhum momento, tal normativo dá suporte à interpretação do art. 135 do RIR/99 defendida pela autuada, a qual, na forma acima disposta, se*

*entende aqui como totalmente equivocada. Assim, é de se manter a multa de ofício aplicada pela autoridade lançadora, bem como os juros de mora incidentes sobre o principal e sobre a multa de ofício, neste último caso em linha com o explicitado a seguir quando da análise do recurso especial de iniciativa da Fazenda Nacional.*

(...)"

Note-se, por fim, também, que, em meu entendimento, não se está, aqui, diante de caso de arbitramento da base de cálculo, uma vez que, em nenhum momento, no caso em questão, se adotou critério especial ou substitutivo ao legalmente estabelecido para fins de determinação do custo de aquisição a ser computado quando da apuração do ganho de capital (base de cálculo do IRPF).

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

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

Diante do exposto, voto por negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte, mantendo-se o custo de aquisição concedido pela autoridade lançadora de R\$ 8.972.439,50, dada a impossibilidade de *reformatio in pejus*, bem como mantida, também, a incidência da multa de ofício no patamar de 75%, consoante decisão *a quo*, acrescida esta última, também, de juros de mora calculados com base na taxa SELIC, consoante decisão que se segue acerca do pleito fazendário.

#### **b) Quanto ao Recurso Especial da Fazenda Nacional:**

Uma vez tendo me posicionado pela negativa de provimento ao pleito do contribuinte, me manifesto agora quanto ao pleito fazendário.

Quanto ao conhecimento do recurso da Fazenda, pelo que consta no processo quanto à sua tempestividade e às devidas apresentação de paradigmas e indicação de divergência, o recurso atende aos requisitos de admissibilidade e, portanto, dele conheço.

Adentrando o mérito quanto à matéria que permanece a esta altura em litígio (incidência de juros de mora sobre a multa de ofício), entendo inexistir, *in casu*, dúvida sobre a mencionada incidência, adotando como razões de decidir aquelas brilhantemente expostas pela ilustre conselheira Viviane Vidal Wagner, em seu voto vencedor na 1ª. Câmara Superior de Recursos Fiscais no Acórdão 9101-00.539, de 11 de março de 2010, *verbis*:





que a multa de mora prevista no caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96 poderia ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício:

**Art. 950. Os débitos 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 (Lei no 9.430, de 1996, art. 61).**

**§1º. A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei no 9.430, de 1996, art. 61, § 1o).**

**§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei no 9.430, de 1996, art. 61, § 2o).**

**§ 3º A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.**

A partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário constituído pelo tributo mais a multa de ofício passa a ser acrescido dos juros de mora devidos em razão do atraso da entrada dos recursos nos cofres da União.

No mesmo sentido já se manifestou este E. colegiado quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

**"JUROS DE MORA — MULTA DE OFÍCIO — 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.(g.n.)**

**Nesse sentido, ainda, a Súmula Carf nº 5: "São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral."**

Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, busca-se na legislação ordinária a norma complementar que preveja a correção dos débitos para com a União.

Para esse fim, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei no 9.065, de 1995.

A jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

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

Autenticado digitalmente em 25/06/2016 por ANA PAULA FERNANDES, Assinado digitalmente em 25/06/2016

por ANA PAULA FERNANDES, Assinado digitalmente em 27/06/2016 por DANIEL ROBERTO SILVA JUNIOR, Assina

do digitalmente em 18/07/2016 por KATIA ELIZA REIS DA COSTA BACCHINI, Assinado digitalmente em 09/07

/2016 por GERSON MACEDO GUERRA, Assinado digitalmente em 22/07/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRE

TO

Impresso em 04/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

**T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/12/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008 Ementa PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE.**

**1. É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.**

**2. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo.**

**3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07)."**

Ainda, quanto à taxa a ser utilizada para fins de aplicação dos referidos juros sobre a multa de ofício, em que pese o sólido posicionamento de alguns Conselheiros desta casa, no sentido de necessidade de adoção do art. 161, §1º. da Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN) em detrimento do art. 61 da Lei nº. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, entendo que, no âmbito administrativo deste Conselho, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal (dos quais não vislumbro se poder excluir os valores a título de multa de ofício) já foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, nos seguintes termos:

**Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.**

(...)

Cediço que de forma a se cogitar a aplicação do art. 161, §1º. do CTN, haveria de se afastar a aplicabilidade da referida Súmula à multa de ofício lançada, o que rejeito não só por se tratar, em meu entendimento, a multa de espécie do gênero "débito tributário", mas também, e especialmente, por verificar que dentre os Acórdãos que deram origem à referida Súmula, há situações em que a multa de ofício havia sido aplicada (e.g. Acórdãos 104-18.935 e 202-11.760), sem que se tenha, porém, ali, se afastado a aplicação de juros SELIC sobre referida multa de ofício, em detrimento da aplicação da multa no patamar de 1% ao mês, na forma proposta pelo entendimento alternativo ao aqui adotado.

Assim, diante do exposto, conluo pela incidência dos juros de mora calculados pela taxa SELIC sobre a multa de ofício constante do lançamento e, destarte, dou provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional quanto à matéria que permanece em litígio.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Redator-designado

## Declaração de Voto

CONSELHEIRA RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI

Sobre a discussão trazida a esse Colegiado por meio do recurso especial interposto pelo Contribuinte, faço os seguintes comentários:

### **Da preliminar de nulidade absoluta do auto de infração:**

Conforme muito bem fundamentado pelo Voto da Relatora, a autoridade fiscal incorreu em erro quanto da apuração da base de cálculo aplicada no lançamento, tendo sido um grande equívoco a utilização da técnica de arbitramento para esse fim.

No meu entendimento tal erro leva a nulidade do auto de infração pela caracterização de vício material insanável do lançamento.

Isso porque, viola o art. 148 do CTN o lançamento cuja base de cálculo tenha sido arbitrada sem que tenha restado comprovado nos autos a ocorrência dos requisitos autorizativos da norma legal, quais sejam: deixar o contribuinte de apresentar declarações ou esclarecimentos, deixar de expedir documentos obrigatórios ou uma vez apresentados os documentos, declarações e esclarecimentos esses não mereçam fé.

Vejamos o teor do dispositivo citado:

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

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

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

Autenticado digitalmente em 25/06/2016 por ANA PAULA FERNANDES, Assinado digitalmente em 25/06/2016

por ANA PAULA FERNANDES, Assinado digitalmente em 27/06/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assina

do digitalmente em 18/07/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 08/07

/2016 por GERSON MACEDO GUERRA, Assinado digitalmente em 22/07/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRE

TO

Impresso em 04/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

*Já a segunda hipótese de significado diz respeito à base de cálculo originalmente substitutiva. A substituição da base de cálculo originalmente prevista na legislação - correspondente à perspectiva mensurável do critério material da regra-matriz de incidência construído a partir do texto constitucional - por outra subsidiária, dá-se em virtude da inexistência de documentos fiscais, ou da impossibilidade dos mesmos fornecerem critérios seguros para mensuração do fato, casos em que a base de cálculo substitutiva visa possibilitar a prova indireta da riqueza manifestada no fato jurídico.*

...

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

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

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

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

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

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

Autenticado digitalmente em 25/06/2016 por ANA PAULA FERNANDES. Assinado digitalmente em 25/06/2016

por ANA PAULA FERNANDES. Assinado digitalmente em 27/06/2016 por FLEURY DE SOUZA LIMA JUNIOR. Assinado digitalmente em 27/06/2016 por RITA RITA FERREIRA DE SOUZA BACCHINI. Assinado digitalmente em 27/06/2016

/2016 por GERSON MACEDO GUERRA, Assinado digitalmente em 22/07/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRE

TO

Impresso em 04/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

incidência. Entendo que erro na construção da base de cálculo é erro que não pode ser sanado pela Autoridade Julgadora face à competência exclusiva delegada pelo já mencionado Art. 142 do CTN à autoridade fiscal, levando à nulidade do lançamento e, por conseguinte, à inexigibilidade do crédito tributário.

Apesar de vencida quanto a essa preliminar, em razão das mesmas fundamentações acompanhado - pelas conclusões - o voto proferido pela Conselheira Relatora.

(assinado digitalmente)

RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI

### DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Gérson Macedo Guerra

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

Nas conclusões contidas no Termo de Verificação Fiscal é possível ler o seguinte:

*Desse modo, para efeito da correta apuração do ganho de capital ocorrido na alienação da participação societária que o contribuinte possuía no Banco Pactual S/A, representada por 19.846.361 (dezenove milhões, oitocentas e quarenta e seis mil e trezentas e sessenta e uma) ações ordinárias, deverá ser expurgado, para fins de cálculo de seu efetivo custo de aquisição, o efeito produzido pelas capitalizações de lucros e/ou reservas nas empresas "PARTICIPAÇÕES" e "HOLDINGS" ocorridas em 13/10/2006, nos respectivos valores de R\$ 686 milhões e de R\$ 202,5 milhões, uma vez que, como acima evidenciado, esse efeito foi utilizado em duplicidade e está embutido na capitalização de lucros da "PACTUAL" de 01/11/2006, no valor de R\$ 996.087.876,00.*

*Expurgando-se o acréscimo promovido pelo contribuinte no custo de aquisição de suas ações, em razão da capitalização da "PARTICIPAÇÕES", no valor de R\$ 27.430.522,00, encontramos o correto valor do custo de aquisição das ações alienadas que somam R\$ 17.431.507,50 (R\$ 44.862.029,50 – R\$ 27.430.522,00).*

Ocorre que o valor de R\$ 27.430.522,00 expurgado do custo de aquisição informado pelo contribuinte não foi pormenorizadamente demonstrado pelo auditor fiscal. Vale dizer, a forma para se chegar a esse valor dito indevidamente incluído no custo pelo contribuinte não foi claramente demonstrada.

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

Autenticado digitalmente em 15/08/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 08/07/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 08/07/2016 por GERSON MACEDO GUERRA, Assinado digitalmente em 22/07/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRE

tributo devido na constituição do crédito tributário pela autoridade administrativa. Vale aqui a transcrição do referido artigo:

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

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

*“Erro de direito”, por sua vez, estará configurado, exemplificativamente, quando a autoridade administrativa, em vez de exigir o ITR do proprietário do imóvel rural, entende que o sujeito passivo pode ser o arrendatário, ou quando, ao lavrar o lançamento relativo à contribuição social incidente sobre o lucro, mal interpreta a lei, elaborando seus cálculos com base no faturamento da empresa, ou ainda, quando a base de cálculo de certo imposto é o valor da operação, acrescido do frete, mas o agente, ao lavrar o ato de lançamento, registra apenas o valor da operação, por assim entender a previsão legal. A distinção entre ambos é sutil, mas incisiva.*

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

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

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

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

*(Assinado digitalmente)*

**GÉRSO MACEDO GUERRA**

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

Autenticado digitalmente em 25/06/2016 por ANA PAULA FERNANDES, Assinado digitalmente em 25/06/2016

por ANA PAULA FERNANDES, Assinado digitalmente em 27/06/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assina

do digitalmente em 18/07/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 08/07

/2016 por GERSON MACEDO GUERRA, Assinado digitalmente em 22/07/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRE

TO

Impresso em 04/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA