



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

Processo nº 19515.000899/2011-50
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.080 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de julho de 2017
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA FÍSICA
Recorrente ANTONIO CARLOS CANTO PORTO FILHO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

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 se subsume ao 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, reduzindo a multa qualificada ao percentual de 75%, nos termos do voto de relator e mantendo o lançamento ns demais questões. Vencido o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, que dava provimento ao recurso voluntário para cancelar o lançamento. O Conselheiro Fabio Piovesan Bozza votou pelas conclusões na questão da omissão de ganho de capital na alienação de ações.

Fez sustentação o Dr. Luis Claudio Pinto, OAB/RJ 88.704.

JOÃO BELLINI JÚNIOR – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 16/08/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrea Brose Adolfo, Fabio Piovesan Bozza, Luis Rodolfo Fleury Curado Trovareli, Alexandre Evaristo Pinto, Wesley Rocha e João Bellini Júnior (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em face do Acórdão 17-54.741, exarado pela 3ª Turma da DRJ em São Paulo II (e-fls. 657 a 688).

O auto de infração (e-fls. 471 a 489 e 496 a 501) é referente ao imposto sobre a renda da pessoa física (IRPF), e diz respeito à omissão de ganho de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em Bolsa, atinente aos anos de 2006 e 2009, pelo qual é exigido crédito tributário R\$7.609.979,44 (sete milhões, seiscentos e nove mil, novecentos e setenta e nove reais e quarenta e quatro centavos), sendo R\$2.763.909,95 referentes ao imposto, R\$4.145.864,92, à multa de ofício e R\$700.204,57, aos juros de mora (calculados até 28/02/2011).

Passo a descrever a ação fiscal, que teve como objeto a análise da operação de alienação das AÇÕES DO BANCO PACTUAL S/A (**Banco Pactual**), CNPJ nº 30.306.294/0001-45, ocorrida no ano-calendário de 2006, das quais o sujeito passivo detinha parte minoritária.

A operação de alienação das ações do Banco Pactual S/A pelos acionistas pessoas físicas, ocorrida em dezembro de 2006, foi precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades holdings, as quais detinham todas as ações do **Banco Pactual**. 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**), 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.

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

As pessoas físicas alienantes das ações do **Banco Pactual** valeram-se da supracitada reorganização societária para desenvolver 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.

As operações realizadas afrontam os princípios econômicos e contábeis da formação do custo de aquisição de bens alienados e contrariam regras e correlações matemáticas elementares.

No período compreendido entre os meses de dezembro de 2005 a dezembro de 2006 (alienação do **Banco Pactual**), verificou-se discrepância entre a evolução da riqueza da instituição financeira alienada, que aumentou 89% (de R\$635.223.115,04 para R\$1.200.480.531,05), e o acréscimo patrimonial do custo das respectivas ações pertencentes ao recorrente, que cresceu 179% (de R\$36.339.689,95 para R\$101.409.546,45).

Tal desproporção foi decorrente de complexo planejamento tributário desenvolvido por meio de processos de reorganizações societárias, envolvendo incorporações reversas sucessivas das holdings que formavam o grupo empresarial, precedidas por capitalizações de lucros e reservas destas investidoras.

Tal processo de reorganização societária não teria como produzir efeitos econômicos que justificassem o acréscimo patrimonial da pessoa física, tendo como objeto tão somente, a majoração irregular do CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS AÇÕES ALIENADAS DO BANCO PACTUAL e, conseqüentemente, suprimir tributos devidos pela pessoa física, relativos à operação de sua alienação.

As informações a seguir evidenciadas foram extraídas das DIPJs das referidas empresas referentes ao período mencionado, bem como das atas registradas na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro.

GRUPO PACTUAL

O Grupo Pactual, antes da reorganização societária, era formado pelas seguintes pessoas jurídicas:

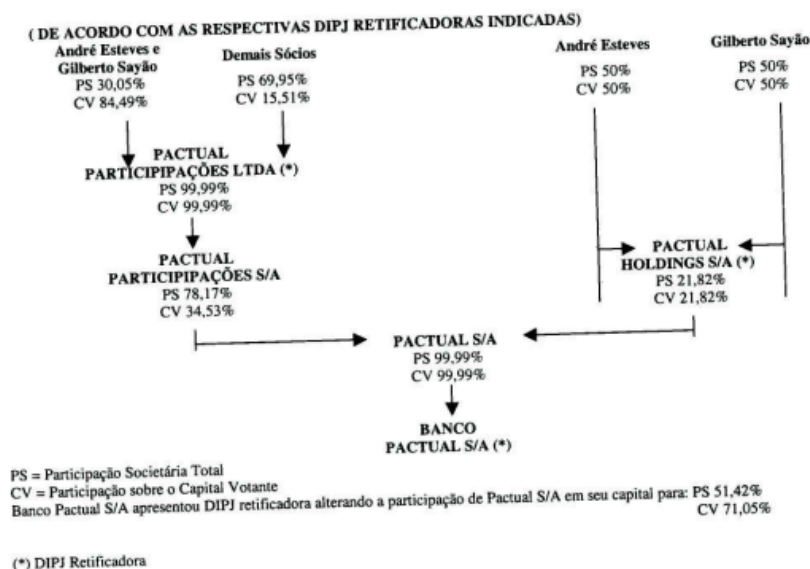
NOME EMPRESARIAL	CNPJ
BANCO PACTUAL S/A	30.306.294/0001-45
PACTUAL S/A	02.220.758/0001-60
PACTUAL HOLDINGS S/A	02.220.757/0001-16
NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA (PACTUAL PARTICIPAÇÕES S/A)	02.220.756/0001-71
PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA	02.244.808/0001-40

As pessoas jurídicas integrantes do Grupo Pactual apresentaram a seguinte evolução patrimonial, no período de 2005/2006:

NOME EMPRESARIAL	Patrimônio Líquido 31/12/2005	Patrimônio Líquido 2006
BANCO PACTUAL S/A	625.223.115,04	1.200.480.531,05
PACTUAL S/A	535.103.542,23	1.149.597.660,18
PACTUAL HOLDING S/A	147.009.935,61	248.464.012,98
PACTUAL PARTICIPAÇÃO S/A / NOVA PACTUAL PART. LTDA.	471.521.906,90	817.026.864,44

A REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

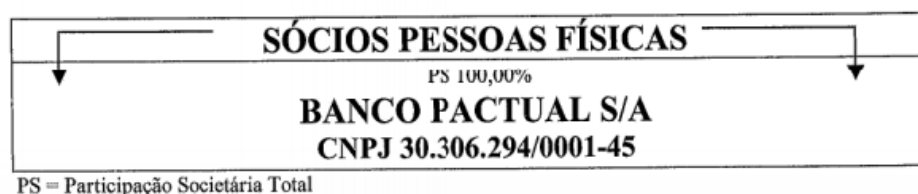
A estrutura societária antes da reorganização societária era a seguinte:



De acordo com a fiscalização, a referida reorganização consistiu na extinção das holdings que detinham participação societária no **Banco Pactual**, por meio de sucessivas incorporações às avessas, culminando com a alienação das ações do **Banco Pactual** diretamente pelos acionistas pessoas físicas da instituição; nessa reorganização societária 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.

Ao final da reorganização, a estrutura societária pode ser assim representada:

ESTRUTURA SOCIETÁRIA APÓS A REORGANIZAÇÃO PREVISTA NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DAS AÇÕES DO BANCO PACTUAL S.A.



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

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

DO PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DAS HOLDINGS

Os atos de reorganização societária compreenderam:

(a) Na **Pactual Participações Ltda.**

- em 28/12/2004 – aumento do capital social da **Pactual Participações Ltda.** (de agora em diante denominada **Pactual Participações**) de R\$210.000.000,66 (de R\$125.000.321,05 para R\$335.000.321,71), mediante capitalização de parte dos lucros retidos na conta lucros acumulados da sociedade;

- em 31/12/2005 – aumento do capital social da **Pactual Participações** de R\$130.000.000,00 (de R\$335.000.321,71 para R\$465.000.320,61), mediante capitalização dos lucros detidos na reserva de lucros da sociedade;

- na mesma data houve a incorporação da **Pactual Participações** pela investida **Pactual Participações S.A.** (que em 13/01/2006 passou a denominar-se **Nova Pactual Participações Ltda.**, doravante nominada de **Nova Pactual**); de acordo com o laudo de avaliação, o valor contábil do patrimônio líquido da incorporada (**Pactual Participações**) em 31/12/2005 era R\$471.518.034,89 e a parcela incorporada estava avaliada em R\$53.828.392,27;

- em 10/02/2006, o capital social da incorporadora, já denominada **Nova Pactual**, foi aumentado em R\$43.149.272,40 (de R\$26.969.514,00 para R\$70.118.786,40) mediante a emissão de 431.500.224 ações, sem valor nominal; R\$10.679.119,87 foram alocados à reserva de capital;

O capital social da incorporadora **Pactual Participações S.A.** passou de R\$ 26.969.514,00 para R\$ 70.118.786,40, dividido em 539.375.280 ações, sendo 179.795.097 quotas com direito a voto (quotas A) e 359.580.183 quotas sem direito a voto (quotas B), no valor de R\$ 0,13 cada uma.

(b) Na **Pactual Participações S.A.:**

- em 31/12/2005, como visto, a **Pactual Participações S.A.** incorporou a **Pactual Participações**;

- em 13/01/2006, a **Pactual Participações S.A.** transformou-se na **Nova Pactual Participações**;

- em 13/10/2006, a **Nova Pactual** aumentou seu capital social (4ª Alteração do Contrato Social) em **R\$686.000.000,00** (de R\$70.118.786,40 para R\$756.118.786,40), mediante capitalização dos créditos detidos pelos sócios quotistas contra a sociedade;

- na mesma data, a **Nova Pactual** foi incorporada por **Pactual S.A.** (doravante, **PSA**); de acordo com laudo de avaliação, o valor contábil do patrimônio líquido da incorporada a ser vertido para a incorporadora, já deduzido do investimento da incorporada na incorporadora, foi de R\$33.593.148,46; o capital social da incorporada foi aumentado em R\$33.593.148,46, com a emissão de 15.881.552 novas ações ordinárias e 91.992.505 novas ações preferenciais, todas nominativas e sem valor nominal, com preço de

emissão de aproximadamente R\$0,31 por ação, a serem atribuídas aos quotistas da incorporada, em substituição das quotas por eles detidas de emissão da incorporada, que foram extintas com base no art. 226, § 1º, da Lei nº 6.404, de 1976.

- o capital social da incorporadora **PSA** passou de R\$64.248.147,47 para R\$97.841.295,93, o qual ficou dividido em 137.989.757 ações, sendo 45.997.252 ações ordinárias e 91.992.505 ações preferenciais, todas nominativas e sem valor nominal.

3- na **Pactual Holdings S.A.**:

- em 13/10/2006, a **Pactual Holdings S.A. (Pactual Holdings)** aumentou seu capital social em R\$202.500.000,00 (R\$ 31.299.033,50 para R\$ 233.799.033,50), sendo R\$200.000.000,00, mediante a capitalização de créditos detidos contra a sociedade, e R\$ 2.000.000,00 mediante a capitalização da reserva legal; foram emitidas 202.500.000 ações ordinárias, todas nominativas e sem valor nominal, pelo preço de emissão de R\$1,00 por ação, todas subscritas pelos acionistas da companhia, na proporção de 50% para cada um;

- na mesma data, a **Pactual Holdings** foi incorporada por **PSA**; o montante global do acervo líquido da sociedade, já deduzido de seu investimento na **PSA** a valor contábil, em 31/08/2006 foi de R\$29.749.957,22; seus acionistas receberam novas ações de emissão da **PSA** em substituição às ações que detinham na **Pactual Holdings**, observada a mesma proporção de suas respectivas participações no capital social desta última;

- o capital social da incorporadora **PSA** passou de R\$34.498.190,25 para R\$64.248.147,47, o qual ficou dividido em 137.989.757 ações, sendo 45.997.252 ações ordinárias e 91.992.505 ações preferenciais, todas nominativas e sem valor nominal.

4- na **PSA**:

- em 13/10/2006, como já visto a **PSA** incorporou a **Pactual Holdings**; o capital social da **PSA**, aumentou R\$29.749.957,22, (de R\$34.498.190,25 para R\$64.248.147,47), o qual ficou dividido em 137.989.757 ações, sendo 45.997.252 ações ordinárias e 91.992.505 ações preferenciais, todas nominativas e sem valor nominal.

- na mesma data, a **PSA** incorporou a **Nova Pactual**, com aumento do capital social em R\$33.593.148,46 (de R\$64.248.147,47 para R\$97.841.295,93), o qual ficou dividido em 137.989.757 ações, sendo 45.997.252 ações ordinárias e 91.992.505 ações preferenciais, todas nominativas e sem valor nominal.

- em 1º/11/2006, a **PSA** aumentou seu capital social em R\$3.862.542,92 (de R\$97.841.295,93 para R\$101.703.838,85), com a emissão de duas ações preferenciais, ambas nominativas e sem valor nominal, pelo preço de emissão de R\$1.931.271,46 por ação, subscritas pelos acionistas André Santos Esteves e Gilberto Sayão da Silva, na proporção de uma ação para cada um, e integralizadas mediante a capitalização de créditos por eles detidos contra a sociedade. Com o aumento, o capital ficou dividido em 137.989.759 ações, sendo 45.997.252 ações ordinárias e 91.992.507 ações preferenciais;

- em 03/11/2006, a **PSA** aumentou seu capital social em **R\$996.087.876,00**, passando este de (R\$101.698.838,85 para R\$ 1.097.786.714,85), com a emissão de 996.087.876 ações, das quais 332.034,116 ordinárias e 664.053.760 preferenciais, todas nominativas sem valor nominal, pelo preço de emissão de R\$1,00 por ação, totalmente subscritas pelos acionistas da companhia e integralizadas, no mesmo ato, mediante a capitalização de créditos detidos pelos acionistas contra esta, no mesmo valor do aumento de capital ora deliberado;

• em 1º/12/2006, a **PSA** foi incorporada pelo **Banco Pactual S.A. (Banco Pactual)**; o montante global do patrimônio líquido da **PSA**, a valor contábil, em 10/11/2006, foi de R\$1.149.597.660,18, não havendo modificação do capital social do **Banco Pactual**; restou consignado em ata o cancelamento das ações de emissão do **Banco Pactual** de titularidade de **PSA**, sendo atribuídas novas ações ordinárias do **Banco Pactual** aos acionistas da companhia, pessoas físicas descritas na ata, nas exatas proporções de suas respectivas participações no capital social de **PSA**, dentre as quais o acionista fiscalizado.

A partir do último evento societário, os acionistas pessoas físicas passaram a ter participação direta no **Banco Pactual**, detendo as ações que, posteriormente, foram alienadas.

Observa-se um padrão nos eventos societários descritos: após o incremento dos respectivos patrimônios líquidos das companhias em decorrência dos ajustes de equivalência patrimonial originados pelo lucro do **Banco Pactual** (que em 2006 praticamente dobrou seu patrimônio líquido), todas as companhias investidoras (**Nova Pactual, Pactual Holdings e PSA**) tiveram seus lucros e reservas capitalizados e posteriormente foram incorporadas pelas suas investidas, operações essas inversas ao processo normal, que é o da investidora incorporar a investida.

A principal base na qual se fundamentam as conclusões relativas à fiscalização, o custo das ações do grupo pertencentes ao contribuinte, no momento da alienação havia aumentado 179,06% enquanto que o aumento do patrimônio líquido do Banco Pactual foi de apenas 89%. O aumento do custo de 89% está plenamente fundamentado no artigo 135 do RIR 99. O que se contesta é o acréscimo excedente.

A explicação para o aumento excedente é que o custo das ações alienadas do **Banco Pactual** na Declaração de Ajuste do contribuinte foi aumentado na capitalização dos lucros obtidos por ganho de equivalência patrimonial da holding **Nova Pactual**, no valor de R\$27.716.747,00.

O que evidencia a irregularidade é que o sujeito passivo recebeu novas ações em troca das extintas, por ocasião da extinção da **Nova Pactual**, mantendo assim, em sua propriedade a mesma parcela que detinha indiretamente do **Banco Pactual**, entidade que concentrava a efetiva riqueza econômica e financeira do grupo empresarial, como também aumentou o custo de aquisição de tais ações por meio de dividendos não distribuídos.

Ocorre que os dividendos capitalizados são os mesmos, na medida em que as reservas e lucros capitalizados por **Nova Pactual e PSA** nada mais são do que o resultado da equivalência patrimonial do **Banco Pactual**.

Optando por capitalizar os dividendos nas sociedades em que possuía participação, caberia ao acionista pessoa física o recebimento das novas ações emitidas por PSA em substituição das quotas extintas de sua propriedade emitidas por Nova Pactual, não sendo admissível a comutatividade entre recebimento de novas ações e incremento nos respectivos custos de aquisição.

Podem ser adotados dois tratamentos relativos aos lucros e reservas:

(i) caso os lucros e reservas sejam efetivamente distribuídos como dividendos, ocorrerá, necessariamente, uma redução no patrimônio líquido da sociedade, o

que irá gerar um maior ganho de capital na alienação, por parte do contribuinte, de sua participação societária;

(ii) caso os lucros e reservas sejam capitalizados, haverá um acréscimo no custo das ações alienadas, reduzindo-se o ganho de capital, o que é consequência lógica do não exercício do direito de receber dividendos isentos de imposto de renda.

Ocorre que os lucros e reservas a serem capitalizados só terão impacto no custo das ações e, portanto, na tributação da operação de alienação, quando corresponderem à efetiva riqueza gerada e acumulada pelo grupo societário. No caso em tela, tal riqueza encontrava-se concentrada no **Banco Pactual**.

Não é possível, portanto, que a cada extinção das holdings, no caso **Pactual Participações Ltda.**, **Nova Pactual** e, posteriormente, **PSA**, ocorram majorações cumulativas no custo das ações alienadas da sociedade na qual efetivamente existe a riqueza do grupo, **Banco Pactual**.

O patrimônio líquido das holdings constitui-se apenas em reflexo do patrimônio líquido da sociedade principal do grupo, em decorrência da sistemática de equivalência patrimonial.

O fundamento do método da equivalência patrimonial, instrumento utilizado para promover a majoração do custo da participação acionária e a consequente redução do lucro tributável na alienação, consiste na necessidade de o conteúdo econômico decorrente da elevação da riqueza (patrimônio líquido) na investida repercutir, de imediato, na sociedade investidora.

Nesses termos, os ajustes do valor do investimento na sociedade investidora, carecem de lastro correspondente à majoração de riqueza gerada na sociedade investida, demandando a necessária e indissociável correlação entre o patrimônio líquido da sociedade investida e o ativo permanente da investidora.

No caso vertente, fato é que as sociedades empresárias objeto de incorporação, **Pactual Participações**, **Nova Pactual** e **PSA** eram desprovidas, por si só, de capacidade operacional de geração e majoração de conteúdo econômico, dado que seus objetos sociais consistiam, basicamente, na exploração de participação acionária na sociedade incorporadora (controlada), sendo que esta obteve acréscimos patrimoniais decorrentes do resultado registrado no **Banco Pactual**.

Somente os lucros auferidos pelo **Banco Pactual** eram dotados de aptidão para promover repercussões no ativo permanente das sociedades investidoras incorporadas por aquele.

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

Tendo ocorrido incorporação reversa, admitir-se que a capitalização dos lucros e reservas decorrentes da equivalência patrimonial nas sociedades controladoras

incorporadas gerasse impactos no custo de aquisição das ações possuídas pelos acionistas pessoas físicas implicaria redução indevida do ganho de capital auferido, mediante artifício contábil tendente a inflar o custo de aquisição das participações societárias.

Se fosse materialmente válido o artifício idealizado pelo contribuinte nas operações de incorporação reversa, teria sido descoberto meio de criar patrimônio novo pela simples sucessão de incorporações.

A ilegalidade no aumento do custo de aquisição das ações pode também ser comprovada analisando-se a relação dos percentuais de participação dos acionistas pessoas físicas, indiretas, antes dos eventos de extinção das holdings, e diretas, após estes, com a situação líquida do **Banco Pactual**. Com tal operação, a participação total da sociedade supera os 100% do patrimônio da entidade.

**A DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL SIMPLIFICADA DA PESSOA FÍSICA
DESPROPORCIONALIDADE DO CUSTO DE AQUISIÇÃO DECLARADO
GLOSA DE CUSTOS DAS AÇÕES DO BANCO PACTUAL**

Antes de concluir a venda de sua participação no **Banco Pactual** à UBS, o contribuinte elevou indevidamente o custo de aquisição dessa participação através dos artifícios contábeis acima detalhados, que, resumidamente consistiram, na elevação do capital em empresas investidoras, via equivalência patrimonial com as empresas investidas e a quase simultânea incorporação reversa daquelas por estas últimas. Com isto, a cada incorporação realizada, o contribuinte aumentava o custo da participação que intencionava vender e assim, subtrair parte do ganho de capital que ocorreria na alienação.

Entretanto, os aumentos de capital promovidos pelo Sr. Antônio Carlos Canto Porto Filho e utilizados como justificativa para esses aumentos de custo tiveram por gênese um único fato econômico: o lucro obtido pelo **Banco Pactual**; os demais aumentos de custo foram efetuados destituídos de qualquer amparo material e econômico.

Pretendeu-se aumentar o custo do **Banco Pactual** através de reflexos/imagens de recursos. Este artifício se torna flagrante ao compararmos a evolução do Patrimônio Líquido do "BANCO" que atingiu 84,45%, no período de 31/12/2005 a 31/11/2006, com o aumento do custo de aquisição pretendida pelo Contribuinte de 179,06% no mesmo período.

Desse modo, para efeito da correta apuração do ganho de capital ocorrido na alienação da participação societária que o Contribuinte possuía no **Banco Pactual**, representada por 42.527.913 ações ordinárias, deverá ser expurgado, para fins de cálculo de seu efetivo custo de aquisição, o efeito produzido pelas capitalizações de lucros e/ou reservas nas empresas "PARTICIPAÇÕES" e "HOLDINGS" ocorridas em 13/10/2006, nos respectivos valores de R\$ 686 milhões e de R\$ 202,5 milhões, uma vez que, como acima evidenciado, esse efeito foi utilizado em duplicidade e está embutido na capitalização de lucros da "PACTUAL" de 03/11/2006, no valor de R\$ 996.087.876,00.

Expurgando-se o acréscimo promovido pelo contribuinte no custo de aquisição de suas ações, em razão da capitalização da "PARTICIPAÇÕES", no valor de R\$27.716.747,00, encontraremos o correto valor do custo de aquisição das ações alienadas que somam R\$73.692.799,45 (R\$101.409.546,45 - R\$27.716.747,00).

Abaixo se demonstra o valor do IR que deixou de ser recolhido nos anos-calendário de 2006 e 2009 em razão do acima relatado.

Valor da 1a. Parcela (01/12/2006):	R\$ 76.422.753,28	42,79%	(a)
Valor da 2a. Parcela (18/09/2009):	R\$ 102.182.839,16	57,21%	(b)
Valor da Alienação:	R\$ 178.605.592,44	100,00%	
Custo de Aquisição informado:	R\$ 101.409.546,45		
Custo de Aquisição indevido:	R\$ 27.716.747,00		
Custo de Aquisição correto:	R\$ 73.692.799,45		(c)
Ganho de Capital (GC):	R\$ 104.912.792,99		(d)
Realização do GC em 2006:	R\$ 44.890.668,79		(e) = (a) x (d)
IR s/ GC em 2006 (correto):	R\$ 6.733.600,32		15% x (e)
IR s/ GC em 2006 (recolhido):	R\$ 5.551.469,39		
Diferença a autuar (2006):	R\$ 1.182.130,93		
Realização do GC em 2009:	R\$ 60.022.124,20		(f) = (b) x (d)
IR s/ GC em 2009 (correto):	R\$ 9.003.318,63		15% x (f)
IR s/ GC em 2009 (recolhido):	R\$ 7.421.539,60		
Diferença a autuar (2009):	R\$ 1.581.779,03		

DA FRAUDE

Foi aplicada multa qualificada de 150%, uma vez que a intenção do contribuinte era reduzir o imposto devido apurado na operação de ganho capital, por intermédio da majoração do custo de suas ações. Para tal, realizou operações simultâneas de incorporação às avessas, acreditando que haveria norma prevendo a majoração desses custos (art. 135 do RIR/99); além desse fato, deixou de excluir da apuração do custo de suas ações os dividendos recebidos no ano-calendário de 2007, previstos quando da celebração do contrato de compra e venda das ações do **Banco Pactual**, em 09/05/2006.

O contribuinte informou no Demonstrativo de Ganho de Capital de suas Declarações de Ajuste Anual o custo majorado de suas ações, inserindo, dessa forma, elementos inexatos com o fim de pagar menos imposto de renda, conduta que se insere no contexto de fraude à fiscalização tributária (art. 72 da Lei 4.502/64).

O ato praticado vai contra as palavras e o espírito do art. 135 do RIR/99. O contribuinte alega que o aumento do custo possui base legal, citando o art. 135 do RIR/99; mesmo que isso fosse verdade, o ato preservaria a letra da lei, mas ofenderia o espírito dela; assim o ato seria de fraude à lei, envolvendo o abuso de direito.

IMPUGNAÇÃO

Na impugnação, foram alegadas, em síntese, as razões a seguir descritas (assumo como meu, neste tópico, o relatório do acórdão recorrido):

1. antes da reestruturação, o impugnante era titular de investimentos representativos de 5,76% da Nova Pactual Participações Ltda, sociedade holding titular de investimentos representativos de 78,18% do capital de Pactual S.A., holding titular de investimentos representativos de 100% do capital do Banco Pactual;

2. os investimentos representativos dos demais 21,82% do capital da Pactual S/A eram de propriedade de Pactual Holdings S.A., sociedade holding na qual o impugnante não tinha qualquer participação;

3. os principais atos da reestruturação questionados pelo Auto de Infração foram: i) aumento de capital de Nova Pactual, realizado em 13/10/2006, mediante a capitalização de lucros gerados pelo Banco Pactual e por ela reconhecidos em razão da aplicação do Método de Equivalência Patrimonial (MEP), resultando em acréscimo do custo dos investimentos do impugnante em R\$ 27.716.747,00; ii) aumento de capital de Pactual Holdings, na mesma data, mediante a capitalização de lucros gerados pelo Banco Pactual e por ela reconhecidos em razão da aplicação do MEP, o qual é irrelevante no caso concreto porque, como visto acima, o Holdings; iii) incorporação da Nova Pactuai (e Pactuai Holdings, o que não é relevante no caso) por Pactuai, sua controlada (incorporação reversa), e transferência ao impugnante, em substituição à sua participação no capital da incorporada, de investimentos diretos na incorporadora, ou seja, em Pactual; iv) aumento de capital de Pactual, em 03/11/2006, mediante a capitalização de lucros gerados pelo Banco Pactual e por ela reconhecidos em razão da aplicação do MEP, resultando em aumento do custo dos investimentos do impugnante de R\$ 37.353.297,00; v) incorporação de Pactual pelo Banco Pactual (incorporação reversa), tendo o impugnante recebido, em substituição à sua participação no capital da incorporada, extinta com a incorporação, investimentos diretos na incorporadora, ou seja, no Banco Pactual;

4. depois da incorporação da Pactual pelo Banco Pactual, as ações deste último das quais o impugnante se tornou proprietário foram alienadas à UBS Brasil Participações Ltda, pelo preço total de R\$ 178.605.592,44, do qual uma parcela foi paga a vista, em 2006 (R\$ 76.422.753,28), e outra parcela, em 2009 (R\$ 102.182.839,16);

5. dos R\$ 102.182.839,16 pagos em 2009, parte ocorreu em dinheiro (R\$ 77.658.957,76) e o restante (R\$24.523.881,40), em ações representativas de aumento de capital de BTG Pactual Participações II S.A.;

6. após a implementação da reestruturação, o custo dos investimentos do impugnante no Banco Pactual passou a ser de R\$ 101.407.808,54, e, assim, a venda de suas ações gerou um ganho de capital no valor de R\$ 86.480.827,84 e a incidência de IRPF, que foi devidamente recolhido aos cofres públicos;

7. no Termo de Verificação Fiscal anexo ao Auto de Infração, a fiscalização afirma que a reestruturação: i) implicou na majoração indevida do custo de aquisição dos investimentos do impugnante no Banco Pactual, a qual decorreria de uma interpretação equivocada do art. 135 do RIR com relação aos efeitos das incorporações inversas; ii) consubstanciou ato simulado cujos efeitos, nos termos do art. 116, § único, do CTN, poderiam ser desconsiderados para fins fiscais; iii) implicou na caracterização cumulativa de todas as hipóteses previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, quais sejam,

sonegação, fraude e conluio, motivando a aplicação da multa de 150%;

8. em razão do exposto, a fiscalização desconsiderou parte do custo de aquisição dos investimentos do impugnante, aquele decorrente da capitalização de lucros pelas holdings do Banco Pactual (Nova Pactual e Pactual S.A), no que excederam os lucros existentes no próprio Banco Pactual;

9. o auto 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, e nenhum deles foi infringido pelo impugnante;

10. o Grupo Pactual era composto por diversas holdings existentes há mais de dez anos e constituídas em uma época em que as pessoas físicas integrantes do grupo sequer cogitavam alienar seus investimentos no Banco Pactual;

11. os objetivos das holdings eram exclusivamente os de organizar o exercício do controle do Banco Pactual e a distribuição de seus resultados e, dessa forma, a alienação do Banco Pactual a terceiros faria com que as mesmas se tornassem totalmente desnecessárias;

12. em tese, as holdings poderiam ser extintas antes ou depois da concretização da venda do Banco Pactual, sendo que, na primeira hipótese, os controladores figurariam no pólo vendedor da operação, ao passo que, na segunda, as holdings ocupariam essa posição;

13. pela natureza do negócio celebrado com o UBS Brasil, optou-se pela extinção das holdings antes da realização do negócio;

14. como é comum nas vendas de instituições financeiras com as características do Banco Pactual, seus principais acionistas assumem obrigações de caráter personalíssimo, como a de não competirem com a sociedade vendida e mesmo de nela continuarem atuando até que seu fundo de comércio tenha se consolidado após a transferência de seu controle acionário;

15. assim, nada mais lógico que eles fossem parte no negócio, e não meros intervenientes.

16. o caminho trilhado pelos controladores para se tornarem vendedores do Banco Pactual foi o mais lógico, rápido e econômico possível e o acréscimo de custo de seus investimentos é mera consequência da aplicação das normas em vigor;

17. entre as diversas variantes que poderiam ser adotadas para fazer com que os controladores figurassem como vendedores, tais como: i) a liquidação das holdings com a entrega dos ativos (no que se incluíam as ações do Banco Pactual) aos controladores em devolução do capital; ii) a redução do capital das holdings, mediante entrega dos

investimentos no Banco Pactual aos controladores; iii) incorporações diretas; ou tradicionais, cujos inconvenientes são enormes, ressaltando que a incorporação de um banco como o Pactual por outra empresa, sobretudo uma que não seja instituição financeira, seria extremamente complexa e onerosa; iv) a venda, pelos controladores, de investimentos diretos nas holdings, hipótese em que seria desnecessária qualquer reestruturação societária prévia; a última variante disponível, a incorporação reversa das holdings pelo Banco Pactual, sem dúvida, era a mais conveniente do ponto de vista prático, operacional, negocial e fiscal;

18. desde que o art. 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, 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;

19. não procede, assim, a alegação de que a opção pelas incorporações inversas consistiu em um artifício motivado exclusivamente pela economia fiscal;

20. nas incorporações, a incorporadora recebe um conjunto patrimonial (bens, direitos e obrigações) e "paga" aos acionistas da incorporada pelo mesmo, em ações representativas de aumento de seu capital;

21. 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;

22. a incorporação das holdings pelo Banco Pactual é um exemplo de incorporação "inversa" ou "reversa", na qual a investida (Banco Pactual) sucede as investidoras (as holdings) em todos os seus bens, direitos e obrigações, dentre os quais figuram os investimentos da investidora/incorporadora na investida/incorporada, cabendo à investida aumentar seu capital social e entregar as ações representativas desse aumento aos acionistas da investidora/incorporadora;

23. contudo, a investida/incorporadora passa a ter ações representativas de seu próprio capital social, que são canceladas no próprio ato ou, opcionalmente, mantidas em tesouraria, na hipótese de a investida dispor de lucros ou reservas suficientes à subsistência das ações;

24. ocorre, assim, um aumento de capital (para a emissão de ações destinadas aos acionistas da investidora/incorporada) e uma subsequente redução do capital para cancelamento das ações representativas do próprio capital da investida, caso a mesma não possa ou não queira mantê-las em tesouraria;

25. 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;

26. 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 e, por essa razão, é indiferente que, antes da incorporação, os lucros da incorporada sejam ou não capitalizados;

27. a automática conversão de todas as contas do patrimônio líquido da incorporada em capital da incorporadora é reconhecida pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e até mesmo pelo fisco;

28. não fosse a distribuição e capitalização prévia de lucros assim, 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;

29. em vista disto, 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;

30. tal assertiva é comprovada pela simples análise da capitalização de lucros de Nova Pactual, realizada nos termos de sua 4ª Alteração Contratual, datada de 13/10/2006 oportunidade em que o capital de Nova Pactual foi aumentado em R\$ 686.000.000,00, mediante a conversão de créditos detidos por seus quotistas, créditos estes decorrentes do direito ao recebimento de lucros;

31. antes da capitalização desproporcional, o impugnante era titular de investimentos representativos de 5,76% do capital de Nova Pactual;

32. assim, partindo-se de sua posição anterior no capital de Nova Pactual, caber-lhe-iam lucros no valor de R\$2.275.983,36, os quais, tão logo fossem capitalizados, aumentariam o custo de seus investimentos no mesmo valor;

33. todavia, em função da dita distribuição desproporcional de lucros, só lhe couberam lucros no valor de R\$1.624.008,96, os quais, quando capitalizados, aumentaram o custo de seus investimentos no mesmo valor;

34. verifica-se, portanto, que, em função da capitalização desproporcional de lucros de Nova Pactual, o custo dos investimentos do impugnante na mesma foi menor em R\$651.974,40;

35. se os efeitos da capitalização de lucros da Nova Pactual fossem ignorados, o custo dos investimentos do impugnante no Banco Pactual, na época da vendas de suas ações, seria maior, na medida em que: i) a redução de sua participação no

capital de Nova Pactual - de 5,76% para 4,80% - seria desconsiderada; e ii) tocaria ao impugnante uma parcela maior dos lucros capitalizados pela Pactual S.A, aumentando, por conseguinte, o custo das ações desta, subsequentemente substituídas por ações do Banco Pactual;

36. em vista disto, se, por absurdo, fosse mantido o auto de infração, 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;

37. a legislação do Imposto de Renda determina, no art. 130, §1º e art. 135 do RIR, que o custo de aquisição de ações ou quotas de titularidade de uma pessoa física corresponde ao custo original do investimento acrescido do montante dos lucros ou reservas de lucros capitalizados;

38. nas incorporações inversas, se, por um lado, os acionistas da incorporadora recebem ações da incorporada por custo idêntico ao das ações da incorporadora, por outro lado, ocorre a capitalização de lucros ou reservas eventualmente existentes na incorporada e o novo custo de aquisição das ações dos acionistas da incorporada passa a corresponder ao valor original de seu investimento acrescido do montante dos lucros e reservas de lucros da incorporada;

39. no caso concreto, a capitalização de lucros e reservas de lucros das holdings foi deliberada antes da incorporação, mas a capitalização existiria independentemente desta deliberação;

40. o ajuste de custo do valor dos investimentos se verificaria, quer houvesse deliberação expressa específica no sentido da capitalização dos lucros das holdings, como houve, quer não;

41. a legislação em vigor prevê que a capitalização dos lucros gera acréscimo de custo para os acionistas pessoas físicas, sem cogitar da natureza do lucro;

42. quer a capitalização dos lucros das holdings tivesse resultado de deliberação específica, quer houvesse ocorrido no processo de incorporação, seus sócios ou acionistas eram os vendedores e, dentre eles, estava o impugnante e, assim, o ajuste do custo dos seus investimentos decorre da aplicação da lei, não havendo como rejeitá-lo;

43. a opção de eliminarem-se as holdings mediante incorporações reversas era o caminho lógico, natural e admitido por lei para viabilizar a venda das ações do Banco Pactual pelos controladores e o aumento de custo das ações do impugnante foi mera consequência da adoção dessa opção legítima e essencial aos negócios;

44. ainda que a majoração dos investimentos do impugnante no Banco Pactual seja em montante superior aos lucros auferidos pelo próprio Banco e que esta seja encarada como uma distorção, ela resulta da aplicação das normas societárias em vigor;

45. não se pode esperar que o contribuinte deixe de aplicar a lei em razão de a mesma lhe favorecer, pela peculiaridade de determinada situação; por outro lado, o fisco também não pode deixar de aplicá-la por considerar que ela beneficia indevidamente o contribuinte;

46. as distorções decorrentes da aplicação do método de equivalência patrimonial ocorrem não só nas hipóteses de incorporações reversas, mas também em outras situações;

47. 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";

48. as distorções que ocorrem devem ser corrigidas por quem tem competência para isso, o legislador, estando o intérprete e o aplicador da lei adstritos aos seus termos, não lhes cabendo deixar de aplicá-la por considerar que deveria ter tratado de forma diversa uma situação específica;

49. ao afirmar que o impugnante deveria ter baixado uma parcela do custo de aquisição de seus investimentos quando ocorreu a incorporação reversa das holdings do Grupo Pactual, a fiscalização quer impor a adoção de procedimento sem base legal e sequer previsto em norma editada pela Receita Federal do Brasil;

50. além disso, faltaria até lógica a esse procedimento, pois, ao fazê-lo, a venda do investimento após a incorporação reversa (e redução de custo) importaria no reconhecimento de injustificável ganho de capital;

51. o art. 167, §1º, inciso I, do Código Civil contempla situação em que pessoas sem qualquer interesse real (as chamadas interpostas pessoas) participam de negócios jurídicos com o único objetivo de ocultar um de seus verdadeiros participantes;

52. no caso concreto, não houve simulação por interposição de pessoa, pois em nenhum momento aparentou-se conferir direitos a pessoa distinta com o objetivo de ocultar a que efetivamente os recebeu, não tendo havido em qualquer etapa da reestruturação a interposição de parte oculta;

53. a alienação do Banco Pactual foi celebrada entre seus proprietários e o UBS Brasil, tendo a reestruturação sido feita às claras para viabilizar a negociação das ações do Banco Pactual diretamente pelos controladores e, nesse particular, ela não foi contestada.;

54. os bens transferidos aos controladores foram ações do Banco Pactual e não direitos caracterizados pela majoração

artificial do custo de aquisição das ações alienadas do Banco Pactual S/A;

55. ainda que a legislação vedasse a elevação dos custos do investimento do impugnante, a reestruturação teria ocorrido exatamente da mesma forma que ocorreu, pois ela representava a maneira mais rápida e econômica de viabilizar o negócio;

56. de acordo com a maior parte dos precedentes do 1º CC, a caracterização de simulação por interposta pessoa, prevista no art. 167, §1º, do CC/02, verifica-se quando direitos são entregues a pessoas que não são seus verdadeiros proprietários e sequer têm ingerência sobre eles;

57. o art. 116, § único, do CTN é inaplicável, seja porque ele não se destina ao combate de atos simulados, seja porque ele é ainda ineficaz, por não ter sido regulamentado;

58. o referido dispositivo não é auto-aplicável e o próprio texto faz referência aos "procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária", sem os quais o referido dispositivo não produz efeitos;

59. a fiscalização não lançou a multa agravada com base na ocorrência de simulação, a qual foi suscitada no TVF unicamente para justificar a aplicação do art. 116, § único do CTN;

60. todavia, se este tivesse sido o caso, a inaplicabilidade da multa já teria restado plenamente comprovada, pois, conforme visto, não houve qualquer ato simulado na reestruturação;

61. o fato de o TVF indicar a existência cumulativa de simulação, sonegação, fraude e conluio é um fortíssimo indício de que a fiscalização não se preocupou em comprovar suas alegações, optando por mencionar todas as patologias que lhe ocorreram;

62. tal procedimento contraria a jurisprudência pacífica do CARF e da CSRF, que em numerosos julgados têm decidido que a aplicação da multa agravada está condicionada à comprovação, por parte do fisco, da existência de "evidente intuito de fraude do sujeito passivo";

63. diante do exposto, fica evidente que não se verificaram, no caso concreto, os pressupostos da aplicação da multa de 150%, razão pela qual a cobrança da mesma é improcedente;

64. 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.

DECISÃO RECORRIDA

A DRJ julgou a impugnação improcedente em acórdão que recebeu as seguintes ementas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

ENQUADRAMENTO LEGAL GENÉRICO.

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

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.

OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. INCORPORAÇÕES REVERSAS. 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 incorporações reversas e nova capitalização, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

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 restar comprovada a simulação, visto que, por trás da verdade declarada, uma aparente reorganização societária representada por um conjunto de alterações contratuais, existia uma outra verdade, qual seja, a majoração artificial do custo das ações do acionista pessoa física e a obtenção de benefícios fiscais, que, de outra forma, não poderiam ser alcançados.

MULTA QUALIFICADA.

É cabível, por disposição literal de lei, a incidência de multa de ofício sobre o valor do imposto apurado em procedimento de ofício, que deverá ser exigida juntamente com o imposto não pago espontaneamente pelo contribuinte, independentemente do motivo determinante da falta. No caso em exame, tendo sido comprovado o intento doloso do contribuinte de reduzir indevidamente sua base de cálculo, a fim de se eximir do pagamento do imposto devido, cabível é a aplicação da multa qualificada.

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

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A ciência dessa decisão ocorreu em 1º/11/201 (e-fl. 693).

RECURSO VOLUNTÁRIO

Em 30/11/20112, foi apresentado recurso voluntário (e-fls. 700 a 746), sendo reiterados, em síntese, os termos da impugnação.

O pedido consiste em que seja reformada a decisão para que o auto de infração seja julgado improcedente e seja extinto ao crédito tributário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator João Bellini Júnior

O recurso voluntário é tempestivo e aborda matéria de competência desta Turma. Portanto, dele tomo conhecimento.

DO LANÇAMENTO

A matéria não é nova neste CARF. Vários foram os julgados que analisaram as operações que culminaram na alienação de participações societárias do **Banco Pactual** à UBS. Cito, como exemplo, os acórdãos 2102-01.938, 2202-002.164, 2202-002.165, 2202-002.166, 2202-002.167, 2202-002.258, 2202-002.260, 2202-002.262, 2202-002.263, 2202-002.428 e 2802-003.285. Desses, apenas o primeiro dos acórdãos (referido pelo recorrente em seu recurso) considerou totalmente indevido o lançamento; os demais deram parcial provimento ao recurso voluntário apenas para cancelar a qualificadora da multa.

Em 27/01/2016, a Câmara Superior de Recursos Fiscais julgou o processo 19515.720168/2011-24, emitindo o Acórdão nº 9202-003.698 (Relator Luiz Eduardo de Oliveira Santos), que decidiu, nesta questão (omissão de ganho de capital), negar provimento ao recurso especial do contribuinte. O acórdão recebeu as seguinte ementas:

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

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

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

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

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

Hipótese em que a alegada observância da Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, não tem o condão de afastar essa imposição, porque tal normativo não trata especificamente do caso discutido nos autos e, conseqüentemente, não pode dar suporte à interpretação do art. 135 do RIR/99 defendida pela autuada.

Recurso Especial do Contribuinte negado

Recurso Especial do Procurador provido (Grifou-se.)

A jurisprudência da CSRF foi reafirmada em outros acórdãos, quais sejam:

ACÓRDÃO	DATA	RELATOR/REDATOR
9202-003.699	27/01/2016	LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
9202-003.700	27/01/2016	LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
9202-003.701	27/01/2016	MARIA HELENA COTTA CARDOZO
9202-003.767	12/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.768	12/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.764	13/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.766	13/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.765	13/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.821	13/04/2016	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
9202-003.959	28/06/2016	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado.

9202-003.960	04/08/2016	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado.
9202-003.961	04/08/2016	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado.
9202-005.239	22/02/2017	RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI
9202-005.237	22/02/2017	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado
9202-005.236	22/02/2017	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado
9202-005.235	22/02/2017	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado
9202-005.235	22/02/2017	HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Redator-designado
9202-005.240	22/02/2017	ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Esta 1ª Turma da 3ª Câmara também já analisou a questão diversas vezes, nos acórdãos 2301-004.475, 2301-004.476, 2301-004.477, 2301-004.478, 2301-004.479, 2301-004.480, 2301-004.481, 2301-004.482 e 2301-004.483, decidindo, por unanimidade, tão-somente cancelar a qualificadora da multa. Cito como exemplo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

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. (Ac. 2301-004.476, relator João Bellini Júnior)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. LUCROS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM HOLDINGS. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

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 restar comprovada que o aumento do custo das ações de acionistas pessoas físicas se deu através de planejamento tributário que capitalizou dividendos em duplicidade, pois são meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial nas holdings, seguidas de correspondentes incorporações reversas, com o fim de majoração do custo da aquisição de ações a serem alienadas e consequente apuração de ganho de capital, por configurar conduta abusiva e dissociada dos fins visados pela legislação pertinente.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO.

No planejamento tributário, quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO APLICABILIDADE

O art. 161 do Código Tributário Nacional CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o "crédito" a que se refere o caput do artigo. É legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC. (Ac. 2301-004.480, relatora Alice Grecchi)

Feitas essas breves considerações, passo à análise do caso concreto.

QUESTÕES DE MÉRITO

O recurso voluntário deve ser provido parcialmente, apenas para afastar a qualificadora da multa, pelos mesmos fundamentos já colacionados por ocasião da análise dos Acórdãos 2301-004.475, 2301-004.476, 2301-004.477, 2301-004.478 e 2301-004.479, de minha relatoria, os quais são plenamente aplicáveis ao presente caso, que trata do recebimento de valores acordados na mesma operação de alienação de ações.

O contribuinte possuía ações da **Nova Pactual**, holding que detinha 78,17% de participação societária na **PSA**, a qual era detentora de 99,9991% das ações do **Banco Pactual** (o restante pertencia à **Pactual Holdings**). A sociedade Pactual Holdings S.A. detinha os restantes 21,83% de participação societária na **PSA**, e o recorrente não era seu acionista.

Pelo contrato de compra e venda celebrado entre o **Banco Pactual** e a UBS, ficou acertado que a compra e venda se daria diretamente entre as pessoas físicas, sócios e/ou acionistas das sociedades controladoras do **Banco Pactual** e a UBS.

Para tanto, foi promovida uma série de reestruturações societárias, nas quais a sociedade controlada incorporou a sociedade controladora (operação nominada de “incorporação reversa” ou “incorporação às avessas”); assim, no que interessa ao presente processo, a **PSA** incorporou a **Nova Pactual** em 13/10/2006 e foi incorporada pelo **Banco Pactual** em 1º/12/2006.

Previamente a cada incorporação reversa ocorreu, na incorporada/controladora, aumento de capital social, por meio da capitalização de créditos que os sócios detinham perante a sociedade, decorrentes do direito a receber dividendos. Os sócios, em vez de receberem os dividendos a que teriam direito, os utilizaram para aumentar o capital social da sociedade que, em seguida, foi incorporada por sua controlada.

Em 2006, o recorrente alienou suas ações do **Banco Pactual**, apurando ganho de capital nos anos-calendário em que recebeu pagamentos atinentes à operação: 2006 e 2009.

A principal questão controversa é o valor do custo de aquisição das ações vendidas, ao qual se aplica a isenção prevista no art. 10 da Lei 9.249, de 1995, reproduzida pelo art. 135 do RIR 99. De acordo com o autuado, como visto, o custo de aquisição é de R\$101.409.546,45; pelo lançamento, o valor é R\$73.692.799,45.

ENTENDIMENTO DA CSRF

Transcrevo, assumindo como razões de decidir, as razões do conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, relator, na CSRF, do Acórdão nº 9202-003.698, julgado em 27/01/2016:

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.

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

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

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

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

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

- inicialmente, teríamos os sócios, como proprietários da Holding, e esta reconhecendo em seu ativo uma participação societária na pessoa jurídica operacional, avaliada em R\$ 1.000,00 por equivalência patrimonial;*
- em seguida, com a pessoa jurídica operacional auferindo lucros de R\$ 100,00, a Holding (por equivalência patrimonial) iria refletir esse lucro no valor de sua participação societária, o que resultaria no reconhecimento de lucros, também no valor de R\$ 100,00;*
- prosseguindo, a holding capitalizaria o lucro por ela reconhecido por equivalência patrimonial e, conseqüentemente, os proprietários atualizariam o valor da participação societária, para R\$ 1.100,00;*
- em momento posterior, a pessoa jurídica operacional incorporaria a holding, mantendo porém os lucros, de R\$ 100,00, em seu patrimônio líquido e, somente então, capitalizaria esses lucros, permitindo que os proprietários atualizassem, mais uma vez, o valor da participação societária, agora para R\$ 1.200,00;*

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

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

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

Ora, essa situação é - em essência - igual à anterior: (a) uma participação societária adquirida por mil reais, (b) a correspondente empresa - operacional - que auferiu 100 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 inerente conclusão de que, em se existindo várias holdings interpostas entre os proprietários e a pessoa jurídica, o ganho de capital pode ficar artificialmente reduzido, até a zero ou ainda a valores negativos.

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

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

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

a.II - Interpretação da Legislação

Com efeito, a capitalização de lucros nada mais é do que uma operação que substitui o seguinte procedimento: (i) a

distribuição do lucro, pela pessoa jurídica a seus proprietários, (ii) o imediato aumento de capital da pessoa jurídica, no valor do lucro distribuído e (iii) a subscrição e integralização do aumento de capital, por esses mesmos proprietários, com os recursos antes recebidos a título de distribuição de lucro.

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

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

- de início todos os investimentos (inclusive de empresas controladas) eram registrados pelo custo e os respectivos lucros somente eram reconhecidos quando da distribuição de lucros ou dividendos, já no caso de prejuízos, no máximo era aceito o reconhecimento de uma provisão para perdas no investimento;*
- com influência anglo-saxã, surgiu a figura da consolidação de balanços e, 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 nºs 1.790/80, art. 1º, 2.065/83, art. 1º, I, a, e 2.303/86, art. 7º parágrafo único):

(b) Art. 810 - o custo de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucro era igual a zero:

Art. 810. O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital ...

§ 2º O custo é considerado igual a zero (Lei nº 7.713/88, art. 16, § 4º):

a) no caso de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros ou reservas, apurados até 31 de dezembro de 1988;

Repara-se aqui a coerência dos dispositivos acima referidos. Como, na época, a distribuição de lucros era tributada, a capitalização do lucro não alterava o custo de aquisição da participação societária. Assim, quando a participação societária fosse alienada, o valor do lucro capitalizado seria alcançado pelo ganho de capital.

Ora, a partir de 1996, temos uma clara mudança de tratamento na distribuição de lucro, que passou a não ser tributada, nem na fonte, nem na declaração de ajuste, nos termos do disposto no art. 10, da Lei nº 9.249, de 1995. Assim:

- o lucro distribuído deixou de ser tributado; e

- consequentemente, o custo de aquisição das participações societárias passou a ser alterado quando da capitalização de lucros distribuíveis pela pessoa jurídica, inclusive no caso de distribuição de ações bonificadas, cujo valor de aquisição devia ser considerado igual ao desse lucro capitalizado.

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

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou

creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

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

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

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

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

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

Não se está aqui negando a existência de um lucro decorrente do ajuste de equivalência patrimonial, mas não podemos deixar de levar em conta o fato de o lucro não é efetivamente distribuído

mais de uma vez. Com efeito, o lucro decorrente do ajuste por equivalência patrimonial, é somente o reflexo do lucro auferido pela pessoa jurídica operacional (investida), esse último sim, passível de efetiva distribuição.

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

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

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

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

A conclusão acima é inevitável, porque:

- as disponibilidades passíveis de distribuição estão no patrimônio da pessoa jurídica operacional, que somente pode distribuir o lucro para sua proprietária direta, a holding;*
- já, a holding, somente pode distribuir o lucro aos acionistas, pessoas físicas, após o recebimento dos recursos da pessoa jurídica operacional;*
- 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);*
- somente houve glosa da atualização do custo de participação societária, para uma das capitalizações de lucro, mais especificamente, para a capitalização ocorrida em NOVA PACTUAL em 13.10.2006, no valor de R\$ 30.233.762,00.*

Portanto, a autoridade autuante entendeu indevida apenas a atualização de custo da participação em decorrência de uma das capitalizações de lucro, em razão da aplicação a ela, pelo autuado, do disposto no art. 135 do Decreto no 3.000, de 26 de março de 1999.

Porém, de acordo com a interpretação já apresentada por este conselheiro, entende-se que ambas deveriam ter sido glosadas. 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.

Portanto, como não foram glosados os dois aumentos de custo, que - no entender deste conselheiro - seria devidos, 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 de cálculo 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 seguir, quando da análise do recurso especial de iniciativa da Fazenda Nacional.

a.i - 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.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NORMA ISENTIVA DE LUCROS DA PESSOA FÍSICA

Embora já abordada no Acórdão nº 9202-003.698, retrotranscrito, convém resgatar, em maiores detalhes, a evolução histórica da norma isentiva de lucros, para que fique clara a interpretação finalística e histórico-sistemática que fundamenta meu voto. Utilizo-me das palavras do conselheiro Ronnie Soares Anderson, relator do acórdão 2802-003.285:

Previamente à edição desse diploma (art. 10 da Lei 9.249, de 1995), a regra era tributar os lucros e os dividendos exclusivamente na fonte ou oferecer tais rendimentos à incidência do imposto de renda na declaração de ajuste.

Com vistas a evitar que houvesse dupla tributação sobre os mesmos rendimentos, ou seja, para que os lucros fossem tributados tão somente quando de sua apuração pela pessoa jurídica, e não quando de sua distribuição para os beneficiários dos dividendos, adveio no ordenamento o dispositivo legal acima transcrito. O Ministro da Fazenda apresentou no item 12 do Projeto de Lei nº 913/05, que resultou na edição da Lei nº 9.249/95, a seguinte justificativa no que concerne ao art.10:

12. Com relação à tributação dos lucros e dividendos, estabelece-se a **completa integração entre a pessoa física e a pessoa jurídica, tributando-se esses rendimentos exclusivamente na empresa e isentando-os quando do recebimento pelos beneficiários.** Além de simplificar os controles e inibir a evasão, esse procedimento estimula, em razão da equiparação de tratamento e das alíquotas aplicáveis, o investimento nas atividades produtivas.

A partir de então os dividendos passaram a ser isentos, o que poderia ensejar a preferência pela sua distribuição frente à sua retenção e reinvestimento, dando azo à descapitalização das empresas. Para evitar tal situação, e estimular a retenção dos lucros de modo a possibilitar a realização de investimentos e formação bruta de capital sem endividamento perante terceiros, com o consequente crescimento da economia e geração de empregos, o regramento do parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249/95 previu uma "compensação" para que os sócios não decidissem priorizar a distribuição de lucros.

Com efeito, para que os lucros não fossem distribuídos como dividendos aos sócios mas sim incorporados mediante aumento de capital da empresa, foi possibilitado o ajuste no custo de aquisição das participações societárias dos acionistas, na proporção em que fossem aqueles capitalizados, balizando-se assim o alcance do benefício legal da isenção dos dividendos. (Grifou-se.)

DESTINAÇÃO DOS LUCROS: ISENÇÃO NA DISTRIBUIÇÃO E AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO NA CAPITALIZAÇÃO

A regra questionada, o art. 135 do RIR 99, tem seu fundamento legal no parágrafo único do art. 10 da Lei 9.249, de 1995, o qual deve ser lido em conjunto com o seu caput (art. 654 do RIR 99), para a adequada compreensão do contexto no qual tal disposição veio à baila. Reproduzo os artigos:

<i>Lei 9.249, de 1995</i>	<i>RIR 99</i>
<i>Art. 10. Os <u>lucros ou dividendos</u> calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, <u>pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado</u>, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda</i>	<i>Art. 654. Os <u>lucros ou dividendos</u> calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, <u>pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real</u>, não estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, nem integram a base de cálculo do imposto do beneficiário, pessoa física ou</i>

<i>do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior. (Grifou-se.)</i>	<i>jurídica, domiciliado no País ou no exterior (Lei nº 9.249, de 1995, art. 10). (Grifou-se.)</i>
<i>Parágrafo único. <u>No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros</u> apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, <u>o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado</u>, que corresponder ao sócio ou acionista. (Grifou-se.)</i>	<i>Art. 135. <u>No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros</u> apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, <u>o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado</u>, que corresponder ao sócio ou acionista (Lei nº 9.249, de 1995, art.10, parágrafo único). (Grifou-se.)</i>

Verifica-se a simetria entre os textos, sendo suas únicas diferenças:

(a) o art. 654 do RIR 99 não cita as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado e

(b) para o RIR 99, a regra do art. 135 se aplica a qualquer aumento de capital, e não somente ao aumento de capital por incorporação de lucros, como previsto no parágrafo único do art. 10 da Lei 9.249, de 1995.

Tais diferenças são irrelevantes no caso concreto, pois trata-se de caso envolvendo distribuição e capitalização de lucros de pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real e os aumentos de capital ocorreram por incorporação de lucros; ambas as hipóteses estão previstas tanto no art. 10 da Lei 9.249, de 1995 quanto nos arts. 654 e 135 do RIR 99.

Passando à análise da norma, friso ser evidente que não se pode interpretar a regulação da norma isentiva, procedida pelo RIR 99, arts. 654 e 135, em descompasso com a própria norma legal que lhe deu origem, carreada pelo art. 10 da Lei 9.249, de 1995.

O texto normativo versa sobre o tratamento tributário a ser dado aos lucros (ou dividendos), em razão de sua destinação; assim, os lucros podem, **alternativamente**:

(a) **ou serão distribuídos**; nesse caso, incide a regra isencional (art. 10 da Lei 9.249, de 1995 e art. 654 do RIR 99); da distribuição dos lucros decorre, necessariamente, a proporcional redução no patrimônio líquido da sociedade, o que irá gerar, por ocasião da alienação das ações, um maior ganho de capital;

(b) **ou serão incorporados ao capital social (capitalizados)**; nesse caso, incide a regra pela qual o custo de aquisição das quotas ou ações que couberem ao sócio/acionista será igual à parcela do lucros ou reserva capitalizado (art. 10, parágrafo único da Lei 9.249, de 1995 e art. 135 do RIR 99); do acréscimo no custo de aquisição das ações decorre, necessariamente, a redução do ganho de capital, por ocasião da alienação das ações. A redução no ganho de capital é consequência lógica do não exercício do direito de receber dividendos isentos de imposto de renda.

Se por um lado uma sociedade não pode distribuir lucros em montantes superiores à sua efetiva riqueza, também o sócio/acionista não pode aumentar o custo de aquisição de suas ações em valores superiores aos relativos ao incremento do patrimônio líquido da sociedade. E de modo algum pode, com base nos mesmos lucros efetivos (o que exclui, em sua conceituação, lucros sem representação econômica, reflexos, fictícios) cumulativamente, (a) capitalizar os lucros e (b) recebê-los, de modo a justificar rendimentos isentos.

EVOLUÇÃO PATRIMONIAL

Como visto, no que concerne ao recorrente, houve:

1. incorporação da **Nova Pactual** pela **PSA**, em 13/10/2006, com o recebimento de ações na mesma proporção que detinha na holding extinta; essa operação foi precedida, na mesma data, pela distribuição desproporcional dos lucros apurados pela **Nova Pactual**, e pela capitalização desses lucros com a integralização de novas quotas da **Nova Pactual** – primeira majoração do custo de aquisição de sua participação societária, baseada no art. 135 do RIR 99;

2. incorporação da **PSA** pelo **Banco Pactual**, em 1º/12/2006, com o recebimento, pelas pessoas físicas, de participação na mesma proporção que detinham na holding extinta; essa operação foi precedida, em 03/11/2006, pela distribuição de lucros da **PSA** e capitalização desses mesmos lucros pela **PSA** – segunda majoração do custo de aquisição de sua participação societária, baseada no art. 135 do RIR 99.

Não mais existentes as holdings, realizou-se a venda do **Banco Pactual S.A.** ao UBS pelas pessoas físicas, ensejando a apuração de ganhos de capital em 2006 e 2009, ora sob discussão.

Porém, o recorrente ao menos **em duas ocasiões, cumulativamente**, recebeu rendimentos isentos a título de lucros/dividendos e **capitalizou** tais lucros (ou parte destes), fato este que motivou o presente lançamento:

DEMAIS RENDIMENTOS E IMPOSTO PAGO DO TITULAR

DISCRIMINAÇÃO				VALORES - R\$
Total dos rendimentos tributáveis recebidos de pessoa física/exterior				0,00
Carnê-leão e imposto complementar				0,00
Rendimentos isentos e não-tributáveis				
Lucros e dividendos recebidos				69.418.733,46
Beneficiário	CNPJ	Fonte pagadora	Valores (R\$)	
Titular	02.220.756/0001-71	NOVA PACTUAL PARTICIPACOES LTDA	32.065.436,46	
Titular	02.220.758/0001-60	PACTUAL S/A	37.353.297,00	
Demais rendimentos isentos e não-tributáveis				82,52

Como decorrência sua evolução patrimonial expressa a dupla utilização dos lucros:

OUTRAS INFORMAÇÕES

Rendimentos isentos e não-tributáveis	69.418.815,98
Rendimentos sujeitos à tributação exclusiva/definitiva	33.174.951,07
Bens e direitos em 31/12/2005	53.874.618,90
Bens e direitos em 31/12/2006	158.056.410,70

Ora, como visto, não é possível distribuir e capitalizar os mesmos lucros. Uma vez distribuídos os lucros e utilizados para justificar acréscimo patrimonial pelo recebimento do rendimentos isentos, devem ser estornados os efeitos de sua incorporação ao capital social das respectivas sociedades.

No caso concreto, esse dupla utilização dos lucros serviu para fomentar um acréscimo no custo das ações alienadas pertencentes ao acionista Cypriano Lopes Feijo Filho da ordem de 1.271,03%, enquanto que o aumento do patrimônio líquido do **Banco Pactual**, entidade que concentrava toda a riqueza efetiva do grupo, foi de 89%. Ou seja, tal procedimento levou a uma total discrepância entre a evolução da riqueza da instituição financeira alienada com o acréscimo patrimonial do custo das respectivas ações pertencentes aos seus acionistas.

Tal dúplice utilização dos lucros não encontra suporte legal.

Tais razões, por si só, são suficientes para o desprovimento do recurso voluntário; porém, a seguir passo a analisar as operações do ponto de vista do grupo empresarial, demonstrando que os lucros e reservas só podem ter impacto no custo das ações e, portanto, na tributação da operação de alienação, quando corresponderem à efetiva riqueza gerada e acumulada pelo grupo societário. No caso em tela, tal riqueza encontrava-se concentrada no **Banco Pactual**.

DAS REGRAS CONTÁBEIS APLICÁVEIS A GRUPOS DE SOCIEDADES

Estabelecido o contexto no qual o art. 10 da Lei 9.249, de 1995, deve ser entendido e aplicado, passo a demonstrar que **a interpretação do recorrente não se ampara sequer nas regras contábeis que estabelecem a apuração dos resultados societários de grupo econômico**, pois está em desacordo com os pronunciamentos técnicos-contábeis emitidos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis, bem como com os Princípios de Contabilidade, aprovados pelo Conselho Federal de Contabilidade.

Como já referido, o **Banco Pactual** era controlado por uma holding, a **Pactual S.A (PSA)**, que, por sua vez, era controlada por outras duas holdings, a **Nova Pactual** e a **Pactual Holdings**..

Na definição de Houaiss, holding é uma “empresa que detém a posse majoritária de ações de outras empresas, ger. denominadas subsidiárias, centralizando o controle sobre elas. De modo geral a holding não produz bens e serviços, destinando-se apenas ao controle de suas subsidiárias.” (Dicionário Houaiss Eletrônico, versão monousuário 2009.3).

Essa definição é condizente com a afirmação do recorrente de que “Os objetivos das *holdings* eram exclusivamente os de organizar o exercício do controle do Banco (Pactual) e propiciar uma distribuição adequada de seus resultados” (item 3.3 do recurso voluntário) e de que “As *holdings* não tinham outra função que não as acima mencionadas e sua existência esteve sempre vinculada à participação do Grupo Pactual no BANCO” (item 3.4 do recurso voluntário).

O esclarecimento de que as holdings não produzem bens e serviços demonstra a impossibilidade dessas, por si só, gerarem lucro econômico, material, distribuível e/ou capitalizável, passível de aumentar o custo de aquisição das cotas/ações de seus sócios/acionistas.

Quanto ao **método da equivalência patrimonial**, esse nada mais é do que **modo de avaliação do investimento de determinada sociedade**. De acordo com Sérgio de Iudícibus, “o conceito básico do método da equivalência patrimonial é fundamentado no fato de que os resultados e quaisquer outras variações patrimoniais da investida sejam reconhecidos (contabilizados) na investidora no momento de sua geração na investida, independentemente de

serem ou não distribuídos por esta” (Manual de contabilidade societária. Sérgio de Iudícibus et. al. São Paulo: Atlas, 2010, p. 170) (Grifou-se.)

Por esse critério, “as empresas reconhecem os seus resultados de seus investimentos nessas entidades no momento em que tais resultados são gerados naquelas empresas, e não somente quando são distribuídos na forma de dividendos, como ocorre no método de custo”. (Idem, p. 170.)

Como já referido, o MEP é de uso obrigatório na avaliação de investimentos de controladas (art. 248 da Lei 6.404, de 1976). Desse modo, os resultados auferidos pelo **Banco Pactual** se refletiam em suas controladoras pela aplicação do método de equivalência patrimonial (MEP) (e não pelo método do custo), por força do disposto no art. 248 da Lei 6.404, de 1976, que possuía, à época dos fatos (2006), a seguinte redação:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente, somente será registrada como resultado do exercício:

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários. (Grifou-se.)

Perceba-se que a regra societária é cristalina: o resultado em controladas **somente será registrado como resultado do exercício** (na controladora) **se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos**. Ora, no grupo Pactual o “ganho efetivo” era proporcionado somente pelo Banco Pactual; portanto, havia **vedação legal** para que seu resultado fosse refletido em toda a cadeia societária.

Isso porque as normas contábeis prestigiam o **Primazia da essência sobre a forma**. O que não observa a realidade é fictício, e deve ter seus efeitos expurgados da contabilidade, que deve refletir a realidade econômica das sociedades, e não deve refletir ficção econômica (lucros ou prejuízos fictícios). Passo a discorrer sobre o assunto.

As normas contábeis, outrora regidos pela Deliberação 29, de 1986, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), conjuntamente com os Princípios da Contabilidade, aprovados pelas Resoluções nº 750, de 1993, nº 774, de 1994 e nº 785, de 1995, do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), atualmente são elaboradas pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC).

O CPC adotou integralmente o documento do *International Accounting Standards Board* (IASB), denominado *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements* e emitiu seu Pronunciamento Conceitual Básico – Estrutura Conceitual para a Elaboração e Apresentação das Demonstrações Contábeis (CPC 00).

De acordo com Iudícibus (idem, p. 31) esse pronunciamento possui “maior aderência ao conceito da **Primazia da Essência Sobre a Forma**”, “bandeira essa levada praticamente ao extremo pelo IASB (...) representado no Brasil pelo Pronunciamento Técnico CPC 26 – Apresentação das Demonstrações Contábeis”. (Grifou-se.)

Convém ressaltar que, mesmo antes da entrada em vigor dos pronunciamentos técnicos do CPC, a Resolução nº 750, de 1993 do Conselho Federal de Contabilidade já previa a prevalência da essência sobre a forma (art. 1º, § 2º):

Art. 1º Constituem PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE CONTABILIDADE (PFC) os enunciados por esta Resolução.

§1º A observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade é obrigatória no exercício da profissão e constitui condição de legitimidade das Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC).

§2º Na aplicação dos Princípios Fundamentais de Contabilidade há situações concretas e a essência das transações deve prevalecer sobre seus aspectos formais. (Grifou-se.)

É disso que se trata. **Primazia da essência sobre a forma**. O lucro distribuível e capitalizável é o lucro já tributado, portanto econômico, com poder de compra, e não o lucro escritural, que existe somente em face da existência de holdings controladas e controladoras, mas que não produzem riqueza. **Pretender que lucro escritural, sem substrato econômico, não tributado previamente, seja distribuível e/ou capitalizável fere não somente o sentido finalístico e histórico-sistemático do art. 10 da Lei 9.249, de 1995, mas também as normas técnicas contábeis do CPC.**

No presente caso, é fato incontroverso, estamos diante de um grupo econômico: o próprio recorrente se refere ao “Grupo Pactual”. Os grupos econômicos são definidos pelo CPC 36 como constituído pela “controladora e todas as suas controladas” e isso, de acordo com Iudícibus (idem, p. 649) “independe de o grupo estar ou não constituído formalmente, nos termos do Capítulo XXI da Lei 6.404, de 1976”.

Em grupos econômicos, como no caso em apreço, a particularidade da situação de uma sociedade exercer controle sobre outra(s) faz com que **o balanço consolidado seja considerado mais fidedigno que cada balanço individual**. Em razão disso, há “países que exigem, e o IASB (*International Accounting Standards Board*), exige assim também, que

quando há investimento em controlada, o balanço individual nem seja apresentado, e sim diretamente o balanço consolidado, e a equivalência vai aparecer no consolidado apenas para os investimentos em não controladas”. (Idem, p. 171.) (Grifou-se.)

Mais uma vez a busca pela primazia da realidade. Se uma sociedade produz lucro, como no caso em questão, as holdings controladoras serão lucrativas, mas o lucro é somente um, gerado pela sociedade geradora de riqueza. A questão é elementar: se o lucro escritural pudesse gerar efeitos de aumentar riqueza, bastaria criar mais e mais holdings controladoras, e viver da pujança do lucro infinito.

Como lembra Iudícibus, “efetivamente, a análise individual das diversas demonstrações contábeis faz perder a visão do conjunto, do desempenho global do grupo. **As inúmeras transações realizadas entre empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico necessitam ser eliminadas nas demonstrações consolidadas, obtendo-se, assim, apenas os valores apurados em função de operações efetuadas com terceiros alheios ao grupo”.** (Idem, p. 649.) Os investimentos em controladas devem ser consolidados. (Idem, p. 650). (Grifou-se.)

Ainda de acordo com o Professo Emérito da FEA/USP, mesmo nos casos em que a legislação brasileira ainda não obrigue a apresentação da consolidação das demonstrações contábeis em grupos econômicos, **tais “demonstrações contábeis consolidadas são as únicas que refletem a real posição financeira, a formação de seu resultado operacional e a origem e aplicações de seus recursos financeiros”.** (Idem, p. 651.) (Grifou-se.)

No entender de Iudícibus, **as demonstrações contábeis individuais da controladora, mais do que limitadas, “são muitas vezes enganosas, e não atendem ao objetivo primordial de bem informar da contabilidade nem atendem aos princípios fundamentais as contabilidade”.** (Idem, p. 652.) (Grifou-se.)

Por isso, “com a emissão do CPC 36, há um enorme avanço, porque todas as sociedades por ações, mesmo as fechadas, agora estão obrigadas à publicação das demonstrações consolidadas (...) quando tiverem investimentos em controladas. Até as limitadas, se divulgarem informações, terão que fazê-lo, já que esse Pronunciamento foi aprovado pelo Conselho Federal de Contabilidade, que tem poderes sobre os profissionais contábeis brasileiros”. (Idem, p. 652.)

Nesse sentido, o CPC 36 exige que os seguintes procedimentos sejam adotados:

B86. Demonstrações consolidadas devem:

(a) combinar itens similares de ativos, passivos, patrimônio líquido, receitas, despesas e fluxos de caixa da controladora com os de suas controladas;

(b) compensar (eliminar) o valor contábil do investimento da controladora em cada controlada e a parcela da controladora no patrimônio líquido de cada controlada (o Pronunciamento Técnico CPC 15 explica como contabilizar qualquer ágio correspondente);

(c) eliminar integralmente ativos e passivos, patrimônio líquido, receitas, despesas e fluxos de caixa intragrupo relacionados a transações entre entidades do grupo (resultados decorrentes de transações intragrupo que sejam reconhecidos em ativos, tais como estoques e ativos fixos, são eliminados integralmente). Os prejuízos intragrupo podem indicar uma redução no valor recuperável de ativos, que exige o seu reconhecimento nas demonstrações consolidadas. O Pronunciamento Técnico CPC 32 – Tributos sobre o Lucro se aplica a diferenças temporárias, que surgem da eliminação de lucros e prejuízos resultantes de transações intragrupo. (Grifou-se.)

É de se registrar que os lucros ou dividendos recebidos pela controladora não constituem receita, mas sim redução do da conta do investimento:

Como o investimento em controlada é avaliado pelo método da equivalência patrimonial, os dividendos recebidos não estarão contabilizados em receita, mas sim como redução da conta do investimento, e, portanto, não haverá eliminação a fazer na Demonstração do Resultado do Exercício. (Idem, p. 659.) (Grifou-se.)

Do mesmo modo, o Pronunciamento Técnico CPC 18 (R2), o qual regulamenta “Investimento em Coligada, em Controlada e em Empreendimento Controlado em Conjunto Correlação às Normas Internacionais de Contabilidade – IAS 28 (IASB – BV 2012)”, determina que, avaliados pelo MEP, o investimento em controlada (neste caso, no balanço individual) deve ser inicialmente reconhecido pelo custo e o seu valor contábil será aumentado ou diminuído pelo reconhecimento da participação do investidor nos lucros ou prejuízos do período, gerados pela investida após a aquisição. A participação do investidor no lucro ou prejuízo do período da investida deve ser reconhecida no resultado do período do investidor. As distribuições recebidas da investida reduzem o valor contábil do investimento (item 10). (Grifou-se.)

A participação de grupo econômico em empreendimento controlado em conjunto é dada pela soma das participações mantidas pela controladora e suas outras controladas no investimento, sendo que “quando empreendimento controlado em conjunto tiver investimentos em controladas, o lucro, deve ser aqueles reconhecidos nas demonstrações contábeis do empreendimento controlado em conjunto (incluindo a participação detida pelo empreendimento controlado em conjunto no lucro, após a realização dos ajustes necessários para uniformizar as práticas contábeis”, e que “esse mesmo procedimento deve ser aplicado à figura da controlada no caso das demonstrações contábeis individuais” (item 27).

É reafirmado o princípio da primazia da realidade, cuja observância leva à eliminação dos resultados entre sociedades controladoras e controladas (item 27) e que a participação do investidor nos resultados resultantes das transações intragrupo deve ser eliminada (item 28).

Convém notar que, embora com as resoluções CPC as demonstrações contábeis consolidadas tenham alcançado estado ímpar de importância, essas já eram previstas pela Resolução CFC nº 784, de 1995, a seguir transcrita:

2.1.2 - Da soma ou da agregação de patrimônios

O Patrimônio da Entidade corolário de notável importância, notadamente pelas suas repercussões de natureza prática: as somas e agregações de patrimônios de diferentes Entidades não

resultam em nova Entidade. Tal fato assume especial relevo por abranger as demonstrações contábeis consolidadas de Entidades pertencentes a um mesmo grupo econômico, isto é, de um conjunto de Entidades sob controle único.

*A razão básica é a de que as Entidades cujas demonstrações contábeis são consolidadas mantém sua autonomia patrimonial, pois seus Patrimônios permanecem de sua propriedade. **Como não há transferência de propriedade, não pode haver formação de novo patrimônio, condição primeira da existência jurídica de uma Entidade.** O segundo ponto a ser considerado é o de que a consolidação se refere às demonstrações contábeis, mantendo-se a observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade no âmbito das Entidades consolidadas, resultando em uma **unidade de natureza econômico-contábil**, em que os qualificativos ressaltam os dois aspectos de maior relevo: o atributo de controle econômico e a fundamentação contábil da sua estruturação. (Grifou-se.)*

Quanto à afirmação do recorrente de que capitalização dos lucros (societários) em bases desproporcionais, promovida pela **Nova Pactual**, era necessária para a distribuição dos resultados, volto a lembrar que para distribuir ou capitalizar lucros (societários), proporcionalmente ou não, é necessário que tais lucros sejam efetivos, tenham substrato econômico, não sejam meramente escriturais/fictícios (Princípio da Primazia da Realidade).

Isso posto, entendo que houve aumento indevido do custo de aquisição das ações do **Banco Pactual**, por meio de prática de reconhecimentos de lucros escriturais, sem substrato econômico, advindos de contabilização manifestamente abusiva e contrária aos princípios da contabilidade e aos pronunciamentos técnicos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, e utilizando-se de interpretação do art. 10 da Lei 9.249, de 1995 (art. 135 do RIR 99), que desborda de sua interpretação finalística e histórico-sistemática.

DETERMINAÇÃO DO LUCRO REAL

No caso de pessoas jurídicas, “a determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais que apuram lucro real” (art. 247, § 1º, do RIR) (Grifou-se.). Assim, há intensa comunicação entre o lucro real (fiscal) e o lucro líquido (societário); porém, lucro real e lucro societário são institutos diversos.

O lucro real é o lucro líquido (societário) do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas (art. 247 do RIR). Quando se trata de tributação ou de sua exclusão, no caso, a isenção (art. 176 do CTN), as regras aplicáveis são as fiscais, de apuração ou exclusão de tributos, e não as regras societárias.

Já vimos que a legislação societária é contundente, no sentido de expurgar do lucros societário os investimentos apurados pelo método da equivalência patrimonial que não correspondam a ganhos (ou perdas) efetivos (art. 248, III, “b”, da Lei 6.404, de 1976).

Vimos também que, de acordo com as regras societárias, “os lucros ou dividendos recebidos pela controladora não constituem receita, mas sim redução do da conta do investimento”. A legislação fiscal também é específica neste sentido, determinando que os lucros ou dividendos distribuídos pela controladora deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento, e não influenciarão as contas de resultado (receitas e despesas) (RIR 99, art. 388, §1º).

Ademais, de acordo com o art. 399 do RIR 99, a **contrapartida do ajuste do valor do investimento** (de que trata o art. 388), por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, **não será computada na determinação do lucro real**.

RIR 99:

Ajuste do Valor Contábil do Investimento

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22). (Grifou-se.)

§ 1º Os lucros ou dividendos distribuídos pela coligada ou controladora deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento, e não influenciarão as contas de resultado (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22, parágrafo único). (Grifou-se.)

(...)

Contrapartida do Ajuste do Valor do Patrimônio Líquido

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV). (Grifou-se.)

§ 1º Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, parágrafo único, e Decreto-Lei 1.648, de 1978, art. 1º, IV).

Ou seja, caso se optasse por distribuir os lucros da sociedade operacional (**Banco Pactual**), os lucros ou dividendos distribuídos por este seriam registrados como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento na **PSA**, e não influenciariam as contas de resultado (receitas e despesas) nem seriam computados na determinação do lucro real.

DO LUCRO REAL COMO LIMITE À ISENÇÃO AOS LUCROS DISTRIBUÍDOS OU CAPITALIZADOS

É princípio basilar no direito tributário que o poder de isentar, que é modo de exclusão do crédito tributário (CTN, art. 175, I) deriva do poder de tributar; somente que pode constituir legitimamente o crédito tributário pode prever as hipóteses de isenção.

Como meio de exclusão do crédito tributário, a isenção somente pode incidir, por óbvio, nas situações em que o crédito tributário poderia ser constituído (se não incidissem as regras isencionais); assim, presentes os aspectos do fato gerador (material, temporal, espacial, pessoal), o crédito tributário não será constituído em razão e por incidência das regras de isenção; por conseguinte, as regras de isenção não incidem se ausentes um ou alguns dos aspectos do fato gerador, uma vez que, se o tributo não pode ser constituído por não se encontrarem presentes elementos essenciais do fato gerador, o caso é simplesmente de ausência de incidência tributária, e não de isenção.

No caso das pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, o lucro societário (também chamado de lucro líquido do exercício) não é elemento material do fato gerador, mas, tão somente, apenas um antecedente lógico do lucro real (Lei nº 8.981, de 1995, art. 37, § 1º). Assim, não existe regra isencional que incida sobre o lucro líquido, mas somente sobre o lucro real.

Se muitos não se apercebem da relevância jurídica dessa questão é porque, de regra, em termos práticos, o lucro real é maior, em termos quantitativos, do que o lucro líquido. Tal realidade se deve a que, no cálculo do lucro real, são adicionados ao lucro líquido diversos custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações (RIR 99, art. 249, I) e resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido (RIR 99, art. 249, II). As exclusões do lucro líquido permitidas pela legislação fiscal (art. 250 do RIR 99), de regra são inferiores do que as adições.

Tal fato foi demonstrado pelo Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, Antonio Jose Praga de Souza, ex conselheiro deste CARF, em sua dissertação de mestrado intitulada “Imposto de Renda no Brasil: estudo de distorções, em especial algumas relacionadas à distribuição de lucros das empresas (<http://www.mestradoprofissional.gov.br/sites/images/mestrado/turma2/antonio-jose-praga-de-souza.pdf>, p. 23), o qual, ao analisar a questão da Isenção do Imposto de Renda na distribuição de lucro contábil (não tributado) concluiu:

O resultado obtido em relação ao Lucro Real foi um indicador negativo, revelando que os lucros distribuídos [contabilmente] são sempre inferiores aos efetivamente tributados. Isso já era esperado, pois, a legislação do IRPJ estabelece uma série de adições a serem feitas do lucro líquido contábil da empresa para determinação do lucro real. (Grifou-se.)

Pois bem, ser o lucro societário, utilizado para a distribuição, de regra, inferior ao lucro real, não o torna passível de sofrer a incidência da regra isencional, pois, como visto, tal lucro não é aspecto material da hipótese de incidência do imposto sobre a renda.

Nesse sentido, o Parecer/PGFN/CAT/Nº 202/2013 (disponível em <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/2022013>):

(...)

29. A Lei nº 11.638, de 2007, em conjunto com a Lei nº 11.941, de 2009, provocam impacto no art. 10 da Lei nº 9.245, de 1995, porque cindiram o conceito, até então coincidente, entre lucro tributável e lucro distribuível. (...)

(...)

30. *É verdade que antes dessa dicotomia de escriturações, poderia haver caso de distribuição de parcela que não foi considerada na tributação e que, portanto, não estava ao abrigo da isenção do art. 10, porém apenas no caso de distribuição de valor não escriturado. Tanto assim o é que a IN SRF nº 93, de 24 de dezembro de 1997, prescreve:(...) (Grifou-se.)*

Como que (a) tanto o lucro líquido quanto o lucro real possuem expressão econômica, e (b) é passível de isenção apenas o lucro real, pode-se afirmar que, em termos monetários a **“isenção aos lucros societários” distribuídos se limita ao montante do lucro real.**

No cálculo do lucro real, mesmo que tenham sido desobedecidas as diversas regras societárias que determinam, em grupos societários, o expurgo, nas demonstrações financeiras, dos efeitos enganosos decorrentes do cálculo do valor do investimento pelo método da equivalência patrimonial, a legislação fiscal art. 389 do RIR 99 determina a exclusão do resultado positivo da investida (no caso, **Banco Pactual**) na apuração do lucro real, o que anula, por completo, o efeito que essas receitas poderiam ter.

Decorrentemente, **não há: (a) lucro real derivado de tais resultados positivos a ser distribuído ou capitalizado pelos sócios, nem, decorrentemente, (b) elevação do custo de aquisição das ações derivada desse resultado positivo. Não há falar, portanto, de subsunção à regra isentiva carreada pelo art. 10 da Lei 9.249, de 1995.**

Verifique-se, nesse sentido, a exposição de motivos da Lei 9.249, de 1995, item 12:

12. Com relação à tributação dos lucros e dividendos, estabelece-se a completa integração entre a pessoa física e a pessoa jurídica, tributando-se esses rendimentos exclusivamente na empresa e isentando-os quando do recebimento pelos beneficiários. Além de simplificar os controles e inibir a evasão, esse procedimento estimula, em razão da equiparação de tratamento e das alíquotas aplicáveis, o investimento nas atividades produtivas. (Grifou-se.)

Assim, também sob o ângulo da distribuição de lucros é procedente a glosa no aumento do custo de aquisição das ações.

Esse entendimento está de acordo com a jurisprudência firmada pelo STF na ADI 2588 (referida indiretamente pelo recorrente), que trata da tributação de lucros no exterior (art. 74 da MP 2158-35, de 2001, referida diretamente pelo recorrente): caso o lucro real auferido no exterior por uma controlada seja oferecido à tributação na controladora sediada no Brasil (caso, por exemplo, de lucros auferidos por sociedades sediadas em paraísos fiscais), ele é apto a se subsumir à isenção do art. 10 da Lei 9249, de 1995; caso o lucro real auferido no exterior não seja oferecido à tributação no Brasil (caso, por exemplo, de lucros auferidos no exterior por coligadas não sediadas em paraísos fiscais), o montante deste lucro não é apto a se subsumir à isenção do art. 10 da Lei 9249, de 1995.

DA ALEGAÇÃO DE ARBITRAMENTO DO CUSTO DAS AÇÕES

O recorrente afirma que foram utilizados diferentes critérios nos lançamentos dos diversos acionistas do **Banco Pactual**. Tais critérios seriam os adotados:

- (1) expurgo dos efeitos da capitalização na **Nova Pactual** ou **PSA**;
- (2) expurgo dos efeitos da capitalização na **Nova Pactual** e na **PSA**;
- (3) o cálculo do custo médio ponderado das ações.

Como amplamente exposto no meu voto, considero correto o expurgo dos efeitos da capitalização na **Nova Pactual** e na **PSA** no custo de aquisição das ações do contribuinte, como realizado no presente caso.

Nos casos (1) e (2), citados pelo recorrente como exemplos de critérios diversos, houve sim, e, a meu juízo, por equívoco, a utilização de critérios mais benéficos para os respectivos contribuintes, uma vez que apenas foram expurgados os efeitos da capitalização na **Nova Pactual** ou na **PSA**. A utilização de expurgos em montante insuficiente em alguns processos, estranhos à presente lide, em nada favorece o contribuinte, já que, no presente caso, foi utilizado o critério correto.

Quanto ao critério (3), cálculo do custo médio ponderado das ações, nada tem a ver com critério de fiscalização no lançamento, mas diz respeito ao cálculo do custo das ações, determinado pela legislação tributária (art. 16 da Lei 7713, de 1988 e do art. 16 da IN SRF 84, de 2001) em toda e qualquer aquisição de ações.

De acordo com tais textos, “O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital e dos bens fungíveis será a média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses bens” (§ 2º do art. 16 da Lei 7.713, de 1988).

Ademais, a necessidade de os lucros serem tributados (bancos devem obrigatoriamente apurar o lucro real, por disposição do art. 14, II, da Lei 9718, de 1998) emerge mais uma vez do texto do § 3º do art. 16 da Lei 7.713, de 1988, que refere “No caso de participação societária resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, que tenham sido tributados na forma do art. 36 desta Lei, o custo de aquisição é igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista beneficiário”. (Grifou-se.)

Vejamos o texto de tais normas.

Lei 7.713, de 1988

Art. 16. O custo de aquisição dos bens e direitos será o preço ou valor pago, e, na ausência deste, conforme o caso:

I - o valor atribuído para efeito de pagamento do imposto de transmissão;

II - o valor que tenha servido de base para o cálculo do Imposto de Importação acrescido do valor dos tributos e das despesas de desembaraço aduaneiro;

III - o valor da avaliação do inventário ou arrolamento;

IV - o valor de transmissão, utilizado na aquisição, para cálculo do ganho de capital do alienante;

V - seu valor corrente, na data da aquisição.

§ 1º O valor da contribuição de melhoria integra o custo do imóvel.

§ 2º O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital e dos bens fungíveis será a média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses bens.

§ 3º No caso de participação societária resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, que tenham sido tributados na forma do art. 36 desta Lei, o custo de aquisição é igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista beneficiário.

§ 4º O custo é considerado igual a zero no caso das participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros e reservas, no caso de partes beneficiárias adquiridas gratuitamente, assim como de qualquer bem cujo valor não possa ser determinado nos termos previsto neste artigo. (Grifou-se.)

IN SRF 84, de 2001

Participações societárias

Art. 16. Na hipótese de integralização de capital mediante a entrega de bens ou direitos, considera-se custo de aquisição da participação adquirida o valor dos bens ou direitos transferidos, constante na Declaração de Ajuste Anual ou o seu valor de mercado.

§ 1o Se a transferência não se fizer pelo valor constante na Declaração de Ajuste Anual, a diferença a maior é tributável como ganho de capital.

§ 2o No caso de ações ou quotas recebidas em bonificação, em virtude de incorporação de lucros ou reservas ao capital social da pessoa jurídica, considera-se custo de aquisição da participação o valor do lucro ou reserva capitalizado que corresponder ao acionista ou sócio, independentemente da forma de tributação adotada pela empresa.

§ 3o Para efeito de apuração de ganho de capital na alienação de participações societárias, o custo de aquisição das ações ou quotas é apurado pela média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses títulos.

§ 4o O custo médio ponderado de cada ação ou quota:

I - é igual ao resultado da divisão do valor total de aquisição das ações ou quotas em estoque pela quantidade total de ações ou quotas em estoque, inclusive bonificadas;

II - multiplicado pela quantidade de ações ou quotas alienadas, constitui o custo de aquisição para efeito da apuração do ganho de capital;

III - multiplicado pelo número de ações ou quotas remanescente, constitui o valor do estoque desses títulos.

§ 5o A cada aquisição ou baixa devem ser ajustadas as quantidades em estoque e os custos total e médio ponderado, por espécie, das ações ou quotas. (Grifou-se.)

Sublinho que a apuração do custo médio das ações com base em seu valor corrente, na data de apuração, na forma dos dispositivos citados (art. 16 da Lei 7.713, de 1988 e art. 16 da IN SRF 84, de 2001) é determinação legal e constante no Decreto 3.000, de 1999 (RIR 99), arts. 129 e 130 (citado no auto de infração), e, decorrentemente, utilizado pelo programa da Declaração de Ajuste Anual para o cálculo do ganho de capital (ver, por exemplo, e-fl. 1281).

Gizo que, na forma do art. 16, § 4º, da Lei 7713, de 1988, é imprescindível quantificar o valor das ações recebidas pelos contribuintes, sob pena de ser igual a zero o valor do custo de aquisição a ser considerado.

DEMAIS ALEGAÇÕES DO RECORRENTE

Por sua vez, o Acórdão CARF 101-96.570, citado pelo recorrente, trata de uma situação específica e diferente, no qual não foi obedecida a regra do art. 388, § 1º (já transcrita), que determina, em caso de reavaliação de bens do ativo, a baixa da reserva mediante redução do investimento, como se verifica à leitura de sua ementa:

*RESERVA DE REAVALIAÇÃO DE INVESTIMENTO EM
CONTROLADA — ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO —
NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DA RESERVA —*

A reavaliação de bens do ativo gera o aumento de seu valor contábil e, por conseguinte, diminui o ganho de capital apurado na sua alienação. Com o intuito de que haja a compensação contábil e fiscal, o valor da reserva deverá ser computado na determinação do lucro real do período-base em que o contribuinte alienar ou liquidar o investimento. Se o Contribuinte, na alienação de seu investimento, computou em seu custo de aquisição o valor da reavaliação, o fato da investida ter realizado sua reserva no mesmo ano-calendário não afasta a tributação no Contribuinte. A realização da reserva pela investida apenas autorizaria a baixa da reserva, mediante a redução do valor do investimento. Se o investimento foi alienado sem o ajuste e redução em seu valor, a reserva, no Contribuinte, deve de fato ser realizada, considerando os efeitos no resultado fiscal da alienação do investimento, com o aumento da perda ou redução do ganho.

Ademais, em se tratando de isenção ou redução de base de cálculo, a **Constituição Federal, art. 150, § 6º, exige que a matéria seja regulada por lei específica, que não existe no caso de capitalização de lucros societários:**

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

Em resumo, a prática do recorrente não encontra amparo em qualquer ato legal ou infralegal por ele citado.

Passo a analisar a legislação citada pelo recorrente.

O art. 8º da Lei 9.532, de 1997, trata de situação diversa, ou seja, a incorporação, fusão ou cisão, na qual haja participação societária adquirida com ágio ou deságio.

Inaplicável ao presente caso também a Instrução Normativa 77, de 1986, que “expede normas para efeitos de adaptação de legislação do imposto de renda em vigor ao regime de tributação das pessoas jurídicas estabelecido na Lei nº 7.450/85”. O seu subitem 5.9, citado pelo recorrente, refere que “ao aumento do capital da sucedora com a incorporação de lucros e reservas da sucedida, aplicam-se as normas dos artigos 376 e 377 do RIR/80”; tais arts. 376 e 377 do RIR/80 regulamentavam, por sua vez, o art. 63, §§ 3º e 4º, do Decreto-Lei 1598, de 1977, dispondo, nas palavras do recorrente, que “se a pessoa jurídica restituísse capital aos sócios nos cinco anos subsequentes à capitalização de lucros, o montante do capital restituído seria tratado como dividendo”. O item 5 da IN 77, de 1986 (no qual se insere o já analisado subitem 5.9) trata das normas a serem observadas nos “casos de incorporação, fusão e cisão de que trata o artigo 33 da Lei nº 7.450/85”. É matéria estranha ao caso em análise.

Igualmente inaplicável ao presente caso é o art. 33 da Lei 7.450, de 1985, que trata do balanço a ser levantado pela pessoa jurídica a ser incorporada, fusionada ou cindida, para **determinar o lucro real na data da incorporação, fusão ou cisão**; porém, percebe-se que **(re)afirma-se a regra de que é o lucro real (e não o societário) que deve ser levado em conta para fins dos efeitos tributários da distribuição ou da capitalização de lucros**, inclusive no caso de uma incorporação:

Art. 33. A pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida deve levantar balanço e demonstração de resultados e determinar o lucro real na data da incorporação, fusão ou cisão, observado o seguinte: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.323, de 1987) (Grifou-se.)

I - o lucro real apurado será convertido em número de OTN pelo valor desta na data da incorporação, fusão ou cisão; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.323, de 1987)

II - a declaração de rendimentos deverá ser apresentada até o último dia útil do mês subsequente à ocorrência do evento; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.323, de 1987)

Também desbordam do caso concreto o art. 22 da Lei nº 9.249/95 e o art. 29, III, da Instrução Normativa SRF 84, de 2001. O primeiro, ao referir que “os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado”; o segundo, que determina a exclusão, para fins da determinação do ganho de capital da pessoa física dos ganhos de capital decorrentes de “restituição de participação no capital social mediante a entrega à pessoa física, pela pessoa jurídica, de bens e direitos de seu ativo, avaliados pelo valor contábil ou de mercado”.

No caso em exame, não houve “restituição de participação no capital social mediante a entrega à pessoa física, pela pessoa jurídica, de bens e direitos de seu ativo”, mas recebimento de participação no capital social da incorporadora (controlada) em substituição à participação que o recorrente detinha na incorporada (controladora) e posterior ganho de capital na alienação das ações.

É evidente a diferença entre os institutos jurídicos da “restituição de participação no capital social” e do recebimento de participação no capital em substituição a outro, que deixa de existir em face de incorporação; ademais, no respeitante à isenção (matéria tratada neste processo), o art. 111, “II”, da Lei 5.172, de 1966 (CTN), exige o uso da interpretação literal:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção;

O entendimento professado até este momento está em consonância com o vem reiteradamente decidindo a CSRF.

O capítulo seguinte trata de razões outras pelas quais o lançamento deve ser mantido, ressaltando que: (a) as razões até aqui expostas são suficientes para negar provimento ao recurso voluntário na questão do ganho de capital; (b) as razões a seguir expostas, por si só, são suficientes para se chegar à mesma conclusão.

CONCLUSÕES

Com base nas considerações retro, considero correto o procedimento adotado de se expurgar os efeitos da capitalização na **Nova Pactual** no custo de aquisição das ações do contribuinte, embora entenda, como já referido, que também deveria ter sido expurgado os efeitos da capitalização na **PSA**.

DA MULTA QUALIFICADA

No tangente à multa qualificada, sua imposição é dependente da existência, por parte do contribuinte, do dolo de praticar a sonegação ou a fraude, nos termos dos arts. 71 a 73 da Lei 4.502, de 1964, em face da remissão efetuada pelo art. 44 da Lei 9.430, de 1996:

Lei 9.430, de 1996

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

(...)

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Lei 4.502, de 1964

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Ora, independentemente da configuração, ou não, de simulação na cadeia de operações de compra e venda do Banco Pactual à UBS AG, o contribuinte, detendo tão somente 3,75% das ações do Banco Pactual (termo de verificação fiscal, e-fl. 475), não poderia influenciar o modo como foi procedido o negócio. Se dolo houve, a justificar a imposição de multa qualificada, foi por parte de quem detinha o controle do Banco Pactual, e não por parte dos acionistas minoritários, que não podem decidir como se fará o negócio.

Por esses motivos, entendo que a multa deve ser desqualificada, reduzida ao percentual de 75%.

DA INCIDÊNCIA DOS JUROS SOBRE A MULTA

O recorrente alega que 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.

Não assiste razão ao recorrente.

Para o deslinde da questão, deve-se discernir os conceitos de tributo e de crédito tributário veiculados no Código Tributário Nacional (CTN). Tributo é definido em seu art. 3º:

Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

tributário: Por sua vez, os artigos 113, § 1º, 139 e 142 do CTN dispõem sobre o crédito

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

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

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

*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**. (Grifou-se.)*

Assim, a multa, apesar de não ser tributo, integra o crédito tributário e, em vista desse fato, se subsume ao tratamento dispensado ao crédito tributário pelo CTN.

O art. 161 do CTN estabelece que, ao crédito tributário não pago no vencimento, devem ser acrescidos os juros moratórios à taxa disposta em lei ou, em sua falta, à taxa de um por cento ao mês::

*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. (Grifou-se.)

Assim, ao contrário do que alega o interessado, o CTN determina a incidência de juros de mora sobre a multa lançada de ofício. A expressão “sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis” esclarece que a imposição de juros e de multa não são excludentes entre si.

A previsão legal da incidência de juros sobre as multas de ofício constou nas Leis 9.430, de 1996 e 10.522, de 2002, que disciplinaram o assunto de maneira diversa ao que acontecia até então. Vejamos, inicialmente, o que diz o § 3º do art. 61 da Lei 9.430, de 1996:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica,

serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

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

Por sua vez, os arts. 29 e 30 da Lei 10.522, de 2002, resultante da conversão da Medida Provisória 1621-31, de 1998 (reedição da Medida Provisória 1542-17, de 18 de dezembro de 1996, arts. 25 e 26), dispõem:

Art. 29. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União, constituídos ou não, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994, que não hajam sido objeto de parcelamento requerido até 31 de agosto de 1995, expressos em quantidade de Ufir, serão reconvertidos para real, com base no valor daquela fixado para 1º de janeiro de 1997.

(...)

Art. 30. Em relação aos débitos referidos no art. 29, bem como aos inscritos em Dívida Ativa da União, passam a incidir, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês de pagamento.

A multa de ofício proporcional, lançada em função de infração à legislação tributária de que resulta falta de pagamento de tributo, é débito decorrente de tributos e contribuições, estando a eles vinculada. Logo, as expressões “débitos decorrentes de tributos e contribuições” e “débitos de qualquer natureza”, utilizadas, respectivamente, nas Leis 9.430/1996 e 10.522/2002, incluem a multa de ofício.

Também tratam especificadamente do assunto, determinando a cobrança de juros sobre a multa, os pareceres MF/SRF/COSIT/COOPE/SENOG nº 28, de 1998 e PGFN/CAT nº 1834, de 2013:

Parecer MF/SRF/COSIT/COOPE/SENOG nº 28

3. (...). Assim, desde 01.01.97, as multas de ofício que não forem recolhidas dentro dos prazos legais previstos estão sujeitas à incidência de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de um por cento no mês de pagamento, desde que estejam associadas a:

a) fatos geradores ocorridos a partir de 01.01.97;

b) fatos geradores que tenham ocorrido até 31.12.94, se não tiverem sido objeto de pedido de parcelamento até 31.08.95.

Parecer PGFN/CAT nº 1834, de 2013

21. Por todo o exposto, respondendo à consulta apresentada pela Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região, por meio da Consulta Interna identificada pelo nº. 20138000CI00002, que veicula questionamentos a respeito da incidência de juros de mora sobre créditos tributários resultantes de multa de ofício aplicada pela RFB, referentes a fatos geradores ocorridos em 1995 e 1996, entendemos, salvo melhor juízo, que há incidência dos mencionados juros de mora sobre as multas de ofício, seja por aplicação do § 1º do artigo 161 do CTN, seja por determinação de norma legal específica, o que se resume nas seguintes situações:

a) para a hipótese de haver créditos ainda não inscritos em dívida ativa (sob administração da RFB), decorrentes de fatos geradores ocorridos em 1995 e 1996, em razão da ausência de lei específica, incidirá a norma geral prevista no § 1º do artigo 161 do CTN, aplicando-se o índice de 1% ao mês;

b) para os créditos inscritos em dívida ativa da União (sob administração da PGFN), aplica-se a taxa SELIC a partir de 31 de agosto de 1995, data de início da vigência do § 8º, inserido no artigo 84 da Lei nº. 8.981, de 1995, por determinação do artigo 16 da MP nº. 1.110, de 1995, objeto de sucessivas reedições e confirmado pelo artigo 17 da Lei nº. 10.522, de 2002; e

c) para os créditos inscritos em dívida ativa da União, referentes a fatos geradores ocorridos entre 1 de janeiro e 30 de agosto de 1995, por ausência de norma legal específica, aplica-se o índice de 1% ao mês, com base no § 1º do artigo 161 do CTN.

Também nesse sentido a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) e da 2ª Seção do Carf:

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. (Acórdão 9202-003.700)

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. Recurso da Fazenda Nacional Provido. Recurso da Contribuinte Improvido. (Nº Acórdão 9101-000.539)

JUROS SOBRE MULTA. A multa de ofício, segundo o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430/96, deverá incidir sobre o crédito tributário não pago, consistente na diferença entre o tributo devido e aquilo que fora recolhido. (Nº Acórdão 2202-002.731)

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE LEGAL Ao contrário do que entendeu o recorrente, a aplicação de juros sobre multa de ofício é aplicável na medida que esta faz parte do crédito apurado. O art. 161 do Código Tributário Nacional - CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o "crédito" a que se refere o caput do artigo. (Nº Acórdão 2401-003.810)

Conclusão

Voto, portanto, por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, reduzindo a multa qualificada ao percentual de 75% e mantendo o lançamento nas demais questões.

(assinado digitalmente)

João Bellini Júnior

Relator