



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

Processo n° 19515.720668/2011-66
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9202-005.621 – 2ª Turma
Sessão de 25 de julho de 2017
Matéria 10.604.4160 - IRPF - GANHO DE CAPITAL - INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.
10.604.4167 - ACRÉSCIMOS LEGAIS/JUROS DE MORA - JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.
Recorrente MARIO CUNHA CAMPOS
Interessado PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

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

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

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, seguida de incorporação reversa e nova capitalização, em inobservância da correta interpretação a ser dada ao art. 135 do Decreto n° 3.000, de 1999, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(Assinado digitalmente)

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

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

Relatório

Trata o presente processo de auto de infração AI - de exigência de Imposto de Renda Pessoa Física, às e-fls. 389 a 397, cientificado ao contribuinte em 30/07/2011 (e-fl. 398).

O lançamento visou à constituição de créditos devido à omissão dos ganhos de capital auferidos na alienação de ações não negociadas em bolsa, conforme consta no termo de verificação fiscal - TVF às e-fls. 327 a 344, re-ratificado pelo TVF às e-fls. 366 a 388.

Em resumo, de acordo com o TVF, 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 através de artifícios contábeis, 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, subtraía parte do ganho de capital que ocorreria na alienação. Entretanto, os aumentos de capital promovidos pelo Sr. Mario Cunha Campos e utilizados como justificativa para esses aumentos de custo tiveram por gênese um único fato econômico: o lucro obtido pelo Banco Pactual S/A, os demais aumentos de custo foram efetuados destituídos de qualquer amparo material e econômico. Pretendeu-se, aumentar o custo do Banco Pactual não através de recursos, mas através de reflexos/imagens de recursos

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

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

Foram expurgados parcialmente os aumentos de custo e o custo de aquisição das ações alienadas pertencentes ao contribuinte foi apurado pela Fiscalização em R\$ 9.276.561,50.

O crédito lançado, em decorrência da glosa dos custos das ações, atingiu o montante de R\$ 2.819.520,55, já calculado com multa de ofício e juros de mora até 30/06/2011, para os fatos geradores ocorridos em 31/12/2006 e 30/09/2009.

O auto de infração foi impugnado, às e-fls. 401 a 440, em 22/08/2011. Já a 5ª Turma da DRJ/SP2, no acórdão nº 17-57.009, prolatado em 27/01/2012, às e-fls. 577 a 607, considerou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Inconformado, em 02/03/2012, o contribuinte, interpôs recurso voluntário - RV, às e-fls. 616 a 663, repisando argumentos da impugnação, conforme abaixo:

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

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

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

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

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

6. havia algumas opções para a realização do negócio diretamente pelos acionistas, tendo sido a opção pela incorporação reversa das holdings pelo Banco Pactual a

mais conveniente do ponto de vista prático, operacional, negocial e fiscal; desde que o art. 8º da Lei 9.532, de 1997, definiu os efeitos fiscais das incorporações inversas, as incorporações de holdings têm sido a primeira opção para a eliminação de empresas cuja existência se torna desnecessária; a rapidez com que as holdings foram eliminadas demonstra a eficiência da opção adotada pelos acionistas;

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

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

9. a incorporadora recebe um conjunto patrimonial e paga aos acionistas da incorporada por esse, em ações representativas do aumento de seu capital; não se apuram resultados na substituição de ações da incorporada por ações da incorporadora e, por essa razão, as ações da incorporadora recebidas pelos acionistas da incorporada tem o mesmo custo de seus investimentos na incorporada, declarados extintos na incorporação;

10. 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;

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

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

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

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

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

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

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

18. 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, Com esse procedimento, a participação indireta

do Impugnante no Banco subiu de 0,30% (0,38% de 78,18%) para 0,65% (0,83% de 78,18%), o que é comprovado pela 4ª alteração contratual da Nova Pactual datada de 13/10/2006; naquela oportunidade, o capital da Nova Pactual foi aumentado em R\$ 686.000.000,00, mediante a conversão de créditos detidos por seus quotistas, decorrentes do direito ao recebimento de lucros e a capitalização dos referidos lucros gerou significativa alteração nos percentuais de participações dos acionistas no capital da referida empresa;

19. as capitalizações de lucros verificadas antes das incorporações não representaram mero artifício para elevação do custo dos investimentos dos acionistas, pois (i) essa elevação ocorreria independentemente da capitalização prévia dos lucros e, no caso concreto, (ii) era essencial à adequada distribuição dos lucros da Nova Pactual;

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

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

22. em se tratando da alienação de quotas ou ações e sendo o alienante pessoa física, o custo de aquisição corresponde ao custo original do investimento acrescido do montante dos lucros e reservas de lucros capitalizados, nos termos do § 1º do art. 130 e do art. 135 do RIR;

23. a legislação em vigor prevê que a capitalização de lucros gera acréscimo e custo para os acionistas pessoas físicas, sem cogitar da natureza do lucro; o ajuste do custo de seus investimentos decorre da aplicação da lei, e não há como rejeitá-lo;

24. a fiscalização limitase a alegar que houve uma interpretação incorreta do art. 135 do RIR por sua parte; isso evidencia que, na verdade, o auto de infração baseiase no inconformismo da fiscalização quanto às consequências da aplicação da lei no caso concreto;

25. as distorções apresentadas através dos quadros demonstrativos do TVF decorrem do texto da lei; de certa forma, a própria fiscalização reconhece esse fato, quando, para demonstrar a distorção, apresenta exemplos elaborados rigorosamente a partir da aplicação da lei;

26. os ganhos de equivalência patrimonial integram o resultado do exercício da investidora e, conforme estabelece o §6º do art. 202 da LSA, os lucros do exercício devem ser integralmente

distribuídos, ressalvada a possibilidade de serem retidos, nos termos dos arts. 93 a 197 da mesma lei;

27. a opção de eliminarem-se holdings mediante incorporações reversas era o caminho lógico, natural e admitido por lei para viabilizar a venda das ações do Banco Pactual pelos acionistas e o aumento do custo das ações do contribuinte foi mera consequência da adoção dessa opção, legítima e essencial à realização do negócio;

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

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

30. o montante dos lucros capitalizados soma-se ao custo dos investimentos a que correspondem, ainda que eles tenham sido reconhecidos em razão da aplicação do MEP; assim, após a incorporação da Nova Pactual pela Pactual ocorreu um aumento de capital dessa última, que lhe proporcionou acréscimo de custo no montante de R\$6.474.568,00, sendo que o auto de infração desconsidera o acréscimo de custo decorrente do segundo aumento de capital, ou seja, o de menor valor;

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

32. 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; 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;

33. a alienação do Banco Pactual foi celebrada entre seus proprietários e a 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; 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; 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;

34. 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;

35. 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;

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

37. 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;

38. 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";

39. 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;

40. 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.

Além dos argumentos da impugnação, acresceu ainda:

(a) a decisão recorrida é totalmente equivocada e não contém argumento jurídico que justifique a manutenção do auto de infração;

(b) há quem sustente que os atos jurídicos em geral são lícitos quando praticados de acordo com a lei; há, também, quem sustente ser esse fato necessário, mas insuficiente para assegurar a legitimidade dos atos assim praticados; essa é a linha adotada na decisão recorrida, para a qual (i) a licitude ou ilicitude dos negócios realizados pelos contribuintes é decisiva para distinguir as elisões das evasões; (ii) os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real devem ter seus efeitos rejeitados pelo fisco; (iii) além de analisar a licitude do negócio

jurídico, há que se perquirir a sua racionalidade e seu propósito negocial; (iv) as incorporações são propícias a planejamentos fiscais; (v) há, na reestruturação societária em questão, figuras clássicas de planejamento fiscal; (vi) a reestruturação se enquadraria no que Marco Aurélio Greco qualifica de "Operações Preocupantes"; (vii) nas reorganizações societárias, há que se analisar o conjunto de atos e não apenas cada um deles, isoladamente; (viii) a reestruturação foi levada a efeito mediante operações padronizadas: incorporações reversas e aumentos de capital; (ix) os acréscimos de custo tiveram como origem um único fato econômico; e (x) a reestruturação foi premeditada; e (xi) não se justificam os aumentos de capital e incorporações reversas, pois a venda do Banco Pactual já estava acertada;

(c) foram analisadas todas as variantes capazes de viabilizar a venda do Banco pelos acionistas, condição essencial para que eles assumissem compromissos pessoais com a UBS Brasil e respondessem pelos seus descumprimentos; foi demonstrado que as incorporações reversas eram as operações mais adequadas para se atingir esse objetivo; o auto não questiona a legitimidade das incorporações inversas, pois aceita seus efeitos, exceto no que concerne a uma parcela do acréscimo do custo dos investimentos do recorrente no Banco, surgido na reestruturação;

(d) a capitalização prévia dos lucros das empresas incorporadas ocorreria necessariamente no processo de incorporação e que, no caso concreto, a distribuição/capitalização dos referidos lucros ocorria em bases desproporcionais, razão pela qual fazia-se necessária uma deliberação prévia e específica sobre a matéria;

(e) não se sustenta a alegação de que as incorporações reversas e aumentos de capital praticados pelos acionistas visavam exclusiva ou predominantemente a propiciar a economia fiscal, que o auto considera ilegítima;

(f) não cabem, com relação à reestruturação, as restrições que se baseiam no pressuposto inverídico da ausência de motivação real para as incorporações inversas e aumentos de capital, atos que consubstanciaram a reestruturação;

(g) outras restrições apenas identificam situações suspeitas, mas não ilegais nem necessariamente indicativas de planejamentos fiscais irregulares; as suspeitas desaparecem na medida em que os atos que consubstanciaram a reestruturação têm objetivos claros e não contestados na decisão, que não o de aumentar indevidamente o custo de seus investimentos; a reestruturação, por seus atributos, seria levada a efeito nos seus exatos termos, ainda que dela não resultasse o acréscimo de custo de seus investimentos;

(h) para que um ato – ou um conjunto de atos – seja irregular, é necessário que tenham sido praticados sem observância da lei ou que contenham algum vício que justifique a desconsideração

de seus efeitos; quando isso não ocorre, não há como se rejeitar as consequências que dele derivam;

(i) jamais negou que o resultado da reestruturação lhe foi favorável, em termos fiscais, ou a qualidade e a exatidão dos exemplos apresentados no TVF para demonstrar que um mesmo fato econômico (os lucros do Banco) havia sido aproveitado mais de uma vez para aumentar o custo de seus investimentos;

(j) não obstante, demonstrou que o custo de seus investimentos no Banco, utilizados para efeitos de definição do ganho de capital auferido na venda de suas ações, foi definido rigorosamente de acordo com a legislação em vigor; apontando situações outras em que o art. 135 do RIR gerava distorções por não dar um tratamento adequado aos ganhos de MEP; a despeito de as consequências fiscais delas resultantes não serem lógicas, teriam elas que ser aceitas, por derivarem da lei;

(l) a venda do Banco já estava acertada com UBS Brasil, e o negócio previa que a venda fosse levada a efeito pelos acionistas, na medida em que eles assumiram compromissos pessoais com UBS Brasil; a reestruturação nada mais representou do que a execução do negócio acertado com UBS Brasil e o aumento de capital cuja realização a decisão considera ilógica tinha toda sua lógica e razão de ser;

(m) os acionistas principais do Banco, que detinham o seu controle indireto – André Esteves e Gilberto Sayão da Silva – tiveram, com a reestruturação, seus percentuais de participação na Nova Pactual reduzidos (de 22,21% e 20,2% para 15,5% e 13,1%, respectivamente), comprovado pelo confronto da 3ª com a 4ª alteração contratual, o que fez com que recebessem menos ações do Banco por ocasião da incorporação das holdings, e, conseqüentemente, vendessem menos ações do Banco à UBS Brasil; estima-se a perda conjunta desses acionistas em mais de R\$500.000.000,00, já desconsiderados os efeitos fiscais do aumento do custos de suas ações do Banco, decorrente da capitalização dos lucros da Nova Pactual, o que evidencia que a capitalização de lucros teve objetivos outros, que não fiscais;

(n) a decisão é desfavorável ao recorrente sem apresentar nenhum elemento novo nem contestar sequer um dos argumentos apresentados na impugnação para demonstrar a lógica e os efeitos fiscais da reestruturação, evidenciando o inconformismo da RFB com os resultados fiscais da reestruturação em razão de motivos de natureza exclusivamente econômica;

(o) a decisão deixa de atentar para o fato de que o recorrente participava (i) de forma direta do capital social da Nova Pactual e, (ii) de forma indireta, do capital da Pactual; os efeitos da capitalização dos lucros de Pactual não foram contestados pelo auto; assim, o que está em discussão é apenas o acréscimo do custo de investimentos resultante da capitalização de lucros de empresa na qual pessoas físicas detêm participação direta; não cabe ao Carf, no julgamento do recurso, corrigir o auto, alterando o critério por ele adotado na quantificação do imposto, mas tão-somente julgar sua procedência;

(p) esses acréscimos de custo – rejeitados pelo fisco – independem da realização de incorporações inversas; simples deliberação dos sócios no sentido da distribuição/capitalização de seus lucros bastaria para que houvesse a elevação dos custos dos investimentos do recorrente; ou seja, a incorporação reversa de Nova Pactual por Pactual viabilizou o acréscimo de custo resultante da capitalização de lucros de Pactual, mas isso não está em discussão;

(q) portanto, o que está em causa é saber se, à luz do art. 135 do RIR, a distribuição/capitalização de lucros decorrentes da aplicação do MEP, existentes em empresa de cujo capital participem – de forma direta – pessoas físicas, é operação apta a elevar o custo de seus investimentos;

(r) não houve simulação, pois a reestruturação foi realizada às claras, aprovada pelo Banco Central do Brasil e motivada pelos fatos exaustivamente expostos na impugnação e no recurso voluntário.

O recurso voluntário foi apreciado, em 15/02/2016, pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento, resultando no acórdão nº 2301-004.475, às e-fls. 701 a 735, que teve as seguintes ementas:

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 conseqüente apuração de ganho de capital. O lucro que é tributado, e, por decorrência, pode ser objeto de benefícios fiscais, como isenção ou majoração do custo de aquisição de ações é o lucro fiscal, e não o lucro societário.

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

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

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

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

O acórdão teve o seguinte teor:

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

Recurso especial da Fazenda

Intimada (e-fl. 736) do acórdão supra transcrito, em 04/03/2016, a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs recurso especial de divergência às e-ls. 737 a 756, em 05/04/2016. O Presidente da 3ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento negou seguimento ao recurso especial por entender inexistir similitude fática entre o acórdão recorrido e aquele apresentado como paradigma, não estando tendidos os pressupostos de admissibilidade previstos nos arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 343 de 09/06/2015.

Em 03/01/2017, a Procuradora da Fazenda Nacional tomou ciência do despacho supra, sem que tenha agravo no prazo regimental.

Recurso especial do contribuinte

Ciente do acórdão em 10/01/2017 (e-fl. 777), o contribuinte interpôs recurso especial de divergência, em 18/01/2017, às e-fls. 786 a 849.

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

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

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

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

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

Já quanto a segunda, incidência de juros de mora sobre as multas de ofício, para situação semelhante, não foi admitida pelos acórdãos paradigmas nº 2202-002.259 e nº 101-96.008.

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

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

O recurso especial interposto pelo contribuinte foi apreciado pelo Presidente da 3ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento do CARF, nos termos dos arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 343 de 09/06/2015, por meio do despacho de e-fls. 936 a 943, em 17/04/2017. O despacho deu seguimento ao recurso para que sejam apreciadas ambas as matérias, em face da efetiva demonstração das divergências.

Contrarrazões da Fazenda

A Procuradoria da Fazenda Nacional teve ciência do recurso especial do contribuinte e do despacho de admissibilidade do recurso especial, em 20/04/2017 (e-fl. 944), apresentando contrarrazões em 24/04/2017, às e-fls. 945 a 972.

Em seu arrazoado, a Procuradora apresenta diversos acórdãos desta 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, todos com posicionamento contrários ao da contribuinte, para ambas as matérias arguídas. Por isso, afirma inexistir divergência atual para fundamentar o recurso especial de divergência, por isso não haveria o que pacificar nas duas matérias recorridas.

Além disso, informa que o próprio acórdão paradigma nº 2202-002.259, apresentado pelo contribuinte, fora reformado, em sessão de julgamento ocorrida em fevereiro de 2017, pelo acórdão nº 9202-005.235 e, nesse sentido, o próprio recurso especial manejado pelo contribuinte não mereceria sequer ser conhecido na matéria a que se refere.

Caso seja admitido o recurso especial de divergência, repisa argumentação já expendida tanto no TVF quanto nas fundamentações dos votos que mantiveram a autuação, para que se mantenha o acórdão *a quo*.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

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

De início, cumpre destacar que apesar de haver diversas decisões recentes desta Turma que mantém os acórdãos em relação às matérias recorridas isso, diferentemente do que pretendeu a representante da Fazenda em suas contrarrazões, não impede o conhecimento do recurso especial de divergência quando existe algum paradigma que cumpra os requisitos regimentais para seu seguimento.

Já o argumento que seria relevante, seria a reforma do acórdão paradigma apresentado com relação à artificial aumento dos custos na alienação em testilha. Contudo, nisso também a sorte não assiste à Procuradora. O § 15 do art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 343 de 09/06/2015 dispõe:

§ 15. Não servirá como paradigma o acórdão que, na data da interposição do recurso, tenha sido reformado na matéria que aproveitaria ao recorrente. (Incluído pela Portaria MF nº 39, de 2016)

(Grifei)

Ocorre que o recurso especial do contribuinte foi interposto em 18/01/2017, já o acórdão que o reformou foi julgado na sessão de 22/02/2017, com publicação apenas em 15/05/2017, conforme se pode observar em pesquisa de acórdão no sítio do CARF. Logo, na data da interposição do recurso, o acórdão paradigma cumpria também esse requisito para sua admissibilidade.

Utrapassados os óbices levantados pela Procuradoria da Fazenda Nacional, para apreciação do recurso especial de divergência, adotarei aqui as razões de decidir por mim apresentadas na relatoria do acórdão nº 9202-003.699, que abordava a mesma operação, com alienação de ações de emissão do Banco Pactual para a UBS por outro contribuinte.

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

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

a.I – Delimitação do Problema

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.b)

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

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

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

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

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

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

- em seguida, com a pessoa jurídica operacional auferindo lucros de R\$ 100,00, a Holding (por equivalência patrimonial) iria refletir esse lucro no valor de sua participação societária, o que resultaria no reconhecimento de lucros, também no valor de R\$ 100,00;

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

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

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

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

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

a.II Interpretação da Legislação

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

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

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

- de início todos os investimentos (inclusive de empresas controladas) eram registrados pelo custo e os respectivos lucros somente eram reconhecidos quando da

distribuição de lucros ou dividendos, já no caso de prejuízos, no máximo era aceito o reconhecimento de uma provisão para perdas no investimento;

- com influência anglosaxã, surgiu a figura da consolidação de balanços e, conseqüentemente, 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

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

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

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

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

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

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

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

A conclusão acima é inevitável, porque:

- as disponibilidades passíveis de distribuição estão no patrimônio da pessoa jurídica operacional, que somente pode distribuir o lucro para sua proprietária direta, a holding;
- já, a holding, somente pode distribuir o lucro aos acionistas, pessoas físicas, após o recebimento dos recursos da pessoa jurídica operacional;
- os acionistas, por sua vez, somente podem aumentar capital na holding, em que possuem participação direta; e
- por fim, a holding, com os recursos recebidos, poderá aumentar capital da pessoa jurídica operacional.

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

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

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

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

a.III – Aplicação da Legislação ao Caso dos Autos

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

Com efeito, no caso dos autos:

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

- 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\$ 8.117.624,00.

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 conseqüentemente permaneceu passível de distribuição isenta aos adquirentes, ou terceiros (até mesmos os próprios alienantes), conforme acordo entre as partes.

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

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

Verifico, ainda, a propósito, a partir do valor do custo concedido pela fiscalização (R\$ 6.412.601,55) que, uma vez sendo glosadas as duas capitalizações ocorridas em 2006, aplicando-se assim o procedimento defendido por este conselheiro, o valor do tributo devido seria maior do que o originalmente lançado, uma vez que se atingiria um montante de custo a ser concedido de apenas R\$ 2.801.993,50, conforme a seguir apurado:

1- Ganho de Capital apurado pelo Contribuinte

() Valor da Alienação	34.083.513,27
(-) Custo das ações alienadas	-17.394.185,50
(=) Ganho de Capital	16.689.327,77

2- Custo das ações apurado pelo Contribuinte

() Custo em 31/12/2005	2.802.026,00
(+) Capitalização da Nova Pactual Participações	8.117.624,00
(+) Capitalização da Pactual S/A	6.474.568,00
(-) Cisão Parcial	32,50
(=) Custo das ações alienadas	17.394.185,50

3- Custo apurado pela Fiscalização

() Custo considerado pelo contribuinte	17.394.185,50
(-) Glosa da 1a Capitalização de Lucros	-8.117.624,00
(=) Custo considerado pela fiscalização	9.276.561,50

4- Custo conforme esta decisão

()	Custo apurado pelo contribuinte	17.394.185,50
(-)	Capitalização da Nova Pactual Participações	-8.117.624,00
(-)	Capitalização da Pactual S/A	-6.474.568,00
(=)	Custo devido	2.801.993,50

5- Conclusão - valor lançado a menor

()	Custo considerado pela fiscalização	9.276.561,50
(-)	Custo devido	-2.801.993,50
(=)	Base de cálculo considerada a menor	6.474.568,00

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

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

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

i. o fato é a alienação de participações societárias;

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

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

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

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

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

a.IV – Conclusão

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

II) Juros de mora sobre multa de ofício

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

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

“(...)

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

CTN:

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

...

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

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

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

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

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

CONCLUSÃO

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

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

Declaração de Voto

Conselheira Ana Paula Fernandes.

1 - RECURSO DO CONTRIBUINTE.

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

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

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

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

Quanto ao primeiro tópico, observo que há uma discrepância entre a interpretação dada pelo contribuinte e a que foi dada pela fiscalização, no tocante a regra do Imposto de Renda Pessoa Física, que define o

que deve e o que não deve ser tributado nestas operações. E isso sim gerou grande dúvida a respeito de sua aplicabilidade.

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

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

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

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

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

Lei 9.249/95

Art. 10

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ainda, para Hely Lopes Meirelles:

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

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

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

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

Por fim, esse princípio é vital para o bom andamento da Administração Pública, sendo que ele coíbe a possibilidade do gestor público agir por conta própria, tendo sua eficácia através da execução jurídica dos atos de improbidade, evitando a falta de vinculação à norma e, principalmente, a corrupção

no sistema. Essa preocupação se faz constante para que seja atingido o objetivo maior para o país, o interesse público, através da ordem e da justiça.

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

Por melhor que seja a construção jurídica utilizada pela Receita Federal, compreender e aplicar a lei diferente desse entendimento, consiste em tentar mudar por força de ato administrativo interpretativo, previsão disposta em lei, impondo ao particular uma proibição que não se encontra no texto legal. Seja por omissão ou vontade do legislador, o fato é que ele nada disse sobre isso.

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

À guisa de complementação, as operações de aumento de capital social, mediante capitalização de lucros, devidamente garantida pelo método da equivalência patrimonial, caro à contabilização das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, como se verá adiante, bem conduziram, no caso. o Consulente ao aumento do valor nominal da participação societária. Trata-se de efeito civil de instituto de direito privado (Lei n. 6.404/1976, art. 169) precisamente mantido, nos mesmos moldes e sem quaisquer ressalvas, pelo legislador fiscal. nos termos do art. 135 do RIR11999. Por força do art. 109 do CTN, tão lembrado neste Parecer. afiguram-se juridicamente impossíveis in casu quaisquer ajustes promovidos, em via interpretativa, pela Administração Fazendária. No que toca aos atos e negócios jurídicos praticados de acordo com as normas existentes, a função social dos contratos (CC/2002, art. 421), garantida constitucionalmente, ao lado da liberdade de iniciativa econômica, impedem a desconsideração e a requalificação na situação sob exame. pelos agentes fiscais, sem observância do art, 149, VII do CTN.

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

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

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

Processo nº 19515.720668/2011-66
Acórdão n.º **9202-005.621**

CSRF-T2
Fl. 988

É como voto.

(assinado digitalmente)
Ana Paula Fernandes