



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

Processo nº 19515.721608/2011-61
Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9202-003.764 – 2ª Turma
Sessão de 16 de fevereiro de 2016
Matéria IRPF - GANHO DE CAPITAL
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
JOSÉ OCTÁVIO MENDES VITA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

ANO-CALENDÁRIO: 2006, 2009

MULTA QUALIFICADA. REQUISITOS. ASPECTO SUBJETIVO DO INFRATOR.

Diferentemente da multa de ofício de 75%, que é objetiva, decorre do tipo (lei) e é imposta com culpa ou dolo, a multa qualificada de 150% necessita da aferição do aspecto subjetivo do infrator, consistente na vontade livre e consciente, deliberada e premeditada de praticar a conduta ou de assumir o risco da sonegação.

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.

REP Negado e REC Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte. 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. Por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional. Vencidos os Conselheiros Ana Paula Fernandes, Gerson Macedo Guerra e Maria Teresa Martinez Lopez. No Mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento Especial da Fazenda Nacional. 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 JOSÉ OCTÁVIO MENDES VITA, no montante de R\$ 5.097.268,67 (cinco milhões, noventa e sete mil, duzentos e sessenta e oito reais e sessenta e sete centavos), sendo R\$ 1.816.138,87, referentes ao imposto, R\$ 2.724.208,30, à multa de ofício, e R\$556.921,50, aos juros de mora (calculados até 31/10/2011).

De acordo com o termo de verificação fiscal (fls. 343 a 362), 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 JOSÉ OCTÁVIO MENDES VITA, precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades holdings, que detinham todas as ações do Banco Pactual. Assim, descreveu o Auditor:

Em dezembro de 2006, 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 19.846.361 (dezenove milhões, oitocentas e quarenta e seis mil, trezentas e sessenta e uma) ações ordinárias. Tal alienação resultou na apuração de um ganho de capital no valor aproximado de R\$ 57,81 milhões e de um imposto de renda pessoa física da ordem de R\$8,50 milhões, sendo R\$ 3,37 milhões no ano de 2006 e R\$ 5,13 milhões em 2009 (uma vez que parte do valor da venda foi recebida apenas nessa data, diferindo-se, assim, sua tributação).

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, através dessa manobra, o contribuinte promoveu, em 2006, um aumento do custo de aquisição de sua participação no Banco Pactual de incríveis 269,16%, enquanto que, no mesmo período, o patrimônio líquido do Banco experimentou um aumento de 84,45%.

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 S/A, realizada em 03/11/2006, no valor de R\$996.087.876,00.

Expurgando-se o acréscimo promovido pelo Contribuinte no custo de aquisição de suas ações, em razão capitalização da empresa Nova Pactual Participações, no valor de R\$ 15.350.501,00, foi apurado o valor correto do custo de aquisição das ações alienadas, que somou R\$ 29.610.909,82 (R\$ 44.961.410,82 R\$ 15.350.501,00).

A fiscalização ainda entende que a estrutura de holdings adotada pelo Grupo Pactual, bem como a reestruturação societária prévia à alienação do Banco Pactual foi efetuada de forma irregular e artificial com o intuito exclusivo de pagamento a menor de tributo e com fulcro nessa argumentação aplica multa qualificada.

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.

Foi proferida decisão pela 16ª Turma de Julgamento da DRJ de São Paulo, fls. 529 a 559, 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):

A autuação considerou dispositivos genéricos na sua fundamentação que não guardam relação direta com a matéria autuada. Não há no Auto de Infração comprovação do dispositivo legal que fora violado.

A então estrutura societária do Grupo Pactual com a presença de 02 holdings era factível e interessava de forma imprescindível à gestão do Grupo, pois garante que o poder de decisão seja alocado de forma coerente, observando as regras civis e societárias vigentes, bem como permite que a distribuição de

resultados seja efetuada de acordo com a participação de cada acionista para alcançar o resultado. Ou melhor, aqueles acionistas que mais contribuíram recebem mais do que aqueles que menos contribuíram, prezando pelo caráter meritório da distribuição de resultados. Logo, a estruturação do Grupo Pactual em holdings não tem o intuito de evitar ou reduzir o pagamento de tributos.

A reestruturação societária prévia à alienação do Banco Pactual foi necessária em razão de exigência do comprador que tinha como alvo a empresa operacional do Grupo Pactual, ou seja, o Banco Pactual. Portanto, a reestruturação goza de propósito negocial e econômico e foi efetuada da forma mais célere e menos burocrática com vistas que o negócio fosse concretizado em um curto espaço de tempo.

A conduta do Contribuinte pautouse na aplicação da legislação tributária em vigor que autoriza o aumento do custo de aquisição do investimento em face à capitalização de lucros e /ou reservas de lucros.

A aplicação da multa qualificada deve ser desconsiderada por restar demonstrado durante a fiscalização que a intenção do Contribuinte não foi a redução do pagamento de tributo de forma artificial e ilícita. O Contribuinte não se valeu de fraude, abuso de direito ou simulação em sua conduta.

Em antecipação defende que não devem incidir juros de mora sobre a multa de ofício por se tratar de uma majoração indevida da penalidade já aplicada.

Em sessão plenária de 22/01/2015, foi concedido provimento parcial ao recurso voluntário para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%, prolatando-se o Acórdão nº 2201-002.638 (fls. 653 a 667), assim ementado:

**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 incorporações reversas e nova capitalização, em nítida inobservância da primazia da essência sobre a forma, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

MULTA QUALIFICADA. INOCORRÊNCIA

A existência de correntes doutrinárias divergentes, além de precedentes jurisprudenciais favoráveis ao negócio jurídico praticado pelo contribuinte, demonstra, na verdade, uma hipótese de erro de proibição. Não há como ser reconhecido o

dolo necessário à qualificação da multa, quando se percebe dos autos a convicção do recorrente no sentido de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

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

O processo foi encaminhado à PGFN em 30/05/2014 (Despacho de Encaminhamento de fls. 671). Em 08/04/2015, foi interposto o Recurso Especial de fls. 672 a 689, com fundamento no artigo 67 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009.

Ao Recurso Especial foi dado seguimento para rediscutir a desqualificação da multa de ofício, conforme o Despacho fls. 830 a 833, abaixo transcrito:

O apelo da Fazenda Nacional, que tem como fundamento os artigos 67 e 68, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, visa rediscutir a desqualificação da multa de ofício. Como paradigmas, foram indicados os Acórdãos nºs 1301-001.220 e 1101.000.913.

Relativamente ao primeiro paradigma – Acórdão nº 1301-001.220 – a Fazenda Nacional efetuou o seguinte cotejo:

Acórdão recorrido Ementa “A existência de correntes doutrinárias divergentes, além de precedentes jurisprudenciais favoráveis ao negócio jurídico praticado pelo contribuinte, demonstra, na verdade, uma hipótese de erro de proibição. Não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, quando se percebe dos autos a convicção do recorrente no sentido de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios.”

Paradigma – Acórdão nº 1301-001.220

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA –IRPJ Exercício: 2008, 2009, 2010 Ementa:

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. BASE DE CÁLCULO.

RECOMPOSIÇÃO. NECESSIDADE.

No lançamento de ofício do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro deve-se levar em conta o valor apurado pelo de contribuinte, de modo que a eventual existência de resultados negativos (prejuízo fiscal ou base negativa) deve ser considerada na determinação do saldo a tributar

MULTA. QUALIFICAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

Se os fatos retratados nos autos deixam foram de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de atos societários diversos, desprovidos de substância econômica e propósito negocial, reduzir a base de incidência de tributos, descabe afastar a qualificação da penalidade promovida pela autoridade autuante.

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. SUBSTÂNCIA ECONÔMICA E PROPÓSITO NEGOCIAL. AUSÊNCIA.

Se os elementos colacionados aos autos indicam que a despesa de ágio apropriada no resultado fiscal derivou de operações que, desprovidas de substância econômica e propósito negocial, objetivaram, tão-somente, a redução das bases de incidência das exações devidas, há de se restabelecê-las, promovendo-se a glosa dos referidos dispêndios.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS MORATÓRIOS. SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.”(Destaques da Fazenda Nacional)

Voto “Relativamente à qualificação da multa, diversamente do esposado na decisão de primeiro grau, penso que ela deve ser mantida.

A autuação, no presente caso, fundou-se na constatação e comprovação de que a reestruturação elaborada pela fiscalizada visou, apenas, alcançar um benefício fiscal previsto em lei. Para tanto, em curtíssimo espaço de tempo, não obstante declinar formalmente razões de ordem societária ou econômica, constituiu uma HOLDING;

transformou-se em subsidiária integral da HOLDING criada, vez que esta incorporou suas ações pelo valor de mercado; e, passo seguinte, fez desaparecer a HOLDING criada para, por meio de uma incorporação reversa, deduzir um suposto “ágio”, derivado de uma alegada rentabilidade futura dos seus ativos.

Diante dos fatos retratados, não me parece restar dúvida de que a fiscalizada agiu, intencionalmente (dolosamente), no sentido de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, das suas condições pessoais, afetando, assim, as obrigações tributárias principais.

No caso vertente, a meu ver, a qualificação é ínsita à própria infração imputada, isto é, se existente essa, não há como deixar de admitir a exasperação da penalidade, vez que a irregularidade apontada encontra seu maior suporte no artificialismo da reorganização societária empreendida.” (Destaques da Fazenda Nacional)

O cotejo dos trechos acima permite constatar a existência do alegado dissídio jurisprudencial, no que tange ao critério de aplicação da multa qualificada. Com efeito, as situações são análogas, já que em ambas se verifica artificialismo nas operações levadas a cabo pelos autuados, o que resultou em redução de imposto. Ocorre que, no caso do acórdão recorrido, mesmo reconhecendo-se tal artificialismo, considerou-se incabível a majoração da multa de ofício, sem que se perquirisse acerca da vontade livre e consciente do Contribuinte, no sentido de sonegar tributo. Já no caso do paradigma, ao contrário, a qualificação foi considerada como ínsita à própria infração imputada, considerando-se o artificialismo como o maior suporte para a sua manutenção.

Em seu apelo, a Fazenda Nacional alegou, em síntese, que:

- era preciso salientar que a multa qualificada, após as alterações promovidas pela Lei nº 11.488/2007, estava prevista no art. 44, § 1º da Lei 9.430/97, e seria aplicada nas hipóteses descritas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64;
- no presente feito, diante dos fatos apresentados, que geraram a manutenção do lançamento se percebia que os atos praticados pelo contribuinte teriam como propósito aumentar irregularmente o custo de aquisição das ações do BANCO PACTUAL S.A. Com isso, ele pretendia reduzir a tributação do ganho de capital quando fosse finalizada a venda do Banco para a UBS AG;
- efetivamente **houvera a prática de sonegação por parte do recorrente que**, por meio de operações realizadas em sequência, omitira receitas passíveis de tributação. **A fraude também estaria caracterizada**, pois a forma conferida ao negócio teria, ainda, o objetivo de modificar as características essenciais do fato gerador, de modo a reduzir o montante do tributo devido. Por essas razões, seria aplicável a majoração prevista no art. 44 da Lei 9.430/96;
- não havia que se falar em equívoco na interpretação da norma. O art. 135 do RIR de maneira alguma permitiria que um mesmo lucro fosse utilizado em mais de uma capitalização de empresas do grupo e ainda fosse distribuído aos sócios, como ocorreu na hipótese dos autos;
- para caracterizar a irregularidade do efeito fiscal pretendido pela parte, cumpriria repetir que o custo de aquisição do Banco Pactual foi aumentado em incríveis 236,84%, sendo que o patrimônio líquido do investimento experimentou, no mesmo período, um aumento de 89%. Sem esquecer da distribuição dos dividendos realizada em 2007, com base nos mesmo lucros gerados em 2006;
- não existindo a **riqueza respectiva, o aumento seria artificial, de forma fraudulenta, apenas visando à minoração da tributação do ganho de capital auferido quando da alienação do Banco Pactual**. Portanto, **restaria clara aplicabilidade da multa qualificada imposta pela Fiscalização, tendo em vista o inequívoco intuito de sonegação e fraude**;
- nos termos da fundamentação supra, o recurso fosse conhecido e provido para reformar parcialmente o acórdão atacado, restabelecendo a **qualificação da multa de ofício**, conforme decidido pela DRJ.

Foram apresentadas contrarrazões, fls. 698 a 715, nas quais o contribuinte argumenta pelo não conhecimento do recurso especial, destacando, em síntese, que:

- os fatos objeto do acórdão recorrido e os fatos analisados no acórdão paradigma não guardariam qualquer relação. Não seriam idênticos, semelhantes nem, minimamente, próximos ou correlacionáveis;
- não só os acórdãos tratariam de fatos completamente distintos (ganho de capital de pessoa física versus amortização de ágio por pessoa jurídica), como o acórdão recorrido afastaria a existência de qualquer artificialismo na reestruturação, o contrário do acórdão paradigma, que considerou desprovido de substância econômica e propósito **negocial os diversos atos societários praticados para fins de aproveitamento fiscal do ágio**. Não havia, portanto, interpretação

divergente da legislação tributária federal, mas, sim, duas análises distintas, de matérias completamente diferentes, porque baseadas em fatos diversos;

- os acórdãos confrontados não apresentariam nenhuma proximidade fática. Pressupor que essa identidade fosse possível pelo simples fato de haver, nas duas situações, operações realizadas em sequência, ou mesmo, uma reestruturação societária, fugiria à finalidade do processo administrativo fiscal, que exigiria o confronto de interpretações legais discrepantes sobre a mesma matéria;
- outro fato que distinguiria as operações analisadas nos dois acórdãos seria a necessidade das holdings nas respectivas estruturas societárias. Essas holdings seriam necessárias à organização do grupo factual por mais de uma década e só foram eliminadas por ocasião da venda do banco à UBS, a fim de atender às condições do negócio contratado; distintamente, no acórdão paradigma, a holding fora criada no contexto da reestruturação apenas para permitir o aproveitamento do ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico;
- diversamente do que afirma o despacho, o acórdão recorrido analisara todos os atos que compuseram a reestruturação e reconheceu expressamente a legitimidade dos atos jurídicos praticados pelos acionistas para alienar as suas ações do banco, isoladamente e em conjunto, assim como a inexistência de fraude, simulação e dolo;
- no acórdão paradigma, ao contrário, ainda que isoladamente válidos os atos jurídicos praticados, os elementos fáticos permitiriam aos julgadores concluir que o contribuinte teria deliberadamente realizado operações desprovidas de substância econômica e propósito negocial como único objetivo de reduzir sua carga tributária, ou seja, as operações eram válidas apenas em seu aspecto formal;
- o dolo devia ser apreciado diante de um caso concreto, decorrendo do trabalho de valoração pelos julgadores do caso, da prova e dos atos praticados. A aplicação de multa qualificada pressuporia o evidente intuito de fraude, que não podia ser extraído com base na análise de fatos diversos, presentes em acórdão que não guardaria a menor semelhança com o acórdão recorrido. O Resp não se prestaria ao reexame de provas, nem a sua reavaliação jurídica para fins de determinação da justiça da decisão. Seria reservada à CSRF a competência apenas para dirimir divergências de interpretação legal;
- a reestruturação teria produzido efeitos favoráveis ao recorrido, mas nem por isso ele teria a obrigação de concluir estar agindo em desacordo com a lei. Desde a impugnação, o recorrente vem tentando apontar diversas situações semelhantes à da reestruturação adotado pelo Pactual, em que a capitalização de ganhos da MEP gera distorções econômicas. A legislação nem sempre contempla todas as situações, sendo que suas lacunas ora beneficiam o fisco, ora os contribuintes;

- conforme descrito no acórdão recorrido, após analisar os atos da reestruturação, concluíra inexistir fraude e simulação, e a multa teria sido qualificada apenas pelo dolo. Sendo assim, exigia-se a prova da intenção ou do concurso deliberado ou premeditado de sonegar ou assumir o risco consciente da conduta dolosa. Não sendo comprovada a vontade livre, consciente e premeditada do recorrido de sonegar, a multa não podia ser mantida.

Devidamente cientificado da decisão proferida, o contribuinte interpôs Recurso Especial, fls. 718 a 728. 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 0
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. 834 a 838.

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. 840 a 860, nas quais requer a negativa de provimento ao recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL - MULTA QUALIFICADA

Pressupostos de Admissibilidade

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo, razão pela qual passo a apreciação dos demais pressupostos.

Em relação ao conhecimento, entendo que o recurso atende ao pressuposto de similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma. Desse modo, não assiste razão ao contribuinte em suas contrarrazões.

A base de toda a argumentação do contribuinte é de que só seria cabível o conhecimento se os fatos ocorridos nos dois lançamentos (recorrido e paradigma) fossem idênticos e que não competiria à CSRF a reapreciação de provas.

Concordo que compete ao recorrente, no caso a Fazenda Nacional, demonstrar que as decisões proferidas pelos colegiados distintos poderiam ter outro fim, casos invertidos os processos. A lógica do recurso especial é justamente essa: demonstrar a possibilidade de outro colegiado, em relação ao mesmo processo, julgar de modo diverso. Por isso, concordo com a Presidente da 2ª Câmara desta Seção, a Dra. Maria Helena Cotta Cardozo, e voto pelo conhecimento do recurso. No caso, o paradigma colacionado pela PFN permite concluir que o colegiado entendeu que as sucessivas operações no intuito de diminuir o valor a ser pago de IRPF carregariam em seu bojo o caráter doloso, razão pela qual seria aplicável a qualificação da multa. Vejamos o trecho do despacho que deu seguimento ao Recurso Especial da Fazenda, fls. 830:

O cotejo dos trechos acima permite constatar a existência do alegado dissídio jurisprudencial, no que tange ao critério de aplicação da multa qualificada. Com efeito, as situações são análogas, já que em ambas se verifica artificialismo nas operações levadas a cabo pelos autuados, o que resultou em redução de imposto. Ocorre que, no caso do acórdão recorrido, mesmo reconhecendo-se tal artificialismo, considerou-se incabível a majoração da multa de ofício, sem que se perquirisse acerca da vontade livre e consciente do Contribuinte, no sentido de sonegar tributo. Já no caso do paradigma, ao contrário, a qualificação foi considerada como insita à própria infração imputada, considerando-se o artificialismo como o maior suporte para a sua manutenção.

Por outro lado, é necessária a seguinte reflexão: qual foi o entendimento adotado pelo colegiado, no presente caso, para desqualificar a multa aplicada? Sem adiantar o mérito, pode-se resumir no fato de a realização de uma operação sucessiva de incorporação, que resultou na redução da base de cálculo de IRPF, por si só, não pressupor o caráter doloso.

Se invertêssemos os colegiados, em relação aos dois processos, poderia haver tanto decisões favoráveis como desfavoráveis ao contribuinte. Não entendo com isso, que caberia a apreciação de provas para a admissibilidade do recurso, mas, caso admitido, restaria verificar se a tese de que a mera capitalização de lucros seguida de incorporação reversa seria suficiente para manutenção da qualificação.

Acredito que, ao se falar em similitude fática, não se está afirmando que os casos devem ser idênticos. Se assim o fosse, seria enormemente restrita a possibilidade de recursos, alcançando o ponto que só se daria seguimento a recursos de mesmas empresas, sob o mesmo procedimento fiscal, mas julgados por colegiados distintos – o que, diga-se, o disposto no art. 6º do RICARF, aprovado pela portaria 343, de 9 de junho de 2015, pressupõe evitar.

Entendo que a similitude se refere à interpretação distinta sobre a mesma legislação em relação a fatos em que os lançamentos fiscais alcançaram a mesma conclusão. Tanto no acórdão recorrido, quanto no paradigma, o suporte analisado foi o mesmo: um conjunto de operações societárias visando a economia de imposto, ensejaria ou não a qualificação da multa. Ambos os auditores fiscais, nos diferentes lançamentos, entenderam que sim, contudo os colegiados tiveram interpretações do art. 44, §1º, diversas no concernente à caracterização do dolo, fraude ou simulação.

No caso do acórdão recorrido, trata-se de IRRF apenas porque o ganho de capital foi apurado na pessoa física. Entretanto, todas as discussões e peças processuais giram em torno de operações e rearranjos societários. Nesse passo, recorrida e paradigma tratam de planejamento tributário envolvendo a criação de holdings e incorporações, inclusive reversas, ambos visando alcançar economia de imposto.

No caso do recorrido, tais operações incluindo o artificialismo das incorporações, não foram suficientes para caracterizar dolo. Já no caso do paradigma, o dolo seria ínsito ao próprio artificialismo das operações.

Assim, ao contrário da alegação do contribuinte, concordo com o despacho que conferiu seguimento ao Resp. da Fazenda.

Do mérito quanto a qualificação da multa

Superada a etapa de conhecimento do recurso, vejamos se, com os argumentos apresentados pelo ilustre procurador, seríamos capazes de aplicar ao acórdão recorrido resultado diverso do proferido.

Alegou-se que os atos praticados pelo contribuinte tiveram como propósito aumentar irregularmente o custo de aquisição das ações do BANCO PACTUAL S.A. Com isso, ele pretendia reduzir a tributação do ganho de capital no momento de encerramento da venda do Banco para a UBS AG.

A base dessa argumentação realmente é verdadeira, ou seja, os fatos apresentados geraram a manutenção do lançamento, bem como ficou demonstrado que atos praticados ensejaram o aumento irregular do custo de aquisição das ações do BANCO PACTUAL S.A, diminuindo a base de cálculo final do IRPF. Contudo, não entendo que este fato, por si só enseja os elementos caracterizadores do dolo, fraude ou simulação.

A norma legal que determina a aplicação da multa de ofício aplicável nos casos em que restar evidenciado o intuito de fraude é o artigo 44, I, §1º, da Lei 9.430/96, transcrito abaixo:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, 2007)

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

definem:

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

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

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

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

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

Como se percebe, nos casos de lançamento de ofício, a regra é aplicar a multa de 75%, estabelecida no inciso I do artigo acima transcrito. Excepciona a regra a comprovação do intuito fraudulento, a qual acarreta a aplicação da multa qualificada de 150%, prevista no § 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430 de 1996, com a redação dada Lei nº 11.488, de 15/06/2007.

A fraude fiscal pode se dar em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano à Fazenda Pública, um propósito deliberado de se subtrair, no todo ou em parte, a uma obrigação tributária. Nesses casos, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano à Fazenda Pública, onde se utilizando subterfúgios escamoteiam a ocorrência do fato gerador ou retardam o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária.

É nesse ponto, que não concordo como o posicionamento adotado pela Fazenda Nacional em seu recurso. No presente caso, embora concorde ser equivocada a leitura feita pelo contribuinte acerca do art. 135 do RIR, não consigo identificar a intenção dolosa de ocultar, mesmo que considerássemos que a intenção final fosse a diminuição do imposto a ser pago. O procedimento adotado pelo contribuinte deu-se de forma aberta, inclusive com a prestação dos esclarecimentos solicitados pela autoridade fiscal.

Dessa forma, nego provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, quanto a multa qualificada.

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. 834 a 838. 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 auferi 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°s 1.790/80, art. 1º, 2.065/83, art. 1º, I, a, e 2.303/86, art. 7º parágrafo único):

...

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

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

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

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

...

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

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

- o lucro distribuído deixou de ser tributado; e

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

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

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

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

Repara-se, da mesma forma que no sistema vigente anteriormente, a coerência dos dispositivos acima referidos. Como a distribuição de lucros deixou de ser tributada, a capitalização do lucro distribuível passou a alterar o custo de aquisição

da participação societária. Assim, quando a participação societária fosse alienada, o valor do lucro (distribuível isento e capitalizado) não seria alcançado pelo ganho de capital.

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

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

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

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

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

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

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

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

patrimonial), portanto também não deve ser aceitável, pelo menos para fins fiscais, capitalizá-lo mais de uma vez.

A conclusão acima é inevitável, porque:

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

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

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

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

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

a.III – Aplicação da Legislação ao Caso dos Autos

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

Com efeito, no caso dos autos:

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

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\$ 29.610.909,82 o valor do custo das ações do autuado, fls.354 .

Importante descrever que somente houve glosa da atualização do custo de participação societária, para uma das capitalizações de lucro, mais especificamente, para a capitalização na NOVA PACTUAL, no valor de R\$ 15.350.501,00 .

Porém, de acordo com a interpretação já apresentada pelo conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, 12448.736152/2011-35 Acórdão nº 9202-003.700, os aumentos de custo decorrentes das capitalizações ocorridas em 2006 na NOVA PACTUAL de R\$ 15.350.501,00 e na PACTUAL HOLDING R\$ 17.431.540,00 (vide demonstrativos fls. 346 e 347), 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\$ 29.610.909,82) 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\$ 12,18 milhões, conforme a seguir apurado:

()	Custo considerado pelo autuado - por ele informado	44,96
(-)	Aumento de custo pela 1ª capitalização - Participações (NOVA PACTUAL)	15,35
	Aumento de custo pela 1ª capitalização - Holdings (PACTUAL HOLDING)	17,43
(=)	Custo original - a ser aceito conforme procedimento do conselheiro	12,18

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\$ 29.610.909,82, 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

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.

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. Confirase **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, justificase 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 compõe 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, justificase 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

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

CONCLUSÃO

Conheço dos RECURSOS ESPECIAIS DA FAZENDA NACIONAL E DO CONTRIBUINTE, para no mérito NEGAR-LHES PROVIMENTO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.