



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

Processo nº 19515.000901/2011-91
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-003.767 – 2ª Turma
Sessão de 16 de fevereiro de 2016
Matéria IRPF - GANHO DE CAPITAL
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ANDRÉ SANTOS ESTEVES

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

ANO-CALENDÁRIO: 2006, 2009

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

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

**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 inadimplemento, 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 devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

**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 na hipótese de comprovada aplicação do disposto em normas complementares às leis. A alegada observação da Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, não possui o condão de afastar essa imposição, porque tal normativo não trata especificamente do caso discutido nos autos e, consequentemente, não pode dar suporte à interpretação do art. 135 do RIR/99.

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

Autenticado digitalmente em 23/03/2016 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Impresso em 12/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Recurso Especial do Contribuinte Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, Gerson Macedo Guerra e Maria Teresa Martinez Lopez que davam provimento parcial ao recurso para excluir os juros sobre a multa de ofício. Realizou sustentação oral: Representante da Fazenda Nacional, Dr. Moisés de Sousa Carvalho Pereira.

(Assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

(Assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

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

Relatório

Trata-se de Auto de Infração referente a crédito tributário do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF, apurado em relação à **omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa**, relativa aos anos-calendário 2006 e 2009, em face do contribuinte ANDRÉ SANTOS ESTEVES, no montante de R\$ 65.808.639,26 (sessenta e cinco milhões, oitocentos e oito mil, seiscentos e trinta e nove reais e vinte e seis centavos), sendo R\$ 23.981.525,24 referentes ao imposto, R\$ 35.972.287,86, à multa de ofício e R\$ 5.854.826,16, aos juros de mora (calculados até 28/02/2011).

De acordo com o termo de verificação fiscal (fls. 554 a 572), a fiscalização teve como objeto a análise da operação de alienação das ações do Banco Pactual S/A, CNPJ nº 30.306.294/0001-45, de propriedade do sócio ANDRÉ SANTOS ESTEVES, precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades holdings, que detinham todas as ações do Banco Pactual. Assim, descreveu o Auditor:

Após um complexo processo de reorganização societária, o contribuinte alienou à empresa UBS Brasil Participações Ltda a participação que possuía no Banco Pactual, representada por 261.404.905 (duzentas e sessenta e um milhões, quatrocentas e quatro mil, novecentas e cinco) ações ordinárias. Tal alienação resultou na apuração de um ganho de capital no valor aproximado de R\$ 800 milhões e de um imposto de renda pessoa física da ordem de R\$ 120 milhões, sendo R\$ 47,6 milhões no ano de 2006 e R\$ 72,4 milhões em 2009.

Afirma a autoridade lançadora que, antes de concluir a venda de sua participação no Banco Pactual S/A à UBS Brasil Participações Ltda, o contribuinte elevou indevidamente o custo de aquisição dessa participação, utilizando-se de sofisticados artifícios contábeis, engendrados através de diversos negócios societários, que, resumidamente, consistiram na elevação do capital em empresas investidoras, via equivalência patrimonial com as empresas investidas e a quase simultânea extinção das holdings que detinham participação societária no Banco Pactual, por meio de sucessivas incorporações reversas, culminando com a alienação das ações do Banco diretamente pelos acionistas pessoas físicas da instituição. Com isto, o contribuinte inflou artificialmente o custo das ações que pretendia vender, com o propósito de reduzir o montante de seu ganho de capital e conseqüentemente o valor do IR incidente sobre essa alienação.

De acordo ainda com o Termo de Verificação Fiscal, esse 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 pretendido pelo contribuinte de 273,07% no mesmo período. Em decorrência do procedimento adotado pelo recorrente, o aumento de capital da pessoa jurídica incorporada com os lucros de equivalência patrimonial auferidos no exercício em que ocorreu a incorporação (sem que estes restassem capitalizados ao fim do processo de reorganização societária)

possuiria a finalidade de inflar os lucros isentos. Com isso, o benefício fiscal de isenção seria, indevidamente, maior do que o de possível fruição.

Conclui, então, o fiscal autuante que a análise em conjunto de todas as operações que antecederam a alienação das ações representativas do capital social do Banco Pactual, realizadas entre o grupo Pactual e o contribuinte, evidenciam que este incorreu na prática de ato simulado, ao inflar artificialmente o custo de aquisição das ações, com capitalização cumulativa de valores derivados dos lucros apurados por equivalência patrimonial, nas operações de incorporações inversas, com o propósito de lesar terceiros, no caso a Fazenda Nacional, configurando-se a hipótese de incidência prevista no inciso I, do parágrafo primeiro, do art. 167 do Código Civil, combinado com seu parágrafo 2º.

Assim, para efeito da correta apuração do ganho de capital ocorrido na alienação da participação societária que o contribuinte possuía no Banco Pactual S/A, foi expurgado, para fins de cálculo de seu efetivo custo de aquisição, o efeito produzido pelas capitalizações de lucros e/ou reservas nas empresas Nova Pactual Participações e Pactual 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", realizada em 01/11/2006, no valor de R\$996.087.876,00.

Expurgando-se os acréscimos promovidos pelo contribuinte no custo de aquisição de suas ações, em razão das capitalizações, nos valores de R\$ 70.451.635,00 e R\$101.250.000,00, foi apurado o valor correto do custo de aquisição das ações alienadas, que somou R\$ 383.156.416,35 (R\$ 554.858.051,35 - R\$ 171.701.635,00).

Foi proferida decisão pela 3ª Turma de Julgamento da DRJ de São Paulo II, fls. 739 a 770, que manteve a autuação do IRPF nos anos calendários 2006 e 2009.

Inconformado o recorrente apresentou recurso voluntário, abaixo transcrito (é incluída transcrição de parte do acórdão recorrido):

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 de R\$ 70.451.635,00; 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, resultando em aumento do custo dos investimentos do impugnante de R\$101.250.000,00; iii) incorporação da Nova Pactual e Pactual Holdings por Pactual, sua controlada (incorporação reversa), e transferência ao impugnante, em substituição às suas participações no capital das incorporadas, 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\$ 229.598.265,00, correspondente à soma do custo dos investimentos em Nova Pactual e Pactual Holdings; 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;

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\$ 1.182.821.283,82, do qual uma parcela foi paga a vista, em 2006 (R\$ 469.745.189,71), e outra parcela, em 2009 (R\$ 713.076.094,11);

Dos R\$ 713.076.094,11 pagos em 2009, parte ocorreu em dinheiro (R\$ 541.937.831,52) e o restante (R\$ 171.138.262,59), em ações representativas de aumento de capital de BTG Pactual Participações II S.A.;

Após a implementação da reestruturação, o custo dos investimentos do impugnante no Banco Pactual passou a ser de R\$ 554.858.051,35, e, assim, a venda de suas ações gerou um ganho de capital no valor de R\$ 639.788.032,41 e a incidência de IRPF, que foi devidamente recolhido aos cofres públicos;[...]

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;

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; [...]

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

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;

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

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; [...]

Ddesde 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;

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

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;

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; [...]

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; [...]

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;

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

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.; [...]

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;

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

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”;

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;

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;

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. 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;

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;

Requer que seja julgado improcedente o auto de infração, com a consequente extinção do crédito tributário dele decorrente.

Em sessão plenária de 11/09/2014, foi concedido provimento parcial ao recurso voluntário para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%, prolatando-se o Acórdão nº 2201-002.530 (fls. 907 a 921), assim ementado:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA
IRPF*

Ano calendário: 2006, 2009

*GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE AÇÕES.
CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS REFLETIDOS
NAS HOLDINGS.*

MAJORAÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

Na incorporação societária é indevida a majoração do custo de aquisição na capitalização de lucros ou reservas de lucros apurados pela empresa investidora (operacional) refletidos nas investidas (holdings), apurados pelo Método de Equivalência Patrimonial, por se tratar dos mesmos lucros.

*MULTA QUALIFICADA. REQUISITOS. ASPECTO SUBJETIVO
DO INFRATOR. INTENSIDADE DOLOSA DO INFRATOR.
NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO.*

Diferente da multa de ofício de 75%, que é objetiva e decorre do tipo (lei), imposta com culpa ou dolo, na imposição da multa qualificada de 150% é necessário aferir o aspecto subjetivo do infrator, consistente na vontade livre e consciente, deliberada e premeditada de assumir o risco da sonegação. A imposição da multa qualificada exige, assim, a comprovação da intensidade dolosa do infrator. Mero erro na interpretação da lei não implica dolo.

*LANÇAMENTO DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE
MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.*

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.

Foi dada ciência à PGFN, que interpôs Recurso Especial fls. 923 a 931. Conforme despacho fls, 1082 a 1086, não foi dado seguimento ao recurso interposto pela ausência de similitude fática entre as situações apreciadas nos acórdãos recorrido e paradigma.

Devidamente cientificado da decisão proferida, o contribuinte interpôs Recurso Especial, fls. 941 a 1057. De acordo com o recorrente, o Acórdão teria divergido em relação à forma de apuração do custo de aquisição a ser considerado no cálculo do ganho de capital na operação de alienação da participação societária no Banco Pactual S/A, comparativamente ao decidido no Acórdão CARF nº 2102-01.938, prolatado pela 2ª. Turma Ordinária da 1ª Câmara da 2ª Seção, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Anocalendario:2006

IRPF. GANHO DE CAPITAL. INEXISTÊNCIA DE SIMULAÇÃO.

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

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

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

Por sua vez, em relação aos juros sobre multa de ofício, foram apresentados os paradigmas: Acórdãos CSRF 02-03.133 e 1802-00.981.

Acórdão paradigma CSRF 02-03.133

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL — COFINS

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/12/2003

COFINS. DECADÊNCIA.

Nos casos de lançamento por homologação em que há a antecipação do pagamento, aplica-se o artigo 150 §4º do

CTN, contando-se o prazo de 5 anos da ocorrência do fato gerador.

NORMAS PROCESSUAIS.

Em respeito ao princípio da economia processual, se determinada questão é afeta diretamente ao processo administrativo fiscal em curso, deve ser conhecida e enfrentada de pronto. Desnecessário se aguardar outro momento futuro para fazê-lo.

ATUALIZAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE. FATOS GERADORES A PARTIR DE 1º/01/97.

Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa de ofício aplicada.

Recurso Especial do Contribuinte Provido.” (destaques do Recorrente)

O recurso especial foi regularmente admitido, em relação às duas matérias suscitadas: (a) forma de apuração do custo de aquisição a ser considerado no cálculo do ganho de capital e (b) juros de mora sobre a multa de ofício, conforme despacho de fls. 1092 a 1096.

No que concerne às alegações de mérito no Recurso Especial, o Contribuinte repisa os argumentos apresentados em seu recurso voluntário, porém ressalta que, pelas autuações, não haveria divergência pela fiscalização quanto ao fato de o custo dos investimentos dos acionistas não poder ser realizado como feito. Destaca que a forma da quantificação do ganho de capital tem variado de uma fiscalização para outra, mostrando a precariedade dos argumentos utilizados pela RFB ao promover os lançamentos. Essa diversidade de critérios na quantificação do ganho de capital dos acionistas evidenciaria que o lançamento se baseou exclusivamente no efeito econômico gerado pela reestruturação, e não na lei, violando o princípio da legalidade

Por fim, requer que fosse reformado o Acórdão Recorrido e cancelado o auto de infração. Subsidiariamente, requer que fossem canceladas as multas e juros de mora, com base no art. 100, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, tendo em vista a observância plena, pelo recorrente, da Instrução Normativa SRF 84/2001.

Relativamente ao Recurso Especial interposto pelo contribuinte, a Fazenda Nacional ofereceu contrarrazões, fls. 1102 a 1111, onde sinteticamente requer que seja negado provimento ao Recurso Especial do contribuinte, argumentando:

Primeiramente, importante transcrever o art. 135 do RIR/99, que dispõe sobre os efeitos do aumento de capital social por meio da utilização de dividendos não repassados aos sócios:

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

Conforme preceitua o dispositivo acima transcrito, se houver aumento de capital social com a utilização de lucros ou reservas

de lucros, o custo de aquisição das quotas ou ações da pessoa jurídica sofrerá o reflexo dessa operação. Assim, o custo de aquisição das ações ou quotas passará a ser integrado pelos lucros que forem consumidos na capitalização da empresa.

*A equivocada interpretação adotada pelo contribuinte teve como resultado prático a utilização sucessivas vezes de um único lucro, mesmo não havendo suporte econômico para tanto. Em outras palavras, o **contribuinte capitalizou uma empresa com um lucro ou reserva de capital que já foi utilizado**. Isso somente ocorreu, repita-se, porque o recorrente tratou de forma autônoma o patrimônio das controladoras e das controladas mesmo havendo, é bom frisar, a apuração de lucros por equivalência patrimonial. Pensar dessa forma é totalmente ilógico e incoerente com o próprio método da equivalência patrimonial.*

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

Não há dúvidas, segundo a dicção do art. 161 do CTN, do acréscimo de juros de mora sobre o crédito não adimplido no vencimento. Uma simples análise sistemática dos arts. 113, 139 e 161 do CTN revela que a multa de ofício (penalidade pecuniária), por integrar o crédito tributário, recebe igualmente o acréscimo moratório de juros.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO CONTRIBUINTE

Pressupostos de Admissibilidade

O Recurso Especial interposto pelo contribuinte é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, conforme despacho de Admissibilidade, fls. 1092 a 1096. Não havendo qualquer questionamento acerca do conhecimento, concordo com os termos do despacho proferido e passo ao mérito da questão.

Do mérito

I - Interpretação da legislação aplicável ao caso de capitalização de lucros de uma pessoa jurídica, bem como a forma de apuração do custo de aquisição a ser considerado no cálculo do ganho de capital, relativamente à operação de alienação da participação societária do Contribuinte no Banco Pactual S/A a empresa do Grupo UBS.

Considerando os diversos fatos narrados pela autoridade fiscal, a vasta argumentação trazida tanto pelo recorrente como pela procuradoria da Fazenda Nacional, podemos identificar que não se trata de matéria simples, exigindo-se estudo detalhado.

Embora a referida matéria seja complexa, já foi objeto de debates intensos neste Colegiado, com sustentações das partes e discussões que muito corroboraram a decisão já proclamada em outros processos, envolvendo fatos semelhantes.

É neste ponto que peço licença ao ilustre conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, relator do Processo 12448.736152/2011-35, Acórdão nº 9202-003.700, julgado em 27 de janeiro de 2016, para adotar seu voto como fundamento para o presente julgamento. Considero que o relator conseguiu brilhantemente demonstrar, no trecho abaixo transcrito – que adoto como razão para decidir –, a interpretação adequada do art. 135 do RIR, que vai no sentido contrário ao defendido pelo contribuinte, ora recorrente.

"O cerne da questão é identificar se a legislação aplicável no caso de capitalização de lucros de uma pessoa jurídica, no tocante à atualização do custo de aquisição das participações societárias mantidas pelos proprietários dessa pessoa jurídica, bem como a Pela complexidade do tema, dividirei meu voto em quatro partes, a saber: (a.I) a delimitação do problema a ser enfrentado, (a.II) a interpretação correta da legislação aplicável, (a.III) a aplicação da legislação ao caso dos autos e (a.IV) conclusão.

a.I – Delimitação do Problema

Vejamos 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.

Conseqüentemente, 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

aufer 100 reais de lucro e (c) a venda dessa participação societária por mil e 500 reais. Mas apenas pela interposição de uma holding na estrutura societária do grupo econômico, o ganho de capital ficaria reduzido. E o pior, se – ao invés de uma holding – existissem duas ou mais, o ganho de capital seria mais reduzido ainda.

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

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

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

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

a.II - Interpretação da Legislação

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

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

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

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

- com influência 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 n.ºs 1.790/80, art. 1.º, 2.065/83, art. 1.º, I, a, e 2.303/86, art. 7.º 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 ...

§ 2.º O custo é considerado igual a zero (Lei n.º 7.713/88, art. 16, § 4.º):

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

...

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

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

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

A seguir, encontra-se reproduzido o caput do art. 10 da Lei n.º 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);

Nesse ponto, convém retratar a aplicação do voto do ilustre Dr. Luiz Eduardo de Oliveira Santos, ao caso ora em análise, já que em relação a cada um dos sócios procedeu a fiscalização o levantamento das diferenças entre os valores declarados como ganho de capital para fins de cálculo do imposto devido, comparando-os com o valor real do ganho excluídas as capitalizações realizadas em cadeia. Senão vejamos:

A autoridade fiscal, insurgindo-se contra a sequência de capitalizações efetuadas pelo contribuinte, achou por bem arbitrar em R\$ 383.156.416,35 o valor do custo das ações do atuado, fls. 556 e seguintes.

Importante descrever que 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, no valor de R\$ 70.451.635,00 e; PACTUAL HOLDING R\$ 101.250.000,00 .

Porém, de acordo com a interpretação já apresentada pelo conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, no Processo 12448.736152/2011-35, entende-se que no que diz respeito aos aumentos de custo decorrentes das capitalizações ocorridas na "Participações - NOVA PACTUAL, R\$ 70.451.635,00; Holding - PACTUAL HOLDING R\$ 101.250.000,00 e na PACTUAL S/A R\$ 229.598.265,00 (vide termo de Verificação fiscal, fls. 03 a 17), todas deveriam ter sido glosados. Isso porque o lucro da pessoa jurídica operacional (ou seja, o lucro efetivamente auferido pelo BANCO PACTUAL) continuou mantido em seu patrimônio líquido, após as incorporações reversas, e consequentemente permaneceu passível de distribuição isenta aos adquirentes, ou terceiros (até mesmos os próprios alienantes), conforme acordo entre as partes.

Nesse sentido, concluiu no referido processo, que trata das mesmas questões aqui expostas, que 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 no ano-calendário de 2006 não podem ter qualquer efeito no custo da participação alienada.

Verifico, ainda, a propósito a partir do valor concedido pela fiscalização (R\$ R\$ 383.156.416,35) que, uma vez sendo glosadas as duas capitalizações ocorridas em 2006,

aplicando-se assim o procedimento defendido pelo Conselheiro Luiz Eduardo no voto transcrito, o valor do tributo devido seria maior do que o originalmente lançado, uma vez que se atingiria um montante de custo a ser concedido de aproximadamente R\$ 153,57 milhões, conforme a seguir apurado:

()	Custo considerado pelo autuado - por ele informado	554,86
(-)	Aumento de custo pela 1a capitalização Participações - fl. 3	70,45
	Aumento de custo pela 1a capitalização Holding - fl. 4	101,25
(-)	Aumento de custo pela 2a capitalização - pactual - fl. 5	229,60
(=)	Custo original - a ser aceito conforme procedimento do conselheiro	153,57

Obs.: Informações extraídas do Termo de Verificação Fiscal (apresentadas em R\$ milhões)

Repara-se que o valor acima calculado é muito inferior ao referido montante de R\$ 383.156.416,35, considerado como custo na apuração do ganho de capital pela autoridade autuante, o que torna despropositado buscar qualquer ajuste nesse valor.

Quanto à alegação de erro na base de cálculo pela fiscalização ter aplicado critérios distintos, entendo que o voto do conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos bem esclarece a forma que o cálculo deveria ser realizado. Apesar de a adotada pela fiscalização ter beneficiado o contribuinte, de forma alguma desnaturou o lançamento. A autoridade fiscal identificou a base de cálculo, conforme o valor de cotas apontadas pelo próprio recorrente em sua declaração de ajuste anual, e compensou o valor tempestivamente recolhido pelo sujeito passivo.

Aliás, quanto a possíveis alegações de alteração do critério jurídico, também bem colocou o Dr. Luiz Eduardo na sequência de seu voto, que novamente transcrevo como razões de decidir:

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.

Cumpra 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.

[...]

a.IV – Conclusão

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

Autenticado digitalmente em 23/03/2016 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Impresso em 12/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

Assim, concluindo, verifica-se que o recorrente aumentou o custo de aquisição de sua participação, por meio de artifícios contábeis que tiveram como única origem o lucro obtido pelo Banco Pactual S/A. Houve o aumento do custo de aquisição pelo efeito multiplicativo dos resultados do Banco Pactual, evidenciando, dessa feita, a elevação artificial do custo de alienação das ações. De fato, a mesma riqueza representou aumento do custo de aquisição mais de uma vez, reduzindo o ganho de capital e, por consequência, o pagamento do imposto de renda.

Cito aqui conclusão do ilustre conselheiro Eduardo Farah, no Acórdão nº 2201-002.638, que resume, com propriedade, a solução para o caso em tela: *"Conclui-se, pois, que o recorrente majorou artificialmente o 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, em nítida inobservância da primazia da essência sobre a forma, já que seu propósito era de fato reduzir o montante de seu ganho de capital e consequente imposto incidente sobre essa alienação. Essa premissa fica mais evidente quando se constata que os aumentos de capital tiveram origem em um único fato econômico, o lucro obtido pelo Banco Pactual S/A, sendo que os demais aumentos de custo foram destituídos de qualquer amparo material e econômico."*

Pelo exposto, não há reparo na decisão recorrida, neste ponto, devendo ser expurgados os efeitos das seguidas capitalizações nas participações, tendo em vista que a operação implicaria capitalização duplicada sem fundamentação econômica.

Assim, não há razão ao contribuinte, ora recorrente.

Quanto ao cancelamento da multas e juros de mora, com base no art. 100, parágrafo único, do Código Tributário Nacional

Em relação a não aplicação de penalidade e juros de mora, novamente, adoto o entendimento já explicitado no acórdão referido acima, que assim, apreciou a questão: *"que 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."*

Dessa forma, também nego provimento ao recurso especial do contribuinte, nesta parte.

II - Juros sobre multa de ofício

Alega o contribuinte que seria ilegal a cobrança de juros sobre a multa de ofício. Diferentemente, entendo que não lhe assiste razão, conforme decidido no acórdão recorrido.

Ao contrário do que entende o recorrente, a aplicação de juros sobre multa de ofício é devida, na medida em que a penalidade compõe o crédito apurado. De acordo com o art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN é autorizada a exigência de juros de mora sobre

a multa de ofício. Fazendo parte do crédito juntamente com o tributo, devem ser aplicados à multa os mesmos procedimentos e critérios de cobrança.

Nesse sentido, já se manifestou esta Câmara, em outras oportunidades, como no processo 10.768.010559/2001-19, Acórdão 9202-01.806 de 24 de outubro de 2011, cuja ementa transcrevo a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Ano calendário: 1997

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 Recurso especial negado.

É legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC.

Precedentes do Tribunal Regional da 4ª Região.

Recurso Especial Negado.

A matéria sob exame pode ser dividida em duas questões, que se completam.

A primeira, diz respeito à própria possibilidade genérica da incidência de juros sobre a multa, e centra-se na interpretação do artigo 161 do CTN; a segunda questão envolve a discussão sobre a existência ou não de previsão legal para a exigência de juros sobre a multa, cobrados com base na taxa Selic.

Sobre a incidência de juros de mora o citado art. 161 do CTN prevê o seguinte:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

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

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

Inicialmente entendo que 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.

Ou seja, tanto a multa como o tributo compõem o crédito tributário, devendo-lhes ser aplicado os mesmos procedimentos e os mesmos critérios de cobrança, devendo, portanto, sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento.

Ademais, não haveria porque o valor da multa permanecer congelado no tempo.

Por seu turno o § 1.º do art. 161 do CTN, ao prever os juros moratórios incidentes sobre os créditos não satisfeitos no

vencimento, estipula taxa de 1% ao mês, não dispondo a lei de modo diverso. Abriu, dessa forma, possibilidade ao legislador ordinário tratar da matéria, o que introduz a segunda questão: a da existência ou não de lei prevendo a incidência de juros sobre a multa de ofício com base na taxa Selic.

O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa. Confira-se *in verbis*:

"Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento." (grifei)

Esse entendimento se coaduna com a Súmula nº 45 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que já previa a correção monetária da multa:

"As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária."

Considerando a natureza híbrida da taxa SELIC, representando tanto taxa de juros reais quanto de correção monetária, justifica-se a sua aplicação sobre a multa.

Precedentes do Tribunal Regional da 4ª Região:

"TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. REPETIÇÃO. JUROS SOBRE A MULTA. POSSIBILIDADE. ART. 113, § 3º, CTN. LEI Nº 9.430/96. PREVISÃO LEGAL.

1. Por força do artigo 113, § 3º, do CTN, tanto à multa quanto ao tributo são aplicáveis os mesmos procedimentos e critérios de cobrança. E não poderia ser diferente, porquanto ambos compõem o crédito tributário e devem sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento. Não haveria porque o valor relativo à multa permanecer congelado no tempo. 2. O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa, que pode, inclusive, ser lançada isoladamente. 3.

Segundo o Enunciado nº 45 da Súmula do extinto TFR "As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária." 4. Considerando a natureza híbrida da taxa SELIC, representando tanto taxa de juros reais quanto de correção monetária, justifica-se a sua aplicação sobre a multa."

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005.72.01.0000311/ SC, Relator: Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares)

"TRIBUTÁRIO. ART. 43 DA LEI 9.430/96. MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS.

LEGITIMIDADE.

1. É legítima a exigência fiscal consistente na incidência de juros moratórios sobre multa de ofício aplicada ao contribuinte.

Inteligência do artigo 43 da Lei 9.430/96 c/c art. 113, § 3, do CTN.

2. Improvida a apelação.”

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.70.00.0263869/ PR, Relator: Juiz Federal Décio José da Silva).

Destarte, entendo que é legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC.

Conforme descrito acima, os juros de mora sobre a multa são devidos em função do § 3º do art. 113 do CTN, pois tanto a multa quanto o tributo compõe o crédito tributário. Esse entendimento encontra precedentes da 2ª Turma da CSRF: Acórdão nº 920201.806 e Acórdão nº 920201.991.

Destaca-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a legalidade dos juros de mora sobre a multa de ofício (AgRg no REsp 1.1335.688/PR; REsp 1.129.990PR; REsp 834.681MG).

Entendo aplicável a incidência de juros sobre a multa de ofício, adotando os precedentes citados como fundamento para decidir.

CONCLUSÃO

Face o exposto, voto por conhecer do RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE, para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.