



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

Processo nº 12448.736753/2011-48
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-005.622 – 2ª Turma
Sessão de 25 de julho de 2017
Matéria 10.604.4160 - IRPF - GANHO DE CAPITAL - INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.
10.604.4167 - ACRÉSCIMOS LEGAIS/JUROS DE MORA - JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.
Recorrente RENATO MORITZ CAVALCANTI
Interessado PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Data do fato gerador: 31/12/2006, 30/09/2009

OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES.
DUPLICIDADE DE CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS.

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, seguida de incorporação reversa e nova capitalização, em inobservância da correta interpretação a ser dada ao art. 135 do Decreto nº 3.000, de 1999, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional, e sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes e João Victor Ribeiro Aldinucci (suplente convocado), que lhe deram provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Ana Paula Fernandes.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em exercício e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Maria Helena Cotta Cardozo, Patricia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, João Victor Ribeiro Aldinucci (suplente convocado), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente em exercício).

Relatório

Trata o presente processo de auto de infração AI - de exigência de Imposto de Renda Pessoa Física, às e-fls. 845 a 851, cientificado ao contribuinte em 05/11/2011 (e-fl. 852).

O lançamento visou à constituição de créditos devido à omissão dos ganhos de capital auferidos na alienação de ações não negociadas em bolsa, conforme, minuciosamente, consta no termo de verificação fiscal - TVF às e-fls. 789 a 844.

Em resumo, de acordo com o TVF, a operação de alienação das ações do Banco Pactual S.A. pelos acionistas pessoas físicas foi precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades holdings (Nova Pactual Participações Ltda - NPP e Pactual S.A. - PSA), as quais detinham todas as ações do Banco Pactual S/A. Essa reorganização societária teve como finalidade transferir a propriedade das mencionadas ações diretamente às pessoas físicas alienantes (que antes da reorganização detinham a propriedade indireta sobre as ações do Banco Pactual S/A), em atendimento ao Contrato de Compra e Venda das Ações do Banco Pactual S.A. firmado em 09/05/2006 com a adquirente UBS AG.

Sinteticamente, a referida reorganização consistiu na extinção das holdings que detinham participações societárias no Banco, por meio de sucessivas incorporações às avessas, culminando com a alienação das ações do Banco Pactual S.A. diretamente pelos acionistas pessoas físicas da instituição.

A pessoa física alienante de ações do Banco Pactual S/A valeu-se da supracitada reorganização societária para adotar 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.

No ano-calendário de 2006 o contribuinte aumentou o custo das ações do Banco Pactual S.A., mediante prévia capitalização de lucros nas holdings a serem incorporadas, em valor total de R\$ 8.972.325,00, sendo R\$ 5.5486.151,00 na NPP e R\$ 3.486.306,00 na PSA.

Nas incorporações às avessas, da sociedade investidora que basicamente auferia lucros pela equivalência patrimonial com a sociedade investida, os lucros em curso de equivalência patrimonial da investidora incorporada não tinham capacidade, por si só, de aumentar o capital social da investida incorporadora, porque eram meros reflexos dos lucros desta.

Houve no ano-calendário 2006 um substancial aumento de capital social nas holdings do Banco Pactual S.A., seguido de incorporações às avessas, até que restasse somente a pessoa jurídica do Banco Pactual S.A. Mas, no entanto, não houve qualquer aumento de capital social do Banco Pactual S.A. no ano-calendário 2006.

Foram glosados parcialmente os seguintes aumentos do custo de aquisição das ações: R\$ 5.486.019,00, referentes à capitalização de lucros (a) na investidora/incorporada Nova Pactual Participações Ltda em 13/10/2006; e (b) R\$ 3.486.306,00 referentes à capitalização de lucros na investidora/incorporada Pactual S.A. em 03/11/2006. Para apuração do ganho de capital, foi considerado pela fiscalização, como custo dedutível, o valor calculado com base no valor corrente do capital social na data de aquisição, mediante o custo médio ponderado, resultando em R\$ 1.038.424,14.

O crédito lançado, em decorrência da glosa dos custos das ações, atingiu o montante de R\$ 2.838.922,40, já calculado com multa de ofício e juros de mora até 31/10/2011, para os fatos geradores ocorridos em 31/12/2006 e 30/09/2009.

O auto de infração foi impugnado, às e-fls. 948 a 981, em 02/12/2012. Já a 21ª Turma da DRJ/RJ1, no acórdão nº 12-54.681, prolatado em 10/04/2013, às e-fls. 1116 a 1147 considerou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Inconformado, em 14/05/2013, o contribuinte, interpôs recurso voluntário - RV, às e-fls. 1158 a 1206, repisando argumentos da impugnação, conforme abaixo:

1. antes da reestruturação, era titular de investimentos representativos de 0,000019% da Nova Pactual Participações Ltda (NPP), sociedade holding titular de investimentos representativos de 78,18% do capital de Pactual S.A. (PSA), também uma sociedade holding e titular de investimentos representativos de 100% do capital do Banco Pactual. Os demais 21,82% do capital social da NPP eram de propriedade de Pactual Holdings S.A., sociedade holding na qual não tinha qualquer participação; -

2. após a implementação da reestruturação, o custo de seus investimentos no Banco Pactual passou a ser R\$5.127.119,00, o valor utilizado como base para a quantificação de seu ganho de capital;

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

4. várias outras pessoas físicas integrantes do Grupo Pactual foram autuadas em razão do mesmo fato, inexistindo uniformidade quanto à irregularidade apontada; em alguns casos, a Receita Federal do Brasil (RFB) reconhece os reflexos da reestruturação sobre o custo dos investimentos do contribuinte, embora considere serem eles ineficazes

perante o Fisco, por decorrerem de ato simulado ou terem sido praticados com abuso de direito; em outros, a RFB sequer atribui à reestruturação os efeitos que seriam próprios aos atos que a consubstanciaram, não apresentassem eles os supostos vícios apontados;

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

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

7. havia algumas opções para a realização do negócio diretamente pelos acionistas, tendo sido a opção pela incorporação reversa das holdings pelo Banco Pactual a mais conveniente do ponto de vista prático, operacional, negocial e fiscal; desde que o art. 8º da Lei 9.532, de 1997, definiu os efeitos fiscais das incorporações inversas, as incorporações de holdings têm sido a primeira opção para a eliminação de empresas cuja existência se torna desnecessária; a rapidez com que as holdings foram eliminadas demonstra a eficiência da opção adotada pelos acionistas;

8. assim, não procede a assertiva de que a reestruturação foi realizada com o objetivo de ser utilizada pelos acionistas para aumentar indevidamente o custo de aquisição de seus investimentos no Banco Pactual;

9. a Lei 6.404, de 1976 (LSA) define, em seu art. 227, a incorporação como a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações; como regra, cabe à incorporadora aumentar seu capital social, sendo o aumento realizado pelo patrimônio líquido da incorporada e tocando aos acionistas desta última as ações representativas desse aumento de capital (art. 224, inciso I);

10. a incorporadora recebe um conjunto patrimonial e paga aos acionistas da incorporada por esse, em ações representativas do aumento de seu capital; não se apuram resultados na substituição de ações da incorporada por ações da incorporadora e, por essa razão, as ações da

incorporadora recebidas pelos acionistas da incorporada tem o mesmo custo de seus investimentos na incorporada, declarados extintos na incorporação;

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

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

13. nas incorporações inversas, a capitalização de lucros das incorporadas nos processos de incorporação por vezes não é perceptível de imediato, pois pode ocorrer de o capital da incorporadora permanecer o mesmo antes e depois da operação; com efeito, tome-se, por exemplo, situação em que: (i) a incorporadora/controlada tenha sido constituída no ano I, com o capital de R\$100.000,00; (ii) sua única acionista seja a incorporada/controladora, uma incorporadora/controlada (R\$100.000,00); (iii) a incorporadora/controlada tenha auferido lucros de R\$50.000,00 e promovido a capitalização dos mesmos;

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

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

16. caso a incorporada/controladora tivesse, além de investimentos na investida/incorporadora, aplicações financeiras no valor de R\$30.000,00, sendo de R\$180.000,00 o seu capital social, o aumento de capital da incorporadora/controlada seria de R\$180.000,00; apesar disso, o capital final da incorporadora/controlada não seria de R\$330.000,00 (R\$150.000,00 + R\$180.000,00), mas sim de R\$ 180.000,00

(R\$150.000,00 + R\$180.000,00 – R\$150.000,00); uma parcela do aumento de capital no valor de R\$150.000,00 seria neutralizada pelo cancelamento das ações da incorporadora/controlada, daí o resultado final da operação ser um aumento de capital correspondente ao saldo de R\$ 30.000,00;

17. antes da incorporação, os acionistas da investidora/incorporada seriam titulares de ações de empresa apta a distribuir dividendos no valor de R\$50.000,00, quando tivesse disponibilidades de caixa, e em condições de capitalizar seus lucros, elevando para R\$150.000,00 o custo dos investimentos;

18. com a incorporação da investidora/incorporada, seus acionistas passariam a participar da sociedade investida/incorporadora sem lucros disponíveis e com capital social de R\$150.000,00; assim, se o custo dos investimentos dos acionistas da investidora/incorporada não fosse elevado para R\$150.000,00, eles perderiam, com a incorporação, a oportunidade de receber dividendos ou mesmo bonificações que possibilitassem o aumento do custo de seus investimento até o montante do patrimônio líquido da invertida/incorporadora; ou seja, se o custo não fosse ajustado, o acionista passaria a registrar um deságio nos seus investimentos; esse fato evidencia, por si só, a ocorrência da capitalização dos lucros das incorporadas nos processos de incorporação e justifica o ajuste do custo dos investimentos dos acionistas da incorporada, com base no § único do art. 130 ou no art. 135 do RIR;

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

20. os lucros de Nova Pactual foram distribuídos em bases desproporcionais e reaplicados na empresa, acertando as participações dos acionistas no patrimônio líquido antes da incorporação, o que é comprovado com a 3ª e 4ª alterações contratuais da Nova Pactual datadas de 19/09/2006 e 13/10/2006, respectivamente;

21. ao contrário do afirmado no TVF, não houve nenhum "estratagema" na reestruturação; a capitalização prévia de lucros, não era relevante para efeitos de aumento de custo dos investimentos dos acionistas e ocorreu apenas para viabilizar a distribuição adequada das ações da incorporadora;

22. antes da 4ª Alteração Contratual de Nova Pactual, os acionistas André Esteves e Gilberto Sayão da Silva detinham, em conjunto, cerca de 42,4% das quotas representativas do capital da Nova Pactual; depois, apenas 28,6%; não faz sentido imaginar que os referidos acionistas estariam dispostos a abrir mão de participação indireta tão significativa no Banco Pactual para se beneficiarem de economia fiscal totalmente desprezível,

se confrontada com o valor das participações societárias que, com a distribuição/capitalização de lucros da Nova Pactual, deixaram de ter;

23. nas incorporações reversas, cabe à incorporadora aumentar seu capital pelo valor do patrimônio líquido da incorporada e os lucros reconhecidos em razão da aplicação do MEP integram esse patrimônio líquido, sejam eles correntes ou não;

24. embora tanto as incorporações quanto as liquidações acarretem a extinção da empresa incorporada ou liquidada, a LSA trata essas operações de forma diferenciada, na seção II de seu capítulo XVII (as liquidações) e na seção II do capítulo XVIII (as incorporações); ou seja, nas incorporações reversas, os acionistas da incorporada recebem ações representativas de aumento de capital da incorporadora em valor correspondente ao do patrimônio líquido da incorporada refletido no balanço que servir de base para a operação, pouco importando a natureza do lucro que compõe o referido patrimônio líquido.

25. supondo-se que: (i) a investidora/incorporada tenha apenas 30%, do capital da investida/incorporadora, empresa prestadora de serviços extremamente rentável, como o Banco Pactual; (ii) que, à época da incorporação, o patrimônio líquido da incorporada seja representado por um capital social, no valor de R\$1.000,00, e por lucros correntes, no montante de R\$1.000.000,00; e (iii) que os lucros da incorporada representem 30% dos resultados apurados pela incorporadora em balanço semestral e já incorporados a seu capital; não seria razoável que, com a incorporação, os acionistas da incorporada, minoritários da incorporadora, perdessem o direito ao recebimento de dividendos no valor de R\$1.000.000,00 sem que o custo de seus investimentos sequer fosse ajustado naquele mesmo valor;

26. a situação patrimonial da incorporadora não é afetada pela incorporação; não há nenhuma bolha patrimonial e o aumento do capital é essencial a que se atribuam ações aos acionistas da incorporada. Essas ações são novas, emitidas em razão de aumento de capital;

27. o Ato Declaratório Normativo CST 39, de 1979, disciplinou os efeitos dos aumentos de capital realizados com balanços intercalares; o balanço levantado para efeitos de incorporação é um balanço como outro qualquer; ele pode ser utilizado para a realização de simples aumento de capital, exclusivamente para a incorporação ou para as duas coisas, como ocorreu;

28. é irrelevante que o acervo líquido da incorporada, a ser transferido à incorporadora, tenha como contrapartida conta de lucro, reserva ou capital; assim, a transferência dos lucros correntes para conta de capital, realizada antes da ocorrência da incorporação, como no caso, não conflita com o tratamento que o art. 21 da Lei 9.249, de 1995 dá à matéria; o próprio termo de verificação fiscal (TVF) contempla essa possibilidade;

29. o TVF apresenta um quadro onde o valor de patrimônio líquido da Nova Pactual é de R\$818.019.594,94 e o valor final do aumento de capital da incorporadora é de apenas R\$33.593.148,46; os R\$818.019.594,94 corresponderiam aos R\$180.000,00 mencionados no exemplo antes descrito, e os R\$33.593.148,46 ao acréscimo de R\$30.000,00 (no exemplo) ocorrido no capital de Pactual, após o ajuste resultante do fato de a incorporadora (a Pactual) não ter mantido em tesouraria as ações representativas de seu próprio capital, ações essas adquiridas da Nova Pactual, por sucessão, por ocasião da incorporação;

30. como se observa no TVF, os lucros de exercício constantes do balanço utilizado para a incorporação de Nova Pactual somavam R\$402.348.068,00, ou seja, pouco mais do que a metade dos lucros capitalizados na 4ª alteração contratual de Nova Pactual;

31. não há razão para que os ganhos de equivalência relativos a exercícios já encerrados tenham tratamento diverso dos mesmos ganhos incluídos nos resultados de exercício em curso, mas na medida em que as restrições feitas no TVF quanto à capitalização de lucros aplica-se apenas a lucros correntes, também não há razão para serem desconsiderados os efeitos da capitalização dos lucros acumulados de Nova Pactual, no valor de R\$302.511.403,00;

32. tanto os ganhos de MEP reconhecidos no exercício em curso quanto os ganhos de exercícios encerrados integram o patrimônio líquido da investidora/incorporada e, por isso, são suscetíveis de serem capitalizados antes ou no processo de incorporação; o TVF rejeita a capitalização dos lucros correntes, mas não faz restrição à capitalização dos lucros acumulados;

33. nas incorporações inversas, os acionistas da incorporada recebem ações da incorporadora por custo idêntico ao das ações da incorporada por eles detidas; por outro lado, ocorre capitalização de lucros ou reservas eventualmente existentes na incorporada, passando o novo custo de aquisição das ações dos acionistas da incorporada a corresponder ao valor original de seu investimento, acrescido do montante dos lucros e reservas de lucros da incorporada, capitalizados no processo de incorporação;

34. o aumento do custo de aquisição se seus investimentos no Banco Pactual se verificaria, quer houvesse deliberação expressa e específica no sentido da capitalização dos lucros das holdings – como houve – quer não;

35. em se tratando da alienação de quotas ou ações e sendo o alienante 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;

36. a legislação em vigor prevê que a capitalização de lucros gera acréscimo e custo para os acionistas pessoas físicas, sem cogitar da natureza do lucro; o ajuste do custo de seus

investimentos decorre da aplicação da lei, e não há como rejeitá-lo;

37. para justificar autos lavrados contra outros acionistas, a RFB já sustentou que caberia aos quotistas da incorporada, no momento do recebimento de quotas da incorporadora, dar baixa em uma parcela do custo pelo qual os investimentos na incorporada estariam registrados em sua declaração de bens, após o aumento de capital da incorporada; em outros autos de infração, a RFB afirma que os lucros da incorporada não poderiam ser capitalizados, em razão de ganhos decorrentes da aplicação do MEP não serem suscetíveis de capitalização; agora a RFB segue uma nova linha, tratando simplesmente como inexistentes os aumentos de capital de Nova Pactual (incorporada) e Pactual (incorporadora);

38. a diversidade de critérios adotada pela RFB nos vários autos lavrados contra os acionistas revela, por si só, a "deficiência ou lacuna na legislação" que o TVF diz inexistir; se a lei vedasse o procedimento adotado pelos acionistas, porque razão cada auto contestaria os efeitos da reestruturação com base em argumentos totalmente distintos?

39. no caso concreto, a precariedade do argumento apresentado no TVF é tão evidente que ele só serve para afastar os efeitos da reestruturação com relação à capitalização de lucros correntes;

40. se o aumento de capital da incorporada, sua incorporação e o aumento de capital da incorporadora tivessem ocorrido após o encerramento do exercício social das referidas empresas, o registro do acréscimo do custo dos investimentos de seus acionistas seria legítimo; uma parcela dos lucros capitalizados na Nova Pactual, no valor de R\$302.511.403,00, foi gerada em exercícios anteriores; assim, ao menos com relação ao aumento de capital resultante do aproveitamento desses lucros, o TVF reconhece a inexistência de lei que impeça o registro de acréscimo do custo de seus investimentos;

41. ainda que a majoração do custo de seus investimentos no Banco Pactual, em montante superior aos lucros auferidos pelo próprio Banco Pactual, seja encarada como uma distorção, ela resultará da aplicação das normas societárias e fiscais em vigor;

42. não é de se esperar que o contribuinte deixe de aplicar a lei em razão de a mesma lhe ser favorável, dadas as peculiaridades da situação em que se encontre; por outro lado, o fisco também não pode deixar de aplicá-la por considerar que ela beneficia indevidamente o contribuinte; as distorções apontadas pela fiscalização, decorrente da aplicação do MEP, se verificam não só nas hipóteses de incorporações, mas também em muitas outras situações;

43. o art. 22 da Lei 9.249, de 1995, admite que, nas extinções de pessoas jurídicas, os bens de sua propriedade sejam restituídos a seus sócios ou acionistas pelos correspondentes valores contábeis;

44. *não cabe à fiscalização deixar de aplicar a lei por considerar que ela gera distorções injustificáveis. O 1º Conselho de Contribuintes já decidiu que “a existência de falhas na legislação” não pode ser suprimida pelo julgador, ou, ainda, que “não cabe à autoridade fiscal ignorar o preceito representativo da vontade do legislador”;*

45. *a fiscalização atribui aos seus investimentos, com base em critérios totalmente equivocados, o valor de apenas R\$593.384,36; o critério adotado no TVF é ímpar e diverge dos que nortearam os demais autos até então lavrados contra os acionistas;*

46. *as incorporações de Nova Pactual e Pactual são absolutamente neutras em termos fiscais; não há alienação de bens nas incorporações; há sucessão, e o TVF chega a citar doutrina e manifestações da RFB nesse sentido; as suas outras operações integrantes da reestruturação consistiram na realização de aumentos de capital, com distribuição/capitalização de lucros e, como é evidente, operações desta natureza são incapazes de afetar negativamente o custo de investimentos;*

47. *as ações dos acionistas da incorporada não são alienadas no processo de incorporação; as incorporações são operações neutras nesse particular e não justificam qualquer alteração no custo de investimentos;*

48. *ao contrário do que parece entender a fiscalização, houve uma única alienação envolvendo seus investimentos em empresas do Grupo Pactual, qual seja, a verificada por ocasião da venda das ações do Banco Pactual para o grupo UBS; assim, o § 5º do art. 16 da Instrução Normativa SRF 84, de 2001, não se aplica ao caso e muito menos pode ser invocado para justificar a redução de parte do custo de seus investimentos;*

49. *a fiscalização tenta justificar o seu entendimento de que o custo de aquisição é o valor corrente na data de aquisição, com base em acórdão prolatado no Recurso Especial 835.231/RS; entretanto, o referido recurso trata de hipótese em que o contribuinte não forneceu os documentos exigidos pelo Fisco para a comprovação do custo de aquisição de seu investimento e não de situação análoga à presente; além disso, já na ementa do aludido acórdão, há a afirmação de que o custo de aquisição é o valor pago, nos termos do art. 16 da Lei 7.713, de 1988;*

50. *o TVF menciona dispositivo de natureza totalmente programática do Estatuto Social do Banco Pactual, que supostamente indicaria que todos seus acionistas, diretos ou indiretos, deveriam estar a par de tudo que com o Banco Pactual ocorresse; além disso, indica outros fatos que levariam a concluir serem todos os acionistas pessoas de bom nível intelectual, com capacidade psíquica acima à do homem médio;*

51. *o primeiro dos efeitos apontados pelo TVF (absorção dos resultados de equivalência pelos lucros do Banco Pactual) é inexistente; não há restrição legal a que se capitalizem lucros correntes; aliás, não tivesse havido deliberações específicas dos acionistas no sentido da capitalização dos lucros de Nova*

Pactual e Pactual, elas aconteceriam necessariamente com as incorporações das citadas empresas, pois os lucros das incorporadas constantes do balanço de incorporação transformam-se em capital da incorporadora;

52. quanto ao segundo dos efeitos apontados (registro de reserva no Banco Pactual), não consegue sequer imaginar que fato justificaria sua constituição; o mesmo se pode dizer com relação aos auditores independentes do Banco Pactual e ao próprio Banco Central do Brasil, os quais em nenhum momento recomendaram o registro dessa reserva; uma incorporação reversa não afeta, por si só, a situação patrimonial de incorporadora;

53. quanto à existência de usufruto sobre parte de seus lucros, para o Banco Pactual é totalmente irrelevante que os destinatários de seus lucros sejam seus acionistas ou um usufrutuário qualquer;

54. ha divergências na RFB até mesmo quanto à forma pela qual o custo dos investimentos dos acionistas deve ser calculado; em determinados processos, a fiscalização entendeu que o custo correto corresponderia ao valor indicado pelos acionistas, deduzido do valor das bonificações resultantes da capitalização de lucros da Nova Pactual; ou seja, considerou válido e eficaz ao menos o aumento de capital de Pactual; em um outro processo a fiscalização entendeu que o custo correto corresponderia ao valor indicado pelo acionista, deduzido do valor das bonificações resultantes da capitalização de lucros da Pactual; ou seja, considerou válido e eficaz o aumento de capital realizado por Nova Pactual; em outros processos, ainda, a RFB entendeu que o custo dos investimentos deveria ser arbitrado a partir do capital social de Pactual, dele deduzida parte dos lucros existentes no Banco Pactual destinada aos acionistas em razão de usufruto;

55. se a situação é tão clara e incontestável a ponto de o TVF afirmar não ser crível que ele desconhecesse seus efeitos, por que razão há tanta divergência entre os auditores fiscais quanto aos critérios que deveriam ser utilizados na determinação do custo dos investimentos dos acionistas?

56. o efeito apontado no TVF de que os lucros reflexos nas holdings seriam absorvidos pelos próprios lucros do Banco Pactual, não ocorre nas incorporações inversas, precedidas ou não da capitalização de lucros; os exemplos por si apontados comprovam essa assertiva, como também a comprovam o fato de o balanço do Banco Pactual, levantado após a incorporação, não refletir essa consequência;

57. a bolha patrimonial citada no TVF não existe, uma vez que, conforme demonstrado, a situação patrimonial do Banco Pactual seria a mesma, antes e depois da incorporação, caso não existissem outros ativos na incorporada;

58. o único problema que se põe está no tratamento dos lucros existentes na incorporada à época da incorporação, ou capitalizados como medida preparatória da mesma: (i) somam-se eles ao custo dos investimentos dos acionistas, como prevê a lei; ou (ii) são simplesmente ignorados, privando os acionistas da incorporada, em determinada circunstância, de se aproveitarem dos referidos lucros;

59. a reestruturação foi motivada por objetivos negociais legítimos e a majoração do custo de seus investimentos no Banco Pactual é mera decorrência da aplicação direta da legislação em vigor; em nenhum momento se desviou das regras previstas na LSA ou na legislação fiscal, ao considerar que as capitalizações de lucros das holdings provocariam um aumento no custo de seus investimentos;

60. não contesta o legítimo direito da RFB, na defesa do erário, buscar novos argumentos para contestar os efeitos da reestruturação; não obstante, rejeita veementemente, face a esse cenário, as alegações de que não poderia ignorar estar agindo em desacordo com a lei, ao quantificar seu ganho de capital, e de estar prestando informações falsas ao preencher os formulários relativo a tal quantificação;

61. fica evidente que não se verificam, no caso concreto, os pressupostos da aplicação da multa de 150%, razão pela qual a cobrança da mesma é improcedente.

62. é descabida a incidência de juros sobre a multa porque isso implicaria numa indireta majoração da própria penalidade e não se pode falar em mora na exigência de multa; O pedido consistiu em julgar improcedente o auto de infração, com a extinção do crédito tributário dele decorrente.

Além dos argumentos da impugnação, acresceu ainda:

(a) a decisão recorrida parte de premissas equivocadas sobre a aplicação e funcionamento do MEP, ao afirmar que os lucros capitalizados pela Nova Pactual e PSA não tinham representatividade física, na medida em que eram meros reflexos contábeis do lucro do Banco Pactual, nelas registrados em razão do MEP;

(b) quando um investimento é contabilizado pelo MEP, os lucros da sociedade investida traduzem-se em receitas da sociedade investidora – chamados resultados positivos ou ganhos de equivalência – que, antes de serem o próprio lucro da sociedade investidora, são apenas um elemento positivo (receita) na formação deste, que, a rigor, poderá sequer existir a depender das demais receitas e despesas próprias da sociedade; a sociedade investidora pode ter ganhos de equivalência (receitas) e não ter lucros ou mesmo ter prejuízos;

(c) essa receita de equivalência é considerada definitiva e efetivamente auferida pela investidora; só não está sujeita à incidência de imposto de renda e outros tributos porque a lei permite que ela seja excluída da base de cálculo dos mesmos; essa exclusão 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 2.15835/2001); o lucro da investidora que a leva em consideração pode ser distribuído aos sócios da investidora ou objeto de capitalização;

(d) a aplicação do MEP é uma obrigatoriedade imposta pela lei, que objetiva fazer com que a sociedade investidora já reconheça como seu um ganho, uma receita ainda potencial, correspondente aos lucros retidos na sociedade investida; isso não torna o lucro da investida lucro da investidora e não iguala a capitalização dos lucros da investidora com a capitalização dos lucros da investida; aceitar essa simplificação é negar a própria existência da sociedade investidora, desconsiderar a sua personalidade jurídica, rejeitar a sua aptidão para ser sujeito ativo e passivo de direitos e obrigações e revogar todo o arcabouço jurídico que garante não serem as sociedades holdings estruturas inócuas e ilegítimas;

(e) uma holding que também tenha atividades operacionais próprias pode ter receita de equivalência, e, num cenário positivo, outras receitas que aumentem o seu lucro ou, num cenário negativo, perdas que reduzam a sua lucratividade ou mesmo a levem a demonstrar prejuízo;

(f) nenhuma interpretação do art. 135 do RIR autoriza que, na capitalização de lucros, o custo de aquisição das ações não seja acrescido no valor da capitalização;

(g) uma holding pura, ou seja, que não tem atividade operacional própria, mas tão-somente participa no capital da investida, não pode ser tratada diferentemente de outras holdings, pois a lei não faz essa distinção; portanto, os lucros da investida não são os lucros da investidora, seja esta uma holding pura, ou não; os lucros da investida continuam a ser uma receita da investidora, ainda que a ausência de outras atividades relevantes nas holdings faça com que os seus resultados sejam afetados de forma extremamente preponderante pelos lucros gerados pela sociedade operacional (Banco Pactual);

(h) no caso em apreço, as capitalizações deram-se com os lucros das próprias holdings e não com o lucro do Banco Pactual; são lucros absolutamente distintos e inconfundíveis;

(i) a rejeição da aplicação da lei em benefício de suposta justiça econômica geraria uma total insegurança jurídica e situações ambíguas em que o aplicador da lei não teria como identificar de forma consistente o aumento de capital que seria apto a gerar acréscimo de custo do investimento: o da controladora ou o da controlada;

(j) por essas razões, deve ser rechaçada a referida simplificação, e reconhecido que, no caso concreto, aplica-se o art. 135 do RIR, tal como está escrito; se assim não for, estar-se-á desprezando os comandos legais sobre o MEP, desconsiderando as personalidades jurídicas das sociedades holdings e

reescrevendo-se o referido dispositivo a pretexto de uma suposta justiça econômica.

(l) a decisão recorrida sustenta que os ganhos decorrentes da aplicação do MEP não podem ser capitalizados antes de efetivamente realizados; esse entendimento não se sustenta, pois contraria texto da LSA e até mesmo entendimento que vem prevalecendo no Supremo Tribunal Federal (STF), que recentemente analisou a constitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória nº 2.15835/ 2001, segundo o qual se tributa no Brasil o ganho das pessoas jurídicas, aqui sediadas, decorrente de suas participações em controladas e coligadas com sede no exterior, independentemente da distribuição do referido ganho, sendo fundamento dos votos dos que já o consideraram constitucional de que o ganho produzido por tais investimentos integra o lucro líquido das investidoras, em razão da aplicação do MEP, podendo mesmo ser distribuído;

(m) os investimentos sujeitos ao MEP são registrados no ativo da investidora pelo correspondente valor de patrimônio líquido contábil (PLC); na hipótese de a investida ser uma subsidiária integral da investidora e o valor de seu PLC ser de R\$ 100.000,00, a investidora registrará seu investimento por aquele valor; se, ao final do exercício, o PLC da investida evoluir para R\$ 150.000,00, o investimento passará a ser registrado por aquele valor e assim permanecerá até que ocorra novo registro do investimento; se os lucros da investida forem distribuídos, seu PLC voltará a ser de R\$ 100.000,00 e a investidora passará a registrar seu investimento por aquele novo valor; a redução do valor do investimento da investidora terá como contrapartida o registro de crédito contra a investida (se o dividendo ainda não tiver sido pago) ou de disponibilidades, se o pagamento do dividendo tiver ocorrido;

(n) o fato de a investida não ter ainda distribuído dividendos não impede –juridicamente – a distribuição dos ganhos de MEP pela investidora; caso a investidora disponha de caixa suficiente ao pagamento de dividendos não haverá óbice jurídico ou financeiro; na ausência de disponibilidade, os ganhos de MEP também poderão ser distribuídos, mediante o registro de crédito a acionistas, ou mesmo capitalizados;

(o) o tratamento que uma investida dá a seus lucros afeta, efetivamente, as investidoras, pois elas são as destinatárias dos mesmos; mas o contrário jamais poderá ocorrer; o patrimônio da investida é alheio ao da investidora e, na medida em que ambas são pessoas jurídicas distintas, o que a última fizer não poderá interferir na situação patrimonial da primeira.

(p) os efeitos de que ora se trata não decorrem da realização de incorporações reversas, mas da aplicação do MEP; como demonstrado, das cinco variantes disponíveis para a realização da venda do Banco Pactual por seus acionistas, duas delas (a venda de todas as holdings e a incorporação do BANCO) eram inviáveis e as três remanescentes (incorporações reversas, extinção das holdings ou redução de seus capitais) produziriam o mesmo efeito no custo dos investimentos do recorrente;

(q) a decisão recorrida admite que a reestruturação foi legítima e que a irregularidade estaria no efeitos econômicos pretendidos através da reorganização societária; ora, o recorrente não buscou nenhum efeito com a reestruturação, pois os efeitos da redução de capital ou da extinção das holdings seriam idênticos; por outro lado, se a reestruturação é regular e comprovadamente realizada com objetivos negociais legítimos, seus efeitos tem que ser aceitos pelo fisco, mesmo que prejudiciais ao erário;

(r) o auto de infração relativo a um dos acionistas controladores do Banco Pactual já foi julgado improcedente pelo Acórdão nº 210201938;

(s) quanto à apuração do custo de seus investimentos, no qual a fiscalização utilizou critério distinto dos demais lançamentos efetuados contra os acionistas do Banco Pactual, os lançamentos não podem utilizar discricionariamente critérios absolutamente distintos e desconexos para apurar o custo do investimento dos acionistas, chegando-se a absurdas discrepâncias de valores; a diversidade de critérios na quantificação do ganho de capital dos acionistas evidencia que nem a RFB sabe exatamente qual teria sido o equívoco cometido, e que o lançamento fundou-se exclusivamente no efeito econômico gerado pela reestruturação;

(t) no seu caso específico, em que o custo de seus investimentos existentes antes da reestruturação foi reduzido, esclareça-se que as ações do Banco por si vendidas substituíram por sucessão ações das holdings, de sorte que o custo das ações do Banco Pactual deveria corresponder ao das ações que substituíram; deixar de considerar no custo das ações ao menos o custo original das ações da Nova Pactual e o valor das bonificações a ela atribuídas é de todo absurdo.

(u) a capitalização prévia dos lucros fez com que seus principais acionistas, que detinham o seu controle indireto – André Esteves e Gilberto Sayão da Silva – tivessem suas participações no capital da Nova Pactual reduzidas (de 22,21% e 20,2% para 15,5% e 13,1%, respectivamente), comprovado pelo da 3ª com a 4ª alteração contratual, o que fez com que recebessem menos ações do Banco Pactual por ocasião das incorporações das holdings, e, conseqüentemente, vendessem menos ações do Banco à UBS Brasil; estima-se a perda conjunta dos referidos acionistas em mais de R\$500.000.000,00, já desconsiderados os efeitos fiscais do aumento do custos de suas ações do Banco, decorrentes da capitalização dos lucros da Nova Pactual, o que evidencia que a capitalização de lucros teve objetivos outros, que não fiscais;

O recurso voluntário foi apreciado, em 15/02/2016, pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento, resultando no acórdão nº 2301-004.479, às e-fls. 1217 a 1258, que deu provimento em parte do recurso, apenas para cancelar a qualificação da multa de ofício, nos termos da ementa e *decisum* a seguir::

OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. LUCROS SOCIETÁRIOS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM HOLDINGS. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO EM DESCOMPASSO COM O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 10 DA LEI 9.249, de 1995 (ART. 135 DO RIR 99).

A capitalização de lucros societários, não tributados, sem substrato econômico e meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial em holdings puras, seguidas de correspondentes incorporações reversas, não ampara a aplicação do parágrafo único do art. 10 da Lei 9.249, de 1995 (art. 135 do RIR 99), para fins de majoração do custo da aquisição de ações a serem alienadas e consequente apuração de ganho de capital. O lucro que é tributado, e, por decorrência, pode ser objeto de benefícios fiscais, como isenção ou majoração do custo de aquisição de ações é o lucro fiscal, e não o lucro societário.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. SUJEITO PASSIVO SEM CONTROLE DOS ATOS QUE DERAM ORIGEM À ATUAÇÃO.

Não tendo o sujeito passivo poder para determinar ou impedir os atos que deram origem ao auto de infração, descabe a aplicação da multa qualificada.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.TAXA SELIC.

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

O acórdão teve o seguinte teor:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Acompanhou pelas conclusões a Dra. Alice Grecchi. Fez sustentação oral o Dr. Luis Claudio Pinto, OAB/RJ 88.704.

Tendo ciência do resultado, em 04/03/2016 (e-fl. 1259), a Procuradoria da Fazenda Nacional informou que não apresentaria recurso, em 04/04/2016 (e-fl. 1260).

Recurso especial do contribuinte

Ciente do acórdão em 15/04/2016 (e-fl. 1264), o contribuinte interpôs recurso especial de divergência, em 26/04/2016, às e-fls. 1274 a 1317.

Aponta duas matérias em que ocorrem divergências entre o acórdão recorrido e paradigmas do CARF.

A principal se relaciona com a apuração do custo de aquisição das ações do Banco Pactual S.A., por ele alienadas à empresa do grupo UBS. O paradigma para essa matéria foi estabelecido sobre as mesmas transações, sendo que no caso do recorrido, a fiscalização negou a aplicação do art. 135 do RIR/99 à situação analisada e glosou o aumento do custo decorrente da capitalização dos lucros em cada uma das holdings do Banco Pactual, mesmo entendimento da turma *a quo*, enquanto no acórdão paradigma nº 2102-01.938, se entendeu:

(i) estar correta a aplicação do art. 135 do RIR/99 à capitalização dos lucros em cada uma das holdings que compunham o Grupo Pactual, além de estar correto o cálculo efetuado pelo contribuinte (acionista) na determinação de seu ganho de capital e, por conseguinte, estar correto o valor do IR pago por ocasião da venda de sua participação societária no Banco Pactual;

(ii) inexistir previsão legal para a glosa de parte do custo de aquisição dos investimentos no Banco Pactual; e

(iii) que a alegada distorção econômica apontada pela fiscalização não poderia servir de fundamento para o lançamento, sob pena de violação do princípio da legalidade.

Já quanto a segunda, incidência de juros de mora sobre as multas de ofício, para situação semelhante, não foi admitida pelos acórdãos paradigmas nº 2202-002.165 e nº 101-96.008.

Nos paradigmas se em tenderia que os arts. 113 e 161 do CTN autorizam apenas a cobrança de juros de mora sobre a penalidade decorrente do descumprimento de obrigação acessória a qual, se não integralmente paga no vencimento, converte-se em obrigação principal; ou seja, eles entendem inexistir base legal para a cobrança de juros sobre a multa de ofício lançada juntamente com o tributo, assim divergindo do recorrido.

Por fim, pleiteia que se admita seu recurso especial de divergência para que seja provido e afastada a tributação pelo cancelamento integral do auto de infração ou, caso mantida a tributação, se afaste a incidência dos juros moratórios sobre as multas de ofício.

O recurso especial interposto pelo contribuinte foi apreciado pelo Presidente da 3ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento do CARF, nos termos dos arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 343 de 09/06/2015, por meio do despacho de e-fls. 1425 a 1433, em 14/10/2016. O despacho deu seguimento ao recurso para que sejam apreciadas ambas as matérias, em face da efetiva demonstração das divergências.

Contrarrazões da Fazenda

A Procuradoria da Fazenda Nacional teve ciência do recurso especial do contribuinte e do despacho de admissibilidade do recurso especial, em 17/10/2016 (e-fl. 1434), apresentando contrarrazões em 17/10/2016, às e-fls. 1435 a 1455.

Quanto à apuração do ganho de capital na alienação das ações, em apertado resumo, o Procurador reitera os argumentos já expendidos pela fiscalização e pelo relator do recorrido, segundo os quais se procurou demonstrar que as sucessivas incorporações com duplicidade de utilização dos lucros em aumentos de capital pelas holdings, em face de

apuração de resultados considerando a equivalência patrimonial, seguidas da incorporação reversa, inflaram o custo de aquisição das ações em 233,71%, enquanto o patrimônio líquido do Banco Pactual aumentou em 84,45%.

As operações realizadas não guardaram proporção com a grandeza econômica efetivamente reinvestida na empresa, pois o contribuinte capitalizou uma empresa com lucro ou reserva de capital que já havia sido utilizado.

O contribuinte se apegou ao art. 135 do RIR/99 se olvidando do contexto fático que envolveu a alienação das mencionadas ações. O objetivo do art. 135 do RIR/99 é assegurar uma espécie de compensação ao contribuinte que optou por não receber os dividendos da empresa para reinvestir esse capital na pessoa jurídica. Assim, diminuir-se-ia da base de cálculo do IRPF, que seria utilizada na apuração de eventual ganho de capital, o valor dos lucros e reservas de capital utilizados no aumento do capital social da empresa. Portanto, contraria o sentido e a lógica dessa norma o aproveitamento em duplicidade de lucros e reservas de capital para aumentar o custo de aquisição de ações de uma empresa.

O recorrente 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. Os acionistas tentaram extrapolar o comando do referido artigo, tentando fazer prevalecer uma situação totalmente dissonante da realidade.

No tocante aos juros de mora aplicáveis sobre as multas de ofício, argumenta, em síntese, que o crédito tributário não pago no vencimento está sujeito a juros de mora, à luz do art. 161 da Lei nº 5.172/1966 - CTN. Além disso, também com base no mesmo Código, a inobservância da obrigação acessória converte-a em principal relativamente à penalidade pecuniária e o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. Esses dispositivos de lei complementar, inclusive à luz de interpretações judiciais e doutrinárias, levariam ao entendimento de que há correta aplicação de juros de mora sobre as penalidades de ofício.

Encerra, pedindo pela denegação de provimento ao recurso especial interposto para manutenção do lançamento impugnado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

O recurso é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade e, portanto, dele conheço.

Adotarei aqui as razões de decidir por mim apresentadas na relatoria do acórdão nº 9202-003.700, que abordava a mesma operação, com alienação de ações de emissão do Banco Pactual para a UBS por outro contribuinte.

I) Ganho de capital na alienação de participação societária após incorporação reversa.

O deslinde da questão se resume à correta interpretação da legislação aplicável ao caso de capitalização de lucros de uma pessoa jurídica, no tocante à atualização do

custo de aquisição das participações societárias mantidas pelos proprietários dessa pessoa jurídica. Pela complexidade do tema, dividirei meu voto em quatro partes, a saber: (a.I) a delimitação do problema a ser enfrentado, (a.II) a interpretação correta da legislação aplicável, (a.III) a aplicação da legislação ao caso dos autos e (a.IV) conclusão.

a.I – Delimitação do Problema

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

Art. 10. ...

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

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

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

Nesse caso, em que pese os sócios terem adquirido a participação societária por R\$ 1.000,00 e, posteriormente, a alienado por R\$ 1.500,00, o ganho de capital apurado não seria de R\$ 500,00, mas apenas de R\$ 400,00. Isso porque os lucros de R\$ 100,00, capitalizados, têm o condão de aumentar o custo de aquisição da participação societária e, conseqüentemente, de diminuir o ganho de capital.

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

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

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

- em seguida, com a pessoa jurídica operacional auferindo lucros de R\$ 100,00, a Holding (por equivalência patrimonial) iria refletir esse lucro no valor de sua

participação societária, o que resultaria no reconhecimento de lucros, também no valor de R\$ 100,00;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a.II Interpretação da Legislação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- o lucro distribuído era passível de tributação; e

- 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 n° 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, acabase por negar a própria realidade. Ora, no caput, é referido que os lucros ou dividendos pagos ou creditados é que não estarão sujeitos à incidência do imposto de renda. Portanto, interpretando o parágrafo nos limites do que dispõe o caput, concluímos facilmente que a capitalização de lucros que tem o condão de alterar o custo de aquisição de participações societárias é aquela referente a lucros passíveis de efetiva distribuição aos sócios ou acionistas sem tributação.

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

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

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

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

aumento de capital, por esses mesmos proprietários, com os recursos antes recebidos a título de distribuição de lucro.

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

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

A conclusão acima é inevitável, porque:

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

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

- os acionistas, por sua vez, somente podem aumentar capital na holding, em que possuem participação direta; e

- por fim, a holding, com os recursos recebidos, poderá aumentar capital da pessoa jurídica operacional.

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

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

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

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

próprias), como no caso de distribuição diferenciada de lucros (em percentual diferente daquele da participação societária do acionista).

a.III – Aplicação da Legislação ao Caso dos Autos

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

Com efeito, no caso dos autos:

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

A autoridade fiscal, insurgindo-se contra a sequência de capitalizações perpetradas pelo contribuinte, achou por bem arbitrar em R\$ 1.038.424,14 o valor do custo das ações do autuado, correspondente a custo unitário médio da ação da última sociedade holding incorporada (Pactual S/A), multiplicado pelo número de ações detidas pelo sujeito passivo (R\$ 0,2616159 x 3.969.270,00= R\$ 1.038.424,14).

Portanto, a autoridade autuante entendeu indevida apenas a atualização da parcela do custo da participação ultrapassou o limite de R\$ 1.038.424,14, em decorrência das capitalizações de lucro.

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

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

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

Verifico, ainda, a propósito a partir do valor do custo concedido pela fiscalização (R\$ 1.038.424,14) que, uma vez sendo glosadas as duas capitalizações ocorridas em 2006, aplicando-se assim o procedimento defendido por este conselheiro, o valor do tributo devido seria maior do que o originalmente lançado, uma vez que se atingiria um montante de custo a ser concedido de apenas R\$ 114,50, conforme a seguir apurado:

1- Ganho de Capital apurado pelo Contribuinte

() Valor da Alienação	18.352.662,06
------------------------	---------------

(-) Custo das ações alienadas	-8.972.439,50
(=) Ganho de Capital	9.380.222,56

2- Custo das ações apurado pelo Contribuinte

() Custo em 31/12/2005	132,00
(+) Capitalização da Nova Pactual Participações	5.486.019,00
(+) Capitalização da Pactual S/A	3.486.306,00
(-) Cisão Parcial	-17,50
(=) Custo das ações alienadas	8.972.439,50

3- Custo apurado pela Fiscalização

() Qtd de ações	3.969.270,00
(*) Valor Médio Unitário	0,2616159
(=) Custo considerado pela fiscalização	1.038.424,14

4- Custo conforme esta decisão

() Custo apurado pelo contribuinte	8.972.439,50
(-) Capitalização da Nova Pactual Participações	-5.486.019,00
(-) Capitalização da Pactual S/A	-3.486.306,00
(=) Custo devido	114,50

5- Conclusão - valor lançado a menor

() Custo considerado pela fiscalização	1.038.424,14
(-) Custo devido	-114,50
(=) Base de cálculo considerada a menor	1.038.309,64

Portanto, como não foram glosados os dois aumentos de custo, que – no entender deste conselheiro – seria indevidos, resta desnecessária a aplicação da memória de cálculo de segregação de eventuais operações próprias das Holdings, que são apenas residuais, conforme afirmado por ambas as partes e assim, não teriam o condão de reduzir o valor lançado. Pelo contrário, caso fosse aplicado o procedimento defendido por este conselheiro, o valor do tributo devido seria maior do que o originalmente lançado.

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

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

i. o fato é a alienação de participações societárias;

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

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

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

Cumpre lembrar que o julgador não está vinculado ao fundamento das partes, somente não pode exarar uma decisão extra-petita, o que, conforme acima esclarecido, não ocorreu.

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

a.IV – Conclusão

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

II) Juros de mora sobre multa de ofício

Quanto ao art. 61, §3º da Lei nº 9.430, de 1996, utilizado pela autoridade lançadora para fins de caracterização da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, entendo assistir razão à Fazenda quanto à interpretação do mesmo abranger, à luz do caput do mesmo, não só o valor dos tributos em si, mas também a multa de ofício, visto que: (a) decorre, sim, a referida multa de ofício dos referidos tributos ou contribuições quando lançados pela autoridade tributária e, ainda, (b) a multa de ofício integra, ainda, a obrigação tributária principal, com fulcro no art. 113, § 1º do Código Tributário Nacional, bem como o conceito de crédito tributário, cabível assim a incidência de juros de mora sobre seu valor, com fulcro no art. 161 do CTN.

Acerca desta última consideração, entendo decorrer tal abrangência da multa de ofício no conceito de crédito tributário diretamente do disposto nos arts. 142 e 161 do CTN, na forma brilhantemente disposta no voto de relatoria do Conselheiro Marcelo Oliveira no âmbito do Acórdão 9.202002.600, o qual adoto aqui como razões de decidir, *in verbis*:

“(…)

Quanto ao mérito, em nosso entender o Código Tributário Nacional (CTN) define a questão.

CTN:

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.

...

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.

§1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

Pela leitura das determinações legais acima chegamos à conclusão que a multa de ofício – apesar de não possuir natureza tributária – integra o crédito tributário, pois este é composto pelo tributo somado aos acréscimos legais, incluindo o valor da multa, como fica claro no Art. 142 do CTN, que inclui, no término da sua redação, a aplicação da penalidade cabível. (g.n.)

Dessa forma, também não há que se prover o recurso especial no tocante à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício objeto de lançamento.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso especial do contribuinte para, no mérito, negar-lhe provimento e manter o acórdão recorrido.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

Declaração de Voto

Conselheira Ana Paula Fernandes.

1 - RECURSO DO CONTRIBUINTE.

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

Em sessão passada acompanhei o brilhante voto do eminente conselheiro Luiz Eduardo, 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.

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

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

Seguindo entendimento esposado por esta Turma anteriormente, o referido artigo não se aplicaria às bonificações decorrentes da capitalização de lucros formados com ganhos provenientes da aplicação

do método de equivalência patrimonial, pois os lucros, cuja capitalização seria apta a gerar acréscimo e custo para o investidor, seriam aqueles capazes de atingir o patrimônio da pessoa física (o que excluiria aqueles advindos pelo MEP).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ou seja, por mais excessiva que possa ser 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 Consultante 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.**

Tal fato nos leva agora ao 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.

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) ilícido, 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.

É como voto.

(assinado digitalmente)
Ana Paula Fernandes