



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

Processo nº 12898.002335/2009-31
Recurso nº 884.725 Voluntário
Acórdão nº 2102-01.938 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de abril de 2012
Matéria IRPF, GANHO DE CAPITAL, SIMULAÇÃO
Recorrente GILBERTO SAYÃO DA SILVA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2006

IRPF. GANHO DE CAPITAL. INEXISTÊNCIA DE SIMULAÇÃO.

Há um consenso entre a Doutrina e a Jurisprudência quanto ao fato de que são considerados simulados os atos realizados pelas partes quando a intenção delas não corresponde àquela expressa pelos atos efetivamente realizados (ou exteriorizados). Por outro lado, quando os atos praticados revelam exatamente a intenção das partes, não há que se falar em simulação.

IRPF. GANHO DE CAPITAL NA VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. APURAÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO. INCORPORAÇÃO REVERSA. CAPITALIZAÇÃO DOS LUCROS. APLICAÇÃO DO ART. 135 DO RIR/99.

O art. 135 do RIR/99 prevê expressamente que “no caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista”. A lei não prevê qualquer exceção à aplicação da norma, de forma que, para afastá-la, deverá ser demonstrada pela fiscalização a sua inaplicabilidade ao caso concreto. Diante da falta de tal demonstração, não pode prevalecer o lançamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao recurso.

Assinado Digitalmente

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

Autenticado digitalmente em 27/06/2012 por ROBERTA DE AZEREDO FERREIRA PAGE, Assinado digitalmente em 27/06/2012 por ROBERTA DE AZEREDO FERREIRA PAGE, Assinado digitalmente em 28/06/2012 por GIOVANNI CHRISTIAN NUNES CAMPOS

Impresso em 12/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Assinado Digitalmente

Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti - Relatora

EDITADO EM: 17/04/2012

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Giovanni Christian Nunes Campos (Presidente), Rubens Mauricio Carvalho, Nubia Matos Moura, Atilio Pitarelli, Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti e Carlos André Rodrigues Pereira Lima.

Relatório

Em face do contribuinte acima identificado foi lavrado o Auto de Infração de fls. 89/94 para exigência de IRPF sobre ganho de capital auferido por ocasião da venda de participação societária, acrescido de multa de ofício qualificada de 150%. Do longo Termo de Constatação que instrui o lançamento, depreende-se que o mesmo decorreu do entendimento de que o contribuinte omitira parte do ganho de capital auferido com a venda de sua participação no BANCO PACTUAL S/A, em razão de planejamento tributário tido pela autoridade fiscal como operação simulada.

A fim de ilustrar as operações realizadas pelo contribuinte que deram ensejo ao lançamento, eis o que consta do referido Termo de Constatação, *verbis*:

A operação de alienação do BANCO PACTUAL S/A da forma como foi engendrada deve ser entendida no seu sentido amplo, não se restringindo apenas ao ato de transferência da propriedade das ações da instituição financeira ao adquirente — UBS Brasil Participações Ltda. — CNPJ 08.245.97510001-91 — mas contemplando-se no escopo do ato negocial todas as operações anteriores de capitalização de lucros e reservas e extinção das holdings integrantes do grupo empresarial.

A simulação nos atos praticados fica evidente quando analisamos que se a intenção do acionista pessoa física fosse unicamente a de alienar a sua participação indireta no BANCO PACTUAL S/A, seria transferida ao UBS Brasil Participações Ltda. a propriedade das ações das holdings PACTUAL HOLDINGS S/A e NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. a ele pertencentes.

(...)

Na aparência, a operação envolveu apenas a aludida transferência de propriedade das ações do BANCO PACTUAL S/A. No entanto, no ato praticado foram conferidos direitos [majoração irregular do CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES ALIENADAS DO BANCO PACTUAL S/A] de forma simulada, ao Acionista Pessoa Física, Gilberto Sayão da Silva, conforme preceituado no inciso I do parágrafo 1º do art. 167 do Código Civil, Lei nº 10.406/02.

Neste contexto, observa-se a materialização da hipótese prevista no parágrafo 2º do mesmo artigo, considerando que na

operação, ao majorar o custo de aquisição das ações alienadas e, conseqüentemente, reduzir o ganho de capital, a Pessoa Física provocou evasão de tributo [imposto de renda sobre o ganho de capital], lesando direito de terceiro, no caso, o Fisco.

Cabe consignar que as sociedades investidoras de fato existiam, os atos de reorganização societária ocorreram e os procedimentos contábeis de incorporação de lucros e reservas ao capital social das holdings ocorreram apenas na forma. No entanto, o ato exteriorizado fundamentado no comando contido no artigo 135 do RIW99 — Decreto nº 3.000/199 — o qual permite o aumento do custo de aquisição das ações pertencentes à pessoa física com a capitalização de lucros e reservas das pessoa jurídica, contém elementos inequívocos à caracterização de ato simulado, conforme preceituado no artigo 167 do Código Civil — Lei 10.406/02, em razão de ocultar a real intenção do agente que utilizando-se de previsão legal tendente a atribuir efeitos econômicos e tributários a atos negociais, pratica operação destituída dos elementos inerentes aos aludidos efeitos.

Na apuração do CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES ALIENADAS DO BANCO PACTUAL S/A foram imputados valores fictícios que não se revestem de conteúdo econômico e financeiro, que distorcem as características intrínsecas dos elementos que compõem os conceitos de custo de aquisição, como aqueles que traduzem os esforços e sacrifícios da pessoa física ou jurídica na formação e crescimento de seu patrimônio.

A multa de ofício foi qualificada em razão da alegada simulação dos atos envolvidos nas sucessivas operações societárias que culminaram com a venda da participação do contribuinte no BANCO PACTUAL S/A.

Cientificado do lançamento, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 803/821, por meio da qual defendeu a legalidade das operações realizadas, refutando a alegação da autoridade lançadora de que teria havido simulação. Alegou que suas operações estariam devidamente respaldadas pelo disposto no art. 135 do RIR/99, e que estaria incorreto o entendimento da fiscalização de que o referido artigo não poderia ser aplicado a operações de reestruturação.

Na análise de suas alegações, os membros da DRJ no Rio de Janeiro decidiram pela manutenção integral do lançamento, em acórdão do qual se extrai a seguinte ementa:

OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES.

Sujeita-se à incidência do Imposto de Renda o ganho de capital correspondente à diferença entre o valor de alienação das ações pelo acionista pessoa física e o respectivo custo de aquisição, que não pode ser majorado sem o amparo legal.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. VALIDADE.

Só é considerado válido o planejamento tributário, conjunto de medidas e atos adotados pelo contribuinte na organização de

sua vida econômico-fiscal, se este anteceder o fato gerador e pautar-se pela legalidade, com o afastamento de qualquer forma de simulação em relação aos atos e negócios praticados.

INCORPORAÇÕES INVERSAS. DUPLICIDADE DE CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS.

A capitalização de lucros e reservas oriundos de ganhos por equivalência patrimonial na sociedade investidora, seguida de incorporação inversa e nova capitalização, com duplicidade no incremento do custo de aquisição das ações a serem alienadas, constitui majoração irregular e infração fiscal.

SIMULAÇÃO. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA.

O fato de cada uma das transações dentro do grupo societário, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando fica comprovado que os atos praticados tinham objetivo diverso daquele que lhes é próprio.

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO.

Constatada a prática de simulação, perpetrada mediante a articulação de operações com o intuito de evitar a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, é cabível a exigência do tributo, acrescido de multa qualificada (art. 44, inciso II, da Lei nº. 9.430, de 1996).

O contribuinte teve ciência de tal decisão e contra ela interpôs o Recurso Voluntário de fls. 841/872, por meio do qual assim resumiu os fatos que motivaram o lançamento:

(a) Em 13.10.2006, o capital de NOVA PACTUAL foi aumentado mediante a capitalização de lucros gerados pelo BANCO PACTUAL.

Com isso, o custo dos investimentos do RECORRENTE em NOVA PACTUAL passou de R\$ 127.944.783,32 para R\$ 179.752.497,32 (aumento de R\$ 51.807.714,00).

(b) Também em 13.10.2006, o capital de PACTUAL HOLDINGS foi aumentado mediante a capitalização de lucros gerados pelo BANCO PACTUAL. Com isso, o custo dos investimentos do RECORRENTE em PACTUAL HOLDINGS passou de R\$ 8.281.818,05 para R\$ 108.081.818,05 (aumento de R\$ 99.800.000,00).

(c) Logo a seguir, a NOVA PACTUAL e PACTUAL HOLDINGS foram incorporadas por PACTUAL, sua controlada (incorporação reversa), e o RECORRENTE recebeu, em substituição às suas participações no capital das incorporadas, extintas com a incorporação, investimentos diretos na incorporadora, ou seja, em PACTUAL.

(d) Em 03.11.2006, o capital de PACTUAL foi aumentado mediante a capitalização de lucros gerados pelo BANCO PACTUAL. Com isso, o custo dos investimentos do

RECORRENTE em PACTUAL passou de R\$ 287.834.315,37 (soma do custo de seus investimentos em NOVA PACTUAL e PACTUAL HOLDINGS, que foram incorporadas por PACTUAL) para R\$ 499.004.964,37 (aumento de R\$ 211.170.649,00).

(e) Em 01.12.2006, PACTUAL foi incorporada pelo BANCO PACTUAL (incorporação reversa) e o RECORRENTE recebeu, em substituição à sua participação no capital da incorporada, extinta com a , incorporação, investimentos diretos na incorporadora, ou seja, no. BANCO PACTUAL.

2.7. Em seguida, após a ocorrência do fato mencionado em "e", acima, as ações do BANCO PACTUAL detidas pelo RECORRENTE foram alienadas a UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. ("UBS BRASIL"), pelo preço de R\$ 1.111.647.540,24, do qual a parcela de R\$ 432.043.319,81 foi paga à vista.

Quanto ao mérito, suscitou os seguintes motivos que justificariam a reforma da decisão proferida pela DRJ:

- as holdings que detinham a totalidade das ações do banco foram criadas mais de 10 anos antes dos eventos que ensejaram o lançamento, e tinham o propósito de organizar o controle sobre o banco, bem como a distribuição de seus lucros entre os 69 sócios do mesmo;

- a reestruturação societária era necessária à efetivação da venda do banco, e poderia ter sido feita de diversas maneiras, tendo os sócios optado pela que lhes parecer mais conveniente;

- a opção pela extinção das holdings e não do próprio banco se deu também por razões relacionadas à própria atividade exercida, já que os sócios tinham diversas obrigações personalíssimas perante os compradores do referido banco;

- discorreu sobre todos os inconvenientes que seriam causados caso a incorporação tivesse se dado de forma "tradicional" (as holdings teriam que se tornar instituições financeiras), e também sobre os inconvenientes decorrentes da extinção das holdings para viabilizar a venda do banco ao UBS; e

- a rapidez com que a reestruturação foi feita é outro fato que demonstra que realmente esta seria a melhor saída (incorporação "reversa"), sendo indevida a conclusão tomada pela autoridade lançadora no sentido de que a rapidez da reestruturação teria sido um forte indício de que o objetivo seria o de escapar à tributação.

Em seguida, discorreu sobre um a um dos referidos tópicos suscitados na decisão recorrida: i) rapidez com que foi realizada a reestruturação, ii) utilização de incorporações inversas, e iii) aumento do custo de aquisição dos seus investimentos, item no qual reitera que tal aumento se deu com amparo no disposto no art. 135 do RIR/99, da seguinte forma:

*3.55. A legislação em vigor prevê que a capitalização de lucros'-
gera acréscimo de custo para os acionistas pessoas físicas, sem*

cogitar da natureza do lucro. O destinatário desse aumento de custo é o acionista pessoa física que, no momento da capitalização do mesmo, for sócio ou acionista da empresa. À época da capitalização dos lucros das holdings, quer a mesma houvesse resultado de deliberação específica, quer houvesse ocorrido no processo de incorporação, seus sócios ou acionistas eram os VENDEDORES e, dentre eles, o RECORRENTE. Assim, o ajuste do custo dos investimentos do RECORRENTE decorre da aplicação da lei e não há como rejeitá-lo.

Concluiu que não constavam, quer do Auto de Infração, quer da decisão recorrida, quaisquer normas legais por ele infringidas, e afirmou que a autuação decorria tão-somente do inconformismo da autoridade fiscal quanto aos efeitos gerados pela aplicação da lei (art. 135 do RIR/99) ao caso concreto.

Alegou ainda que a capitalização de lucros das *holdings*, em casos de reestruturação é uma consequência necessária das incorporações e independe de ato específico neste sentido, discorrendo sobre o entendimento da CVM e da Receita Federal a este respeito. Defendeu também que as consequências da opção pela capitalização de lucros antes das incorporações seria irrelevante em termos fiscais, concluindo também que se fossem desconsiderados os efeitos da capitalização dos lucros na Nova Pactual, deveria igualmente ser alterada a sua participação no Banco Pactual, *verbis*:

3.76. A distribuição desproporcional de lucros fez com que a participação do RECORRENTE no capital de NOVA PACTUAL fosse reduzida de 20,37% para apenas 13,16%, conforme demonstra a Cláusula Sexta do Contrato Social de NOVA PACTUAL, após a realização da 4ª alteração (DOC. 01).

3.77. Ao questionar a REESTRUTURAÇÃO, o AUTO (acolhido pela DECISÃO) desconsidera um dos efeitos do aumento de capital de NOVA PACTUAL (aumento do custo), mas mantém outro (redução da participação do RECORRENTE).

3.78. Se o AUTO fosse julgado procedente, o que o RECORRENTE admite apenas para argumentar, a desconsideração do aumento de capital da NOVA PACTUAL deveria ocorrer por completo, do que resultaria que, à época das incorporações das holdings pelo BANCO PACTUAL, tocasse ao RECORRENTE um maior número de ações do BANCO PACTUAL.

3.79. Ou seja, se os efeitos da capitalização de lucros da NOVA PACTUAL fossem ignorados, o custo dos investimentos do RECORRENTE no BANCO PACTUAL, na época da venda de suas ações, seria maior, na medida em que: (i) sua redução no capital de NOVA PACTUAL — de 20,37% para 13,16% — seria desconsiderada; e (ii) tocariam ao RECORRENTE ações do BANCO PACTUAL em maior número, quando houvesse a incorporação;

3.80. Em vista disto, se, por absurdo, fosse mantido o AUTO, o ganho de capital do RECORRENTE deveria ser recalculado e quantificado com base na participação que o mesmo teria no BANCO PACTUAL se a capitalização de lucros de NOVA PACTUAL — e consequente redução de sua participação — não tivesse ocorrido.

Trouxe diversos exemplos para ilustrar seu raciocínio, bem como jurisprudência em favor de suas alegações.

Por fim, discorreu sobre a inexistência de simulação na espécie, defendendo que seria inaplicável ao caso a qualificação da multa de ofício, pugnando pela reforma da decisão recorrida.

Quando os autos já haviam sido encaminhados a este Conselho para julgamento, o Recorrente anexou aos autos (fls. 909 e seguintes) parecer exarado por Ricardo Mariz de Oliveira acerca da inocorrência da simulação no caso em que se examina. O parecer tinha como objetivo oferecer resposta à seguinte indagação:

"12. Diante do exposto, indaga Gilberto Sayão da Silva se, na reestruturação realizada previamente à alienação do BANCO, para que a mesma fosse realizada por seus controladores finais, houve a prática de algum ato (ou de um conjunto de atos) que possa ser qualificado como simulado, nos termos do art. 167 do Código Civil."

A conclusão a que o signatário do mesmo chegou foi a de que:

A única razão apresentada pela fiscalização autuante, e confirmada pela decisão da DRJ no respectivo processo administrativo, é a indevida (segundo o entendimento dessas instâncias fiscais) aplicação do art 135 do RIR/99, que teria majorado indevidamente o custo das ações vendidas.

Entretanto, as possíveis consequências tributárias dos atos não são hábeis para caracterizá-los como simulados, isto por um elementar raciocínio lógico: se fosse assim, toda vez que o art. 135 fosse aplicável ter-se-ia que admitir ter havido simulação e ele deixaria de poder ser aplicado.

(...)

Como falei em passagem anterior, parece haver uma inconformidade da fiscalização com a duplicação de efeitos das capitalizações de lucros, em virtude de os lucros que existiam na Nova Pactual e na Pactual Holdings derivavam dos lucros da Pactual S.A. Todavia, isto não é resultado de simulação, mas, quando muito, insuficiência do comando legislativo, envolvendo tanto o art. 135 do RIR/99 quanto todo o método de equivalência patrimonial, não cabendo ao destinatário da norma, nem ao seu intérprete ou aplicador, corrigi-la a pretexto de interpretação, pois a correção necessariamente deve ser objeto de alteração legislativa, assim como não lhes é dado distinguir onde a norma legal não distingue, ou acrescentar a ela requisitos ou condições nela inexistentes.

Seja como for, qualquer discussão em torno do art. 135 do RIR não depende necessariamente de ter havido simulação, e nem permite afirmar ter havido simulação.

Concluo, pois, não ter ocorrido simulação perpetrada pelo Sr. Gilberto Sayão da Silva ou por qualquer das pessoas envolvidas nos atos e negócio jurídicos de que ele participou.

É meu parecer.

Em seguida (fls. 984 e seguintes), a d. Procuradoria da Fazenda Nacional apresenta suas contra-razões ao Recurso Voluntário, aduzindo, em síntese, e após um breve relato dos fatos, que teria havido o aumento irregular do custo de aquisição das ações do BANCO PACTUAL S.A., tendo em vista que o Banco era a única fonte produtora de riqueza para todo o grupo, e os lucros não distribuídos (e capitalizados) pelas demais empresas foram apurados através do método da equivalência patrimonial. Eis um trecho do entendimento esposado na referida peça:

Ora, as operações de capitalização e incorporação inversas não podem ser consideradas isoladamente, como pretende o contribuinte. Com efeito, a opção feita pelo contribuinte, no sentido de aproveitar os lucros e reservas de capital para aumentar o capital social, trará consequências para todas as suas empresas. Dessa forma, os dividendos não distribuídos e que estavam presentes na NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. e na PACTUAL HOLDINGS S.A., por meio do método da equivalência patrimonial, podem ser utilizados para a capitalização dessas empresas. Por sua vez, a incorporação dessas empresas pela PACTUAL S.A. provocará a incidência do art. 135 do RIR/99, com o conseqüente aumento do custo de aquisição das ações.

Entretanto, unia vez utilizados os lucros e reservas de capital nessa operação, não é admissível que eles possam lastrear uma futura capitalização da PACTUAL S.A. e o eventual aumento no custo de aquisição das ações dessa pessoa jurídica na incorporação inversa pelo BANCO PACTUAL S.A.

Por fim, a PFN reitera o pedido para que seja mantida a qualificação da multa de ofício.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, Relatora

O contribuinte teve ciência da decisão recorrida em 10.06.2010, conforme fls. 838. O Recurso Voluntário foi interposto em 08.07.2010 (dentro do prazo legal para tanto), e preenche os requisitos legais - por isso dele conheço.

Conforme relatado, trata-se de lançamento para exigência de Imposto de Renda sobre ganho de capital supostamente pago a menor pelo Recorrente em razão da alegada ocorrência de simulação nas operações que antecederam a venda de sua participação societária no Banco Pactual. Antes, porém, de entrar no mérito da discussão travada nestes autos, cumpre fazer um breve resumo dos fatos envolvidos na operação de venda desta participação societária, para que se possa ter uma melhor compreensão da motivação do lançamento.

Da operação que ensejou o lançamento

O Recorrente e seus sócios detinham, indiretamente, o controle do Banco Pactual, o que exerciam através de três holdings diversas, conforme demonstrado no seguinte quadro, elaborado pela fiscalização e extraído do TCF:

ESTRUTURA DO GRUPO PACTUAL ANTES DA EXTINÇÃO DAS INVESTIDORAS				
André Esteves	Gilberto Sayão		André Esteves	Gilberto Sayão
PS 19,75% CV 40,11% ↓	PS 10% CV 44% ↓		PS 50% CV 50% ↓	PS 50% CV 50% ↓
NOVA PACTUAL PARTICIP LTDA			PACTUAL HOLDINGS S/A	
PS 78,17% CV 34,53% └───────────┐		PACTUAL S/A	PS 21,82% CV 65,47% └───────────┐	
		PS 100,00% CV 100,00% ↓		
		BANCO PACTUAL S/A		

Decidiram então vender suas participações no Banco Pactual para o banco UBS.

Na negociação com o comprador (o UBS) restou estabelecido que as pessoas físicas é que venderiam suas participações no banco, e não as holdings (que detinham a participação direta no mesmo). Por isso, foram feitas as seguintes operações para efetivar a venda:

- a) em 13.10.2006, capitalização dos lucros apurados pela Nova Pactual e pela Pactual Holdings com base no MEP, com a conseqüente majoração do custo de aquisição das participações societárias das pessoas físicas, nos termos do art. 135 do RIR/99;
- b) incorporação de Nova Pactual e Pactual Holdings pela Pactual S/A (1ª incorporação reversa), com o recebimento, pelas pessoas físicas, de participação na mesma proporção das participações societárias que detinham naquelas duas holdings (extintas com as incorporações);

- c) em 03.11.2006, capitalização dos lucros apurados pela Pactual S/A com base no MEP, com a conseqüente majoração do custo de aquisição das participações societárias das pessoas físicas, nos termos do art. 135 do RIR/99;
- d) em 01.12.2006, incorporação da Pactual S/A pelo Banco Pactual (2ª incorporação reversa), com o recebimento, pelas pessoas físicas, de investimentos diretos na mesma proporção que detinham da holding (extinta pela incorporação); e
- e) venda do Pactual ao UBS diretamente pelas pessoas físicas, ocasião em que foi apurado o ganho de capital devido.

Concluída a venda, e recebida a primeira parcela acertada entre as partes, o Recorrente apurou o ganho de capital que entendia incidente sobre a operação, tendo então efetuado o recolhimento do valor de R\$ 35.345.463,99, baseado no seguinte cálculo:

Informações para preenchimento do Formulário de Ganho de Capital 2007 (2006)	
Nº do CNPJ do Adquirente das ações:	08.245.975/0001-91
Nome do Adquirente das ações:	UBS Brasil Participações Ltda.
Especificação da participação societária vendida:	Banco Pactual S.A.
Nº do CNPJ da empresa vendida (Banco Pactual S.A.):	30.306.294/0001-45
Data da alienação das ações do Banco Pactual S.A.	01/12/2006
Quantidade de Ações Ordinárias Nominativas alienadas:	240,424,480
Custo de Aquisição das ações do Banco Pactual S.A.	R\$ 505,291,757.41
Valor de alienação do Banco Pactual S.A.	R\$ 1,111,647,540.24
Valor recebido pela venda em 2006:	R\$ 432,043,319.81
Valor do IR apurado de acordo com o programa de ganho de capital da Receita Federal	R\$ 35,345,463.99
Valor do DARF Pago:	R\$ 35,345,463.99

Como demonstrado acima, o custo de aquisição utilizado por ele foi o de R\$ 505.291.757,41.

A autoridade fiscal entendeu, porém, que o custo de aquisição então apurado não estaria correto. Por isso, refez os cálculos do ganho de capital que entendeu devido, tomando como base os seguintes valores:

DEMONSTRATIVO DO GANHO DE CAPITAL	
Data da alienação	01/12/2006
Quantidade de ações ordinárias nominativas alienadas.	240.424.480
Valor da alienação do Banco Pactual S/A.	R\$ 1.111.647.540,24
Custo de aquisição das ações do Banco Pactual S/A.	R\$ 353.684.043,40
Ganho de capital (total)	R\$ 757.963.496,66
Valor recebido pela venda em 2006 (38,87%)	R\$ 432.043.319,81
Custo das ações correspondente à parcela recebida (38,87% x R\$ 353.684.043,40)	R\$ 137.476.987,70
Ganho de capital correspondente à parcela recebida	R\$ 294.566.332,11
Valor do IR devido (15% x R\$ 294.566.332,11)	R\$ 44.184.949,82
Valor do IR apurado pelo sujeito passivo de acordo com o programa de ganho de capital da Receita Federal.	R\$ 35.345.463,99
Diferença sobre o IR devido	R\$ 8.839.485,83

Como se vê, neste cálculo o custo de aquisição foi reduzido para R\$ 353.684.043,40. Assim, os cálculos efetuados pela autoridade fiscal e aqueles efetuados pelo Recorrente divergem somente no que diz respeito **ao custo de aquisição** das ações.

Esta a origem do lançamento.

Feitos estes esclarecimentos preliminares, passa-se agora a analisar o mérito do Recurso Voluntário.

Um dos pontos mais importantes da discussão aqui travada diz respeito à alegação da autoridade autuante de que teria havido simulação, a justificar o próprio lançamento e, conseqüentemente, a multa qualificada aplicada a ele. O trecho a seguir transcrito – extraído do Termo de Constatação Fiscal (TCF), demonstra este entendimento:

No caso em tela, revelou-se a operação de venda das ações do BANCO PACTUAL S/A destituída do elemento central inerente à caracterização da elisão fiscal, qual seja, a utilização de meios lícitos. Ao inflar artificialmente o CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES ALIENADAS DO BANCO PACTUAL S/A, com a capitalização cumulativa de valores derivados dos lucros apurados por equivalência patrimonial, o contribuinte Gilberto Sayão da Silva incorreu na prática de ato simulado — entre o agente pessoa física e as pessoas jurídicas integrantes do Grupo Pactual — com o propósito de lesar terceiros, no caso o FISCO, materializando-se a hipótese de incidência prevista no inciso I do parágrafo 1º do art. 167 do Código Civil (CC) — Lei nº 10.406/02, combinado com o parágrafo 2º do mesmo artigo, tendo em vista o ato praticado aparentar conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas às quais realmente se conferem ou transmitem.

(...)

Cabe consignar que as sociedades investidoras de fato existiam, os atos de reorganização societária ocorreram e os procedimentos contábeis de incorporação de lucros e reservas ao capital social das holdings ocorreram apenas na forma. No entanto, o ato exteriorizado fundamentado no comando contido no artigo 135 do RIR/99 — Decreto nº 3.000/199 — o qual permite o aumento do custo de aquisição das ações pertencentes

à pessoa física com a capitalização de lucros e reservas das pessoa jurídica, contém elementos inequívocos à caracterização de ato simulado, conforme preceituado no artigo 167 do Código Civil — Lei 10.406/02, em razão de ocultar a real intenção do agente que utilizando-se de previsão legal tendente a atribuir efeitos econômicos e tributários a atos negociais, pratica operação destituída dos elementos inerentes aos aludidos efeitos.

(destacamos)

A decisão recorrida, por seu turno, manteve o entendimento de que teria havido verdadeira simulação, como se depreende do seguinte trecho dela extraído:

Cabe, também, destacar que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar, pela primeira vez, um caso de incorporação invertida, em que uma empresa com prejuízo fiscal incorporou uma lucrativa, considerou o procedimento ilegal.

*Entendeu o STJ que mesmo não havendo impedimento legal, houve simulação com o objetivo de pagar menos tributo, mantendo o julgamento da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Apelação Cível nº2004.71.10.003965-9/RS). **Consolida-se o entendimento de que as incorporações invertidas devem ser reais, fazendo parte de uma legítima reorganização societária e não servindo de mecanismo para fugir à tributação.***

*No presente Auto de Infração, as apurações feitas pela fiscalização demonstram que todas as etapas do processo que culminaram na venda das ações do Banco Pactuai S/A foram antecipadas e cuidadosamente planejadas. Resta, pois, claro que a intenção era efetivamente reduzir o ganho de capital na venda das ações, como resta igualmente claro que as pessoas envolvidas nas operações, incluindo-se aí o impugnante, **agiram com a intenção livre e consciente de ludibriar a tributação, incorrendo em simulação prescrita também no art. 149, inciso VII, do Código Tributário Nacional — CTN (Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966), que determina o lançamento de ofício neste caso.***

(destacamos)

Em resumo, entendeu-se que o único propósito das incorporações reversas acima mencionadas teria sido o de reduzir a tributação incidente sobre o ganho de capital devido pelas pessoas físicas.

De outra parte, o Recorrente defende que as incorporações reversas estariam plenamente justificadas por outros motivos, que não a economia de tributos. Defendeu que, como a negociação feita com o UBS era de venda do banco pelas pessoas físicas, ele e seus sócios teriam algumas possibilidades de viabilizar tal operação (devolução/redução de capital, incorporação do banco pelas holdings e outras); diante destas opções, decidiram pelas incorporações reversas, porque esta pareceu às partes o “meio mais lógico e conveniente à realização do negócio”, justificando-se pelos seguintes motivos:

- a) os vendedores (sócios das holdings) assumiram obrigações de caráter personalíssimo, como a de não competirem com a sociedade vendida – razão pela qual

seria necessário que as holdings fossem previamente extintas, de forma que a transação de compra e venda se operasse entre as pessoas físicas e o comprador (UBS);

b)

caso se optasse pela redução do capital das holdings mediante a entrega dos investimentos no Banco Pactual aos vendedores, deveria ser observado o prazo de 60 dias para a manifestação de credores (caso das S/A PACTUAL e da PACTUAL HOLDINGS), e de 90 dias para a NOVA PACTUAL. Além disso, nesse caso, as *holdings* continuariam a existir, operação que geraria para os vendedores custos desnecessários;

c)

caso se optasse pela incorporação “tradicional”, esta traria os inconvenientes de alteração do número de CNPJ, vencimento antecipado de obrigações e notificação de credores, entre outros. Além disso, tal operação ensejaria a extinção justamente da atividade bancária, objeto da transação com o UBS, sendo poucos os precedentes de incorporação de um banco por uma sociedade que não seja uma instituição financeira. Neste caso, haveria a necessidade de transformação da holding em uma instituição financeira, processo que demandaria a aprovação do Banco Central do Brasil, razão pela qual foi também descartada a hipótese; e

d)

a última opção descartada seria a venda das participações que as pessoas físicas detinham nas holdings para o UBS, hipótese de plano descartada em razão da falta de interesse do comprador, já que a configuração societária então utilizada não teria para ele quaisquer benefícios ou vantagens.

Ainda de acordo com a defesa, a redução do imposto devido foi mera decorrência da aplicação do art. 135 do RIR/99 ao caso concreto, não tendo sido motivadora do caminho tomado para a efetivação da operação.

De fato, ponderando todos estes argumentos, entendo que assiste razão ao Recorrente no que diz respeito à inexistência de simulação.

O conceito de simulação está previsto no art. 167, §1º do Código Civil (Lei nº 10.406/02), cuja transcrição se faz importante para a análise do caso em exame, *verbis*:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

A simulação, nos dizeres de Hermes Marcelo Huck, pode ser assim definida:

Poderá, então, ser definida a simulação como a declaração de vontade irreal, emitida conscientemente, mediante acordo entre as partes, objetivando a aparência de um negócio jurídico que não existe ou que, se existe, é distinto daquele que efetivamente se realizou, com o fito de iludir terceiros. No ato simulado ocorre uma divergência entre a declaração aparente e externa feito pelo sujeito ou sujeitos, que pretendem as partes seja visível em relação a terceiros (ou ao Fisco), e a vontade ou declaração interna, que pretendem seja a vigente entre elas, declaração essa necessária para que tenha eficácia a real intenção das partes, escondida por trás da declaração aparente. Há um contraste entre a forma extrínseca do ato praticado e a vontade íntima (e real) das partes que o praticam. No processo de simulação há uma deformação da declaração de vontade das partes, conscientemente desejada, com o objetivo de induzir terceiros ao erro ou engano. No caso de planejamentos ou estratégias fiscais com objetivos evasivos, o processo simulatório visa a enganar e iludir ao Fisco.

(In: “Evasão e Elisão – Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário”, Ed. Saraiva, 1997, pág. 118)

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, a Jurisprudência deste CARF entende como simulação:

(...)

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF
Exercício: 1998, 1999, 2000 Ementa: SIMULAÇÃO - SUBSTÂNCIA DOS ATOS - INSTRUMENTOS SIMULATÓRIOS DEVEM SER HÁBEIS A SUPRIMIR TRIBUTO - ATO SIMULATÓRIO NÃO PODE PERMANECER HÍGIDO APÓS O LEVANTAMENTO DO VÉU DAS OPERAÇÕES OCULTAS - Não se verifica a simulação quando os atos praticados são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados, assumindo o contribuinte as consequências e ônus das formas jurídicas por ele escolhidas, ainda que motivado pelo objetivo de economia de imposto. A caracterização da simulação demanda demonstração de nexo de causalidade entre o intuito simulatório e a subtração de imposto dele decorrente. Ademais, se após o descobrimento de eventuais operações ocultas permanece íntegro o pretenso ato simulado, deve-se reconhecer que não ocorreu a simulação. Para haver simulação, o ato simulado não pode permanecer hígido após o descobrimento das operações que objetivou ocultar. IRPF - DECADÊNCIA - Mantida a qualificação da multa, a contagem do prazo de decadência se desloca para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a teor do art. 173, I do CTN. IRPF - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO - DOAÇÕES ENTRE*

FAMILIARES - Quando a fiscalização logra comprovar que a doação entre pai e filho não poderia ter ocorrido, por falta de disponibilidade do doador, cabe ao contribuinte produzir prova suficiente em seu favor, a fim de comprovar a efetividade das doações alegadas. Não o fazendo, não podem ser acolhidas suas alegações. IRPF - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO - Tendo a fiscalização, justificadamente, procedido ao arbitramento do valor dos apartamentos adquiridos pelo contribuinte, caberia ao mesmo elidir as referidas presunções, nos termos do art. 148 do CTN. Não o fazendo, deve ser mantida a tributação em razão da apuração de acréscimo patrimonial a descoberto. TAXA SELIC - Em atenção à Súmula nº 04 deste Primeiro Conselho, é aplicável a variação da taxa Selic como juros moratórios incidentes sobre créditos tributários. Recurso voluntário parcialmente provido.

(Acórdão nº. 106-16.546, 6ª Câmara, Rel. Cons. Giovanni Christian Nunes Campos)

Como se vê, há um consenso na Doutrina e na Jurisprudência quanto ao fato de que são simulados os atos realizados pelas partes quando a intenção delas não é aquela expressa pelos atos efetivamente realizados (ou exteriorizados). Assim, nos casos em que há simulação, as partes realizam, por exemplo, uma compra e venda (formalmente falando) quando em realidade pretendiam fazer uma doação.

Isto, porém, não ocorreu no caso que aqui se examina.

Todos os atos realizados entre as partes – pelo menos aqueles que foram objeto de análise para fins deste lançamento – visavam exatamente o objetivo pretendido e exteriorizado, que era o de vender a participação societária que as pessoas físicas detinham (indiretamente) no Banco Pactual para o UBS. Nenhum dos atos praticados pelo Recorrente ou por seus sócios teve a intenção de esconder ou mascarar tal objetivo. Ressalte-se, ainda, que as operações foram levadas ao conhecimento de todas as autoridades responsáveis e devidamente aprovadas, sendo certo que acaso tivesse sido apontada qualquer irregularidade em tal operação, teria ela sido recusada pelo Banco Central (que prevê rígido controle sobre a transferência de controle ou reorganização societária de instituições financeiras, conforme a Resolução nº 3.040, de 29.12.2002).

Por tudo isso, é de se concluir que o simples fato de as incorporações terem ocorrido de forma reversa não implica em qualquer simulação. Em outras ocasiões, este Conselho já analisou operações desta natureza, tendo decidido que:

IRPJ — INCORPORAÇÃO AS AVESSAS — GLOSA DE PREJUÍZOS — IMPROCEDÊNCIA — A denominada "incorporação às avessas", não proibida pelo ordenamento jurídico, realizada entre empresas operativas e que sempre estiveram sob controle comum, não pode ser tipificada como operação simulada ou abusiva, mormente quando, a par da inegável intenção de não perda de prejuízos fiscais acumulados, teve por escopo a busca de melhor eficiência das operações entres ambas praticadas.

Recurso especial negado.

(Ac. CSRF/01-05.413, de 30 de março de 2006, Rel. Cons. Dorival Padovan)

A incorporação reversa também está devidamente prevista em lei, conforme o art. 8º, 'b', da Lei nº 9.532/95, *verbis*:

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

(...)

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Por tudo isso, não pode prevalecer o entendimento esposado pela autoridade fiscal de que para efetivar a venda do banco, “bastaria” aos sócios terem vendido ao UBS suas participações nas holdings que o controlavam (o banco). Como se viu, a operação aqui analisada, como um todo, foi plenamente justificável por todos os argumentos trazidos pela defesa do Recorrente, os quais já foram anteriormente destacados, e devem ser considerados a fim de espantar qualquer dúvida a respeito da licitude das operações efetuadas. Ademais, as holdings não foram criadas com o objetivo de viabilizar a operação em tela, mas já existiam há muitos anos, por uma organização societária definida em momento bastante anterior ao da ocorrência do fato gerador do IR em questão.

Afastada a alegação de ocorrência de simulação, deve ser analisado se está correto o valor tomado pelo Recorrente como **custo de aquisição** considerado na apuração do ganho de capital incidente sobre a venda da sua participação societária no Banco Pactual S/A. Este custo, segundo a autoridade autuante, teria sido indevidamente majorado em razão das sucessivas operações realizadas, sendo inaplicável o art. 135 do RIR de forma “sucessiva”, como o foi no caso concreto.

Antes de mais nada, é preciso entender o que estabelece o referido diploma legal (que espelha do disposto no § único do art. 10 Lei nº 9.249/95), *verbis*:

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

Sobre a aplicação desta regra, o ponto nodal da discussão travada nestes autos reside no seguinte trecho, extraído do TCF (fls. 72/73 dos autos):

*O princípio da competência dos exercícios fundamenta-se na lógica de que ao despendar esforços na exploração de seu objeto social e, conseqüentemente, obter receitas, a sociedade incorre em sacrifícios, os quais são representados pelas despesas. Do confronto realizado entre as receitas e despesas apura-se o resultado que, quando positivo, pode ser distribuído aos sócios ou ficar retido na entidade. Quando tais lucros retidos são capitalizados, os acionistas estarão definitivamente renunciando ao recebimento dos lucros como dividendos, aumentando-se o custo de aquisição das ações a eles pertencentes. No entanto, o aludido aumento no custo das ações estará limitado à efetiva riqueza gerada e armazenada na sociedade. **Não se pode admitir que o custo de aquisição das ações seja majorado em valores***

superiores ao que efetivamente foi produzido e retido pela entidade.

(...)

Em outras palavras, da mesma forma que uma sociedade não pode distribuir lucros em montantes superiores à sua efetiva riqueza própria, não poderá também o sócio ou acionista aumentar o custo de aquisição de suas ações em valores superiores aos relativos ao incremento do patrimônio líquido da sociedade, considerando a inexistência de outros créditos dos acionistas contra as sociedades (dívidas no passivo exigível das sociedades para com os acionistas) que justificassem os referidos aumentos no custo das ações.

No caso da operação de alienação do BANCO PACTUAL S/A, todos os atos de capitalização de lucros e extinção das investidoras tiveram a única e exclusiva intenção de majorar o custo de aquisição das ações e, conseqüentemente, reduzir de forma irregular o ganho de capital do Acionista Pessoa Física, evitando, de forma artificial, o pagamento do imposto devido.

(destacamos)

O Termo de Constatação Fiscal (fls. 54/55 dos autos) esclarece ainda que não seria “razoável” um acréscimo na participação societária detida pelo Recorrente na ordem de 271%, enquanto que o banco teve seu patrimônio líquido aumentado em apenas 89%. Segundo a autoridade autuante, a majoração do custo de aquisição das ações detidas pelo Recorrente deveria guardar “relação direta com o patrimônio líquido do banco”, já que toda a riqueza das holdings “vinha exclusivamente das operações deste banco”.

Para compreender melhor a discussão, é preciso entender os valores aqui envolvidos. Ao longo do procedimento fiscal, o Recorrente esclareceu quais os dividendos a que teria direito em cada uma das pessoas jurídicas mencionadas, conforme o seguinte quadro:

Resposta:

Tabela 2				
Empresa	% partic.	Valor	Tipo	Destinação
Pactual Holding S/A	50,00%	R\$ 8.377.295,03	Dividendo	Efetivo recebimento
Pactual Holding S/A	50,00%	R\$ 99.800.000,00	Dividendos	Crédito capitalizado
Pactual Holding S/A	50,00%	R\$ 1.000.000,00	Bonificação de ações	Crédito capitalizado
Nova Pactual Participações Ltda.	20,37%	R\$ 54.306.455,84	Dividendos	R\$ 51.807.714,00 -Crédito capitalizado R\$ 2.498.741,84 Efetivo recebimento
Pactual S/A	21,20%	R\$ 211.170.649,00	Dividendos	Crédito capitalizado – PSA
Banco UBS Pactual S/A	21,20%	R\$ 8.521.403,11	JCP (valor bruto)	Efetivo recebimento
Total		R\$ 383.175.802,90		

Sob o ponto de vista do Recorrente, aplicando-se a regra do art. 135 do RIR/99 teria ele o direito de acrescer ao **custo de aquisição** de sua participação societária o valor dos dividendos capitalizados por todas as empresas acima mencionadas (onde se lê “créditos capitalizados”, cf. quadro acima), razão pela qual chegou aos R\$ 505.291.757,41 (acrescendo ao custo original de aquisição das holdings os créditos de R\$ 99.800.000,00 + 51.807.714,00 + 211.170.649,00).

Por outro lado, o fiscal autuante considerou somente os créditos capitalizados na Pactual S/A (R\$ 211.170.649,00) para encontrar o valor do custo de aquisição para fins de ganho de capital, tendo então glosado os valores dos créditos decorrentes dos efeitos da capitalização nas holdings Pactual Holdings e Nova Pactual. Eis o trecho que esclarece sua motivação para fazê-lo:

Ora, se o Patrimônio Líquido de PACTUAL S/A era de R\$ 1.065.156.818,96 e o valor patrimonial da participação do acionista equivalia a R\$ 225.813.245,40 este seria o CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES ALINADAS DO BANCO PACTUAL S/A, considerando a já informada participação de 100,00% de PACTUAL S/A no BANCO PACTUAL S/A.

Considerando os dividendos efetivamente distribuídos, o contribuinte apurou dividendos capitalizados no montante R\$ 211.170.649,00. Este, e somente este, seria o valor a ser computado como aumento do CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES ALIENADAS DO BANCO PACTUAL S/A.

(...)

Com base no exposto, mostra-se indevido o acréscimo no CUSTO DAS AÇÕES DO BANCO PACTUAL ALIENADAS do valor de R\$ 151.607.714,00 [soma dos valores de R\$ 99.800.000,00 e R\$ 51.807.714,00, referentes à capitalização de Dividendos recebidos de PACTUAL HOLDINGS S/A e NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA., respectivamente], do acionista GILBERTO SAYÃO DA SILVA, motivo pelo qual tal valor deve ser glosado no cômputo do DEMONSTRATIVO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DAS AÇÕES DO BANCO PACTUAL S/A, sendo o valor do CUSTO, DE DAS AÇÕES DO BANCO PACTUAL S/A ALIENADAS reduzido de R\$ 505.291.757,41 para R\$ 353.684.043,40 [R\$ 505.291.757,41 - R\$ 151.607.714,00, o qual passa ater a seguinte configuração.

Este é o único trecho do TCF que demonstra o raciocínio tomado pela autoridade lançadora para encontrar o valor do imposto que entendia devido.

Tal entendimento não pode prevalecer.

Antes de mais, é de se destacar que o TCF não esclarece exatamente a motivação para que fossem considerados – para os fins do art. 135 do RIR/99 – somente os lucros da holding Pactual S/A, mas não os das duas outras holdings (sobre as quais o Recorrente detinha participação direta).

Em nenhum momento foi demonstrado objetivamente de que forma o art. 135 do RIR/99 teria sido violado ou a razão pela qual o mesmo não se aplicaria na hipótese vertente. O que restou demonstrado foi tão-somente que os efeitos da aplicação deste artigo

não foram “favoráveis” ao Fisco (se é que se pode afirmar isso), pois implicaram no pagamento de um valor de imposto menor do que aquele que o Fisco entendeu devido.

Não se pode, porém, admitir que este efeito (econômico, financeiro) seja o fundamento para uma autuação, sob pena de violação ao próprio princípio da legalidade, já que admitir tal hipótese seria negar validade ao art. 135 já citado aqui tantas vezes. Os exemplos hipotéticos trazidos no Termo de Constatação não são hábeis a justificar o que motivou o afastamento da aplicação do art. 135 à hipótese vertente.

A apuração do custo de aquisição das participações societárias do Recorrente foi feita nos exatos termos do que dispõe a lei, a qual não prevê qualquer exceção à regra. Assiste razão à sua defesa quando afirma que os lucros auferidos por cada uma das holdings é diverso, e não pode ser considerado como um só – como pretendido neste lançamento. Por isso está correta a aplicação do art. 135 do RIR/99 por ocasião da capitalização dos lucros em cada uma das empresas do Recorrente, devendo ser considerado correto o cálculo por ele efetuado a título de ganho de capital pago por ocasião da venda de sua participação societária no Banco Pactual.

Diante do exposto, VOTO no sentido de DAR provimento ao Recurso.

Assinado Digitalmente

Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti