



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

Processo nº 19515.722154/2013-15
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-005.946 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de agosto de 2017
Matéria IRPF
Recorrente FÁBIO DE BARROS PINHEIRO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2010, 2011

GANHO DE CAPITAL. FATO GERADOR. ALIENAÇÃO A PRAZO. DECADÊNCIA.

O fato gerador do IRPF incidente sobre o ganho de capital, no caso de alienação a prazo, somente se completa quando do efetivo recebimento do valor referente à venda do bem ou direito, momento a partir do qual se inicia a contagem do prazo decadencial para o lançamento do crédito tributário, exceto no caso de dolo, fraude ou simulação, em que a contagem do prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício subsequente àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS. MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE DE MÚLTIPLO PROVEITO DO MESMO LUCRO. OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. DUPLICIDADE DE CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS. MAJORAÇÃO ARTIFICIAL DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

É indevida a capitalização de lucros apurados na empresa investidora através do Método de Equivalência Patrimonial (MEP), quando este mesmo lucro permanece inalterado na empresa investida, disponível nesta como lucros e/ou reservas de lucros tanto para que se efetuem capitalizações como para retiradas pelos sócios. Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização indevida de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. DOLO. FRAUDE. SIMULAÇÃO

Incabível a multa qualificada quando não restar comprovado de forma firme e estreme de dúvidas o dolo específico, fraude ou simulação do sujeito passivo no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador, de excluir ou modificar as suas características principais.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. PROCEDÊNCIA. LEGALIDADE.

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

COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. FATOS GERADORES DISTINTOS.

Constituem fatos geradores distintos do IRPF incidente sobre o ganho de capital os recebimentos de valores referentes à venda do bem ou direito ocorridos em datas diferidas, não havendo necessariamente a vinculação da decisão administrativa relativa ao IRPF incidente sobre o recebimento ocorrido em um mês à futura apuração do IRPF relativo ao recebimento ocorrido em outro mês.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por maioria dar provimento parcial ao recurso para afastar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao patamar ordinário de 75% (setenta e cinco por cento). Vencidos os Conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci e Fernanda Melo Leal que acolhiam a preliminar de decadência e davam provimento ao recurso para afastar o lançamento em relação ao ganho de capital apurado; e os Conselheiros Theodoro Vicente Agostinho e Jamed Abdul Nasser Feitosa, que davam provimento ao recurso para afastar o lançamento em relação ao ganho de capital apurado. Fizeram sustentação oral, como representante do contribuinte, o Dr. Luís Cláudio Gomes Pinto, OAB/RJ n. 88.704, e, como representante da Fazenda Nacional, a Dra. Livia da Silva Queiroz.

(Assinado Digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho - Presidente

(Assinado Digitalmente)

Luís Henrique Dias Lima - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho (Presidente da Turma), Ronnie Soares Anderson, Luís Henrique Dias Lima, Maurício Nogueira Righetti, João Victor Ribeiro Aldinucci, Jamed Abdul Nasser Feitosa, Fernanda Melo Leal e Theodoro Vicente Agostinho.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário (fls. 657/730) em face do Acórdão n. 03-61.653 - 3ª. Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília (DF) - DRJ/BSB (fls. 612/651), que julgou improcedente a impugnação de fls. 378/436 e manteve o crédito tributário consignado no lançamento constituído mediante o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF - Anos-Calendário 2010 e 2011 - no montante de R\$ 999.758,58 (fls. 362/369) - sendo R\$ 363.297,56 de imposto (Cód. Receita 2904); R\$ 91.514,66 de juros de mora calculados até 10/2013 e R\$ 544.946,36 de multa proporcional calculada sobre o principal - com fulcro em recebimentos de parcelas vinculadas à apuração de omissão de ganhos de capital obtidos na alienação de participação societária no BANCO PACTUAL - CNPJ 30.306.249/0001-45 - ocorrida em dezembro de 2006.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal - TVF (fls. 342/361) - parte integrante do Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF (fls. 362/369) - a fiscalização teve como objeto a operação de alienação da participação societária que o contribuinte FÁBIO DE BARROS PINHEIRO - CPF 275.497.201-34 - detinha junto ao BANCO PACTUAL - CNPJ 30.306.249/0001-45 - representada por 5.670.390 (cinco milhões, seiscentos e setenta mil, trezentos e noventa) ações ordinárias - à pessoa jurídica UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. - CNPJ 08.245.975/0001-91 - após um complexo processo de reorganização societária.

Do TVF (fls. 342/361), extraem-se, no essencial e em ordem cronológica, as operações que foram objeto de fiscalização:

a) Conforme Demonstrativo da Apuração de Ganhos de Capital, anexo à Declaração de Ajuste Anual Simplificada - Exercício 2007, o contribuinte declara haver alienado, em 01/12/2006, 5.670.390 ações ordinárias nominativas representativas do capital social do Banco Pactual S.A pelo valor de R\$ 26.218.108,48. Nesse mesmo demonstrativo, o custo de aquisição das referidas ações era de R\$ 12.863.175,22 acarretando um ganho de capital de R\$ 13.354.933,26.

b) Do valor total da venda foram recebidos, no ano de 2006, R\$ 10.189.703,30 que, proporcionalmente, correspondem a um ganho de capital de R\$ 5.190.412,86 e a um valor de Imposto de Renda de R\$ 778,561,93 (alíquota de 15%).

c) Em 2009, o contribuinte recebeu R\$ 12.063.392,86 (os quais estavam previstos, inicialmente, para serem recebidos apenas em meados de 2011), através de depósito bancário. O saldo de R\$ 3.965.007,14 teria sido recebido em quatro parcelas de R\$ 991.251,78 que venceriam em março de 2010, setembro de 2010, março de 2011 e julho de 2011. Porém, o contribuinte considerou como realizado a totalidade do ganho de capital correspondente a R\$ 8.163.264,13 nesse ano de 2009, recolhendo o Imposto de Renda de R\$ 1.224.489,62 à mesma alíquota de 15%.

d) Ocorre que, como acima noticiado, o valor do ganho de capital e consequentemente o valor do Imposto de Renda correspondente foram indevidamente reduzidos através da prévia manipulação do custo de aquisição dessas ações.

e) *Conforme comprovam os contratos e estatutos sociais das empresas do Grupo Pactual (as diversas empresas do grupo e, ainda, as diversas pessoas físicas dos seus sócios), o contribuinte possuía 0,6396% do capital da NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. (antiga PACTUAL PARTICIPAÇÕES S/A) - CNPJ 02.220.756/0001-71 - que, por sua vez, possuía 78,18% do capital da PACTUAL S/A - CNPJ 02.220.758/0001-60 - que, por seu turno, detinha 100% do BANCO PACTUAL S.A - CNPJ 30.306.294/0001-45. Portanto, de maneira indireta, o contribuinte detinha 0,5% de participação no BANCO PACTUAL S.A - CNPJ 30.306.294/0001-45.*

f) *Em 13/10/2006 os sócios da NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. (antiga PACTUAL PARTICIPAÇÕES S/A) - CNPJ 02.220.756/0001-71 - aprovam o aumento de seu capital social em R\$ 686 milhões, que passa de R\$ 70.118.786,40 para R\$ 756.118.786,40 e, cuja integralização, foi efetuada mediante a capitalização de créditos que os referidos sócios possuíam frente à empresa (conforme balanço relativo a 31/08/2006), proveniente de distribuição de dividendos.*

g) *Em razão do que determina o art. 135 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), aprovado pelo Decreto n. 3.000/99, o contribuinte promove o aumento no valor do custo de aquisição de sua participação nessa empresa - NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. - CNPJ 02.220.756/0001-71 (antiga PACTUAL PARTICIPAÇÕES S/A) no montante de R\$ 2.660.130,00:*

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

h) *Nesse mesmo dia (13/10/2006), seus sócios aprovam, mediante Assembleia Geral, a incorporação da NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. - CNPJ 02.220.756/0001-7 (antiga PACTUAL PARTICIPAÇÕES S/A) pela PACTUAL S/A - CNPJ 02.220.758/0001-60 - como também o Protocolo de Justificação dessa incorporação e o respectivo Laudo de Avaliação. Com isto sócios da NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. - CNPJ 02.220.756/0001-7 (antiga PACTUAL PARTICIPAÇÕES S/A) entregam as quotas que possuíam nessa empresa e recebem em contrapartida ações da PACTUAL S/A - CNPJ 02.220.758/0001-60. Aqui torna-se importante frisar que praticamente a totalidade do acervo da incorporada NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. (antiga PACTUAL PARTICIPAÇÕES S/A) - CNPJ 02.220.756/0001-71 - refere-se a sua participação na incorporadora PACTUAL S/A - CNPJ 02.220.758/0001-60, conforme se observa no Anexo I do citado Laudo de Avaliação.*

i) *Da mesma forma e no mesmo dia (13/10/2006), os sócios da PACTUAL HOLDINGS S/A - CNPJ 02.220.757/0001-16 - aprovam, através de Assembleia Geral Extraordinária, o aumento de seu capital social em R\$ 202,5 milhões, que passa de R\$ 31.299.033,50 para R\$ 233.799.033,50 - cuja integralização, também se deu através da capitalização de créditos de seus sócios junto à empresa, no valor de R\$ 200,5 milhões, provenientes de distribuição de dividendos e R\$ 2 milhões de sua Reserva Legal (balanço de 31/08/2006).*

j) *Após a capitalização, a PACTUAL HOLDINGS S/A - CNPJ 02.220.757/0001-16 - também foi incorporada pela PACTUAL S/A - CNPJ 02.220.758/0001-60 - conforme aprovado em nova Assembleia Geral Extraordinária, de 13/10/2006, a qual aprovou, ainda, o respectivo Protocolo de Justificação e o Laudo de Avaliação. Os*

sócios da PACTUAL HOLDINGS S/A - CNPJ 02.220.757/0001-16 - recebem ações da PACTUAL S/A - CNPJ 02.220.758/0001-60 - em troca das ações que possuíam naquela empresa. Como no caso anterior, a atividade da PACTUAL HOLDINGS S/A - CNPJ 02.220.757/0001-16 - restringia-se à exploração de sua participação na PACTUAL S/A - CNPJ 02.220.758/0001-60.

k) Em 03/11/2006 os sócios da PACTUAL S/A - CNPJ 02.220.758/0001-60 - aprovam, mediante Assembléia Geral Extraordinária, o aumento de seu capital social no valor de R\$ 996.087.876,00 elevando-o de R\$ 101.698.838,85 para R\$ 1.097.786.714,85 - integralizado através da capitalização de créditos de seus sócios (balanço de 31/10/2006), provenientes de distribuição de dividendos.

k) Novamente, ao amparo do art. 135 do RIR/99, o contribuinte eleva o custo de aquisição de sua participação na PACTUAL S/A - CNPJ 02.220.758/0001-60 - no valor de R\$ 4.980.441,00.

m) Finalmente, em 01/12/2006, os sócios do BANCO PACTUAL S.A - CNPJ 30.306.294/0001-45 - aprovam em Assembléia Geral Extraordinária a incorporação da PACTUAL S/A - CNPJ 02.220.758/0001-60. Com isto, os sócios da PACTUAL S/A - CNPJ 02.220.758/0001-60 - entregam as ações que possuíam nessa empresa e recebem em contrapartida ações do BANCO PACTUAL S.A - CNPJ 30.306.294/0001-45. O Laudo de Avaliação que ampara essa incorporação demonstra que o valor total dos ativos da PACTUAL S/A - CNPJ 02.220.758/0001-60 se resumia a sua participação no BANCO PACTUAL S.A - CNPJ 30.306.294/0001-45.

n) No mesmo dia, 01/12/2006, o contribuinte aliena a sua participação no BANCO PACTUAL S.A - CNPJ 30.306.294/0001-45 - à UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. - CNPJ 08.245.975/0001-91 (sociedade controlada por UBS AG, empresa com sede na Suíça), conforme já exposto no preâmbulo deste TVF.

o) Da descrição dos negócios acima, verifica-se o seguinte padrão: o aumento de capital em uma determinada empresa, através de créditos detidos por seus sócios pessoas físicas, e sua subsequente incorporação em outra empresa que, por sua vez, sofrerá novo aumento de capital e nova incorporação, bem assim que os ativos das empresas incorporadas se constituíam quase integralmente, ou integralmente no último caso descrito, do investimento na incorporadora.

p) Através dessa manobra o contribuinte promoveu, em 2006, um aumento do custo de aquisição de sua participação no BANCO PACTUAL S.A - CNPJ 30.306.294/0001-45 - de incríveis 146,30% (que passou de R\$ 5.222.629,22 para R\$ 12.863.175,22), enquanto que no mesmo período o patrimônio líquido do BANCO PACTUAL S.A - CNPJ 30.306.294/0001-45 - experimentou um aumento de 84,45% (R\$ 625.223.115,04 para R\$ 1.153.225.211,81 na data da alienação).

q) Essas incorporações seguiram um padrão diferente do normal (investidora incorpora a investida) que denomina-se incorporações reversas. A par da licitude da vontade e realidade dos atos societários examinados que permearam a reorganização societária quanto a sua adequada cronologia, execução e tempestividade de arquivamento no registro de comércio, no presente caso essas capitalizações seguidas das incorporações reversas serviram, como se demonstrará a seguir, para elevação indevida do custo da participação que o contribuinte possuía no BANCO PACTUAL S.A - CNPJ 30.306.294/0001-45 - reduzindo assim o valor do ganho de capital na posterior alienação dessas participações e consequentemente o valor do imposto devido.

Ainda de acordo com o Termo de Verificação Fiscal - TVF (fls. 342/361) - parte integrante do Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF (fls. 362/369) - "pretendeu-se simular, mediante as operações acima descritas, que o custo de aquisição da participação societária detida pelo contribuinte junto ao BANCO PACTUAL S/A e alienada à UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. seria de R\$ 12.863.175,22 quando conforme demonstrado, o valor total do investimento efetuado pelo contribuinte na referida participação alcançou o valor de R\$ 10.203.045,22 (R\$ 12.863.175,22 - R\$ 2.660.130,00)."

Destarte, conclui a autoridade lançadora que o contribuinte incorreu na prática de ato simulado com o propósito de lesar terceiros, no caso a Fazenda Nacional, configurando a hipótese prevista no art. 167, § 1º. inciso I c/c § 2º. do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), uma vez que o ato praticado aparentou conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas às quais realmente conferiu ou transmitiu. O objetivo final do ato simulado (conjunto de operações que antecederam a alienação) foi o de se pretender dar aparência de regular à majoração indevida do custo de aquisição das ações alienadas pelo contribuinte, conferir-lhes direitos que não possuía e com isto lesar o direito do Erário Público incidente na operação.

A autoridade lançadora desconsiderou a simulação em apreço com fulcro no art. 116, parágrafo único do CTN e caracterizou multa de ofício qualificada conforme disposto no art. 44, inciso II da Lei n. 9.430/1996.

Expurgando-se o acréscimo promovido pelo contribuinte no custo de aquisição de suas ações, em razão da capitalização da NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. (antiga PACTUAL PARTICIPAÇÕES S/A) - CNPJ 02.220.756/0001-71 - no valor de R\$ 2.660.130,00 - encontra-se o correto valor do custo de aquisição das ações alienadas que somam R\$ 10.203.045,22 (R\$ 12.863.175,22 - R\$ 2.660.130,00), conforme informa o TVF (fls. 342/361).

Nessa perspectiva, a Fiscalização apurou ganho de capital na alienação em apreço no valor de R\$ 16.015.058,06 correspondente à diferença entre o valor da alienação (R\$ 26.218.103,28) e o custo de aquisição correto (R\$ 10.203.045,22).

Essa apuração repercutiu na realização do ganho de capital no Ano-Calendário 2006, com reflexo nas parcelas recebidas nos Anos-Calendário 2010 e 2011 (quatro parcelas no valor de R\$ 991.251,78 - cada), vez que configurou-se realização de ganho de capital no valor de R\$ 605.495,9310 em cada uma das 4 parcelas retrocitadas, correspondendo a imposto de renda sobre ganhos de capital no valor de R\$ 90.824,39 por parcela, totalizando R\$ 363.297,56 - conforme devidamente discriminado no TVF (fls. 342/361).

Formalizou-se Representação Fiscal para Fins Penais - Processo n. 19515.722155/2013-51 - visando noticiar ao Ministério Público Federal a ocorrência de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária, definido no art. 2º., inciso I da Lei n. 8.137/90.

Cientificado do lançamento em 27/11/2013 (fl. 374), o contribuinte, inconformado, apresentou, em 20/12/2013, por meio do seu representante legal, a impugnação de fls. 378/436, aduzindo, em síntese:

1. Preliminar de decadência:

1.1 - A alienação das ações do BANCO ocorreu em 01.12.2006; logo, como decorridos mais de 5 anos entre esta data e a data da ciência do AUTO, em

27.11.2013 (e, até mesmo da lavratura do AUTO, em 15.10.2013), o crédito tributário nele lançado está extinto por decadência;

1.2 - No caso do IRPF sobre ganho de capital decorrente da alienação de bem ou direito, o termo inicial da decadência é a data da sua realização, tendo em vista que se refere a tributo lançado por homologação, sendo irrelevante, para a contagem do prazo, que o pagamento do preço da venda tenha sido feito de forma parcelada ou à vista;

1.3 - A alienação das ações do Banco Pactual ao UBS Brasil ocorreu em 01/12/2006 e a ciência do auto de infração em 27/11/2013. Logo, decorridos mais de 5 anos entre a data da alienação e a data da ciência, o crédito tributário lançado está extinto por decadência, ainda que caracterizada fraude, dolo ou simulação, hipótese que deslocaria o termo inicial do prazo decadencial para o artigo 173, I, do CTN;

1.4 - Recorre ao artigo 149, parágrafo único, e artigo 150, § 4º, todos do CTN, artigo 140 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/1999) – RIR/1999, artigo 31 da IN SRF nº 84/2001 e à jurisprudência administrativa.

2. No mérito:

2.1 - O Grupo Pactual era composto por diversas holdings, existentes há mais de 10 anos e constituídas em uma época em que os acionistas sequer 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.

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

2.3 - A Lei nº 6.404/1976 (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).

2.4 - 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.

2.5 - 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 de Participações.

2.6 - Em se tratando da alienação de quotas ou ações e em sendo o alienante uma 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. As distorções apresentadas através dos quadros demonstrativos do TVF decorrem do texto da lei.

2.7 - 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. 193 a 197 da mesma lei.

2.8 - O art. 22 da Lei nº 9.249/95, admite que, nas extinções de pessoas jurídicas, os bens de sua propriedade sejam restituídos a seus sócios ou acionistas pelos correspondentes valores contábeis.

2.9 - Não foi adotado planejamento fiscal para elevar indevidamente o custo de aquisição das ações, mediante aumentos de capital sucedidos por incorporações reversas. A reorganização societária no caso concreto foi realizada por ser a forma mais eficiente e rápida no sentido de fazer com que as ações do BANCO chegassem aos ACIONISTAS;

2.10 - Nas incorporações inversas, a automática conversão de todas as contas do patrimônio líquido da incorporada em capital da incorporadora é reconhecida pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e também pelo Fisco (IN nº.77/1986, Lei nº 7.450/1985, artigo 63 do DL nº 1.598/1977 e artigos 376 e 377 do RIR/80);

2.11 - Pontua que, se o patrimônio líquido da incorporada é representado pelas contas de capital, lucros e reservas, é evidente que ocorrerá a capitalização de tais lucros e reservas nos processos de incorporação, pois tais contas, da incorporada, são transferidas para a incorporadora. Assim, a capitalização feita pela incorporadora acarreta acréscimo do custo de aquisição para os ACIONISTAS.

2.12 - A capitalização de lucros antes das incorporações é irrelevante em termos fiscais. No que tange a PARTICIPAÇÕES, informa que ocorreu a distribuição e capitalização de lucros previamente à incorporação pela PACTUAL, tendo em vista que a PARTICIPAÇÕES distribui lucros de forma desproporcional. Este procedimento não se trata de mero artifício para elevação do custo dos investimentos dos acionistas. Nesse sentido, antes de sua incorporação pela PACTUAL, a PARTICIPAÇÕES realizou capitalização de lucros, em 13/10/2006, aumentando o seu capital em R\$ 686.000.0000,00, mediante conversão de créditos detidos por seus quotistas (direito ao recebimento de lucros). Dessa forma, os lucros de Nova Pactual Participações Ltda. foram distribuídos e reaplicados na Pactual S/A, acertando as participações dos acionistas no patrimônio líquido antes da incorporação. Esse procedimento provocou alteração no percentual de participação indireta do Impugnante no BANCO, passando de 0,75% para 0,50%.

2.13 - Carece de base legal a sugestão da fiscalização para baixar uma parcela do custo de aquisição de seus investimentos, qual seja, a referente a lucros da incorporada que foram capitalizados. A autoridade lançadora limita-se a dizer que houve uma “conotação” equivocada do artigo 135 do RIR/1999;

2.14 - A opção de eliminarem-se as holdings mediante incorporações reversas era o caminho lógico, natural e admitido por lei para viabilizar a venda das ações do BANCO pelos controladores e o aumento de custo das ações do impugnante foi mera consequência da adoção dessa opção;

2.15 - A lei foi aplicada e o Fisco não pode deixar de fazer o mesmo por considerar que ela beneficia indevidamente o Contribuinte. As distorções apontadas, decorrentes da aplicação do MEP, se verificam não só nas incorporações reversas, mas também em outras situações. O 1º CC já decidiu, em diversas situações, 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”. Arremata que, por vezes, a legislação fiscal contém distorções, algumas favoráveis e outras prejudiciais ao contribuinte, todavia, as correções devem ser feitas pelo legislador que está revestido da respectiva competência. Além disso, faltaria até lógica adotar procedimento sugerido pela fiscalização, pois, ao fazê-lo,

a venda do investimento após a incorporação reversa (e redução de custo) importaria no reconhecimento de injustificável ganho de capital. O Impugnante tinha investimentos diretos em PARTICIPAÇÕES e a realização de aumento de capital dessa empresa propiciou um aumento do custo de aquisição de seus investimentos. Após a incorporação de PARTICIPAÇÕES por PACTUAL, ocorreu um aumento de capital dessa última, proporcionando ao Impugnante um novo acréscimo de custo. Ressalta que o lançamento contra um dos acionistas do BANCO foi julgado improcedente pelo 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção do CARF;

2.18 - É totalmente equivocada a afirmação de que os atos praticados pelo Impugnante foram simulados. Não houve simulação e, ainda que tivesse ocorrido, o artigo 116, parágrafo único do CTN, não seria aplicável ao caso, seja pela inexistência de simulação, seja pela ineficácia diante da falta de regulamentação, ausência de procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária;

2.19 - Que 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, pois a observância dos atos normativos, nos termos do parágrafo único do artigo 100 do CTN, exclui a cobrança de juros e penalidade;

2.20 - É descabida a incidência de juros sobre a multa porque isso implicaria numa indireta majoração da própria penalidade e não se pode falar em mora na exigência de multa.

O crédito tributário foi mantido no julgamento de primeiro grau consubstanciada no Acórdão n. 03-61.653 (fls. 612/651), que sumariou seu entendimento conforme emenda abaixo reproduzida:

ENQUADRAMENTO LEGAL GENÉRICO.

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

FATO GERADOR. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO A PRAZO. DECADÊNCIA.

O fato gerador do IRPF incidente sobre o ganho de capital, no caso de alienação a prazo, somente se completa quando do efetivo recebimento do valor referente à venda do bem ou direito, momento a partir do qual se inicia a contagem do prazo decadencial para o lançamento do crédito tributário, exceto no caso de dolo, fraude ou simulação, em que a contagem do prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício subsequente àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. VALIDADE.

Só é considerado válido o planejamento tributário, conjunto de medidas e atos adotados pelo contribuinte na organização de sua vida econômico-fiscal, se este anteceder o fato gerador e pautar-se pela legalidade, com o afastamento de qualquer forma de simulação em relação aos atos e negócios praticados.

SIMULAÇÃO. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA.

O fato de cada uma das transações dentro do grupo societário, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando restar comprovada a simulação, visto que, por trás da verdade declarada, uma aparente reorganização societária representada por um conjunto de alterações contratuais, existia uma outra verdade, qual seja, a majoração artificial do custo das ações do acionista pessoa física e a obtenção de benefícios fiscais, que, de outra forma, não poderiam ser alcançados.

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

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, seguida de incorporações reversas e nova capitalização, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

MULTA QUALIFICADA.

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

JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA.

É correta a incidência dos juros de mora sobre o crédito tributário, incluindo os valores da multa de ofício não pagos, a partir de seu vencimento, considerando que a multa de ofício é classificada como débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS.

As decisões administrativas proferidas pelos órgãos integrantes do Ministério da Fazenda não constituem normas gerais, posto que inexistente lei que lhes atribua eficácia normativa, razão pela qual os julgados não se aplicam a qualquer outra ocorrência, senão àquelas objetos das decisões.

*Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido*

O contribuinte foi cientificado do Acórdão n. 03-61.653 (fls. 612/651) em 11/07/2014 (fls. 652/655) e, irresignado, interpôs recurso voluntário em 21/07/2014 (fls. 657/730), tempestivo, portanto, oportunidade em que revisita, em linhas gerais, os mesmos argumentos apresentados quando da impugnação (fls. 378/436), inclusive no que diz respeito à preliminar de decadência e às questões de mérito.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luís Henrique Dias Lima, Relator

O Recurso Voluntário (fls. 657/730) é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n. 70.235/72 e alterações posteriores, portanto dele CONHEÇO.

1. DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

No tocante à alegação de decadência suscitada pelo recorrente é fundamental que se investigue qual o momento da ocorrência do fato gerador nas operações relativas ao ganho de capital da pessoa física.

Na perspectiva do recorrente, o fato gerador, nesse caso, ocorreria no momento da alienação, pois trata-se de fato gerador instantâneo, no qual o tributo é devido no momento em que o sujeito passivo pratica a conduta típica.

O órgão julgador de 1ª. instância (DRJ/BSB), por sua vez, entendeu que nas operações de vendas parceladas a apuração do ganho de capital e o fato gerador do IRPF ocorrem em momentos distintos. Assim, o aspecto temporal do fato gerador ocorreria no momento do efetivo recebimento de cada parcela pactuada.

Para uma melhor contextualização da matéria em apreciação, é oportuno destacar os seguintes dispositivos legais:

1. Lei n. 7.713/88:

Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Art. 3º (omissis)

[...]

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

[...]

Art. 21. Nas alienações a prazo, o ganho de capital será tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês, considerando-se a respectiva atualização monetária, se houver.

2. Lei n. 5.172/66 (Código Tributário Nacional)

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

3. Instrução Normativa SRF n. 84/2001

Art. 31 . Nas alienações a prazo, o ganho de capital é apurado como se a venda fosse efetuada à vista e o imposto é pago periodicamente, na proporção da parcela do preço recebida, até o último dia útil do mês subsequente ao do recebimento.

Parágrafo único. O imposto devido, relativo a cada parcela recebida, é apurado aplicando-se:

I - o percentual resultante da relação entre o ganho de capital total e valor total da alienação sobre o valor da parcela recebida;

II - a alíquota de quinze por cento sobre o valor apurado na forma do inciso I.

4. Decreto n. 3.000/99 (RIR/99)

Art. 140. Nas alienações a prazo, o ganho de capital deverá ser apurado como venda à vista e tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês, considerando-se a respectiva atualização monetária, se houver (Lei nº 7.713, de 1988, art. 21).

§ 1º Para efeito do disposto no caput, deverá ser calculada a relação percentual do ganho de capital sobre o valor de alienação que será aplicada sobre cada parcela recebida.

[...]

Da leitura sistêmica da legislação *supra* destacada, verifica-se que nas alienações parceladas a apuração do ganho de capital ocorre no momento da realização do negócio, como venda à vista. Todavia, para a tributação do IRPF, de acordo com o percentual de ganho de capital relativo a cada parcela, será considerada a data de recebimento. Apura-se o ganho de capital e o percentual referente a cada parcela na data da alienação, no entanto, a tributação do IRPF devido pelo sujeito passivo ocorre nas datas de recebimento de tais parcelas. É o que estabelece a legislação tributária, pois no momento da alienação ainda não há imposto devido, uma vez que o fato gerador e a respectiva obrigação tributária surgem com a aquisição das disponibilidades representadas pelos valores decorrentes da operação de venda.

Na data da alienação, em 01/12/2006, o ganho de capital foi apurado. Posteriormente, restou caracterizada a obrigação tributária (IRPF sobre ganho de capital) no momento da ocorrência do fato gerador, quando as últimas parcelas foram recebidas nos meses de março e setembro de 2010 e março e julho de 2011 (aquisição de disponibilidade financeira). Com efeito, o fato jurídico objeto da incidência do tributo sobre o ganho de capital somente se completa quando do efetivo recebimento do valor referente à venda, nos termos do art. 140 do RIR/1999. Antes do recebimento de cada parcela da venda, não há imposto a ser pago.

Por sua pertinência, é relevante colacionar o art. 173 do CTN para fins de elucidação da divergência quanto ao prazo decadencial:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O disposto no inciso I do dispositivo legal supra reproduzido constitui-se a regra geral para fins de fixação do termo inicial para a contagem do quinquênio decadencial, ou seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Todavia, há casos em que a legislação impõe ao sujeito passivo a obrigação de recolher ou pagar o imposto sem prévio exame da autoridade administrativa. Nessa sistemática, tem-se por imprescindível a definição do termo inicial para a contagem do prazo decadencial as disposições contidas no art. 150, *caput* c/c § 4º., do CTN:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

O TVF (fls. 342/361) informa ocorrência de recolhimento, o que caracteriza antecipação de pagamento do imposto de renda relativo ao ganho de capital decorrente da alienação das ações do Banco Pactual, fato que, a princípio, faria incidir, no caso concreto, a regra do art. 150 do CTN.

Não obstante a Fiscalização da RFB ter enxergado intuito de fraude por parte do recorrente - vez que qualificou a multa de ofício em 150% - fato que deslocaria o termo inicial da decadência do *caput* do art. 150 do CTN para aquele do § 4º. (que, por sua vez, remete ao art. 173, I do CTN), no caso concreto não se evidencia nenhuma repercussão no tocante ao instituto da decadência.

Isto porque ao se considerar a regra do art. 173, I do CTN, para as infrações correspondentes às parcelas recebidas nos anos-calendário 2010 (março e setembro) e 2011 (março e julho), a legislação garante à Fazenda Pública o direito de efetuar o lançamento até os dias 31/12/2015 e 31/12/2016, uma vez que o termo de início do período decadencial é contado a partir de 01/01/2011 e 01/01/2012, respectivamente. Outrossim, aplicando-se a regra do lançamento por homologação, nos termos do art. 150 (*caput* e § 4º.) do CTN, também não haveria que se falar de decadência, haja vista que não alcançaria os fatos geradores referentes aos anos-calendário 2010 e 2011.

Só para argumentar, é oportuno resgatar jurisprudência da 2ª. Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), na sessão de 16 de fevereiro de 2016, em decisão

proferida no Acórdão n. 9202-003-770, em sede de Recurso Especial do Procurador, conforme ementa *infra* reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009

DECADÊNCIA OMISSÃO DE RENDIMENTOS GANHO DE CAPITAL.

Ganho de capital auferido na alienação do imóvel rural o fato gerador se dá no momento do efetivo ganho de capital. Em sendo o pagamento parcelado o fato gerador também será tomado a cada parcela separadamente.

Desta forma, considerando-se o entendimento que ora se apresenta, **rejeito a preliminar de decadência.**

2. DO MÉRITO

Consoante relatado, o recorrente alienou, conjuntamente com os demais sócios da instituição financeira, ações do Banco Pactual S/A à UBS Brasil Participações, apurando ganho de capital no Ano-Calendário 2006.

O recorrente possuía 0,6396% das ações da Nova Pactual Participações Ltda., *holding* que detinha 78,18% de participação societária na Pactual S/A., a qual por sua vez era detentora de praticamente 100% das ações do Banco Pactual S/A. Assim, de forma indireta, o recorrente era detentor de 0,5% das ações do Banco Pactual S.A, conforme demonstrado no TVF (fls. 342/361).

O recorrente e os demais sócios da Nova Pactual Participações Ltda., bem como os sócios da Pactual Holdings S/A, que detinham os restantes 21,82% de participação societária na Pactual S/A, optaram por vender diretamente suas respectivas participações no Banco Pactual S/A à UBS Brasil Participações como pessoas físicas, e não por intermédio das aludidas *holdings*.

Para tanto, foi promovida uma série de reestruturações societárias sob a forma de incorporação reversa ou incorporação inversa, por meio de sucessivas capitalizações de lucros contabilizados nas *holdings*, após a aplicação do Método de Equivalência Patrimonial (MEP) relativamente aos resultados auferidos pelo Banco Pactual S/A.

No que se refere ao recorrente, foram duas as incorporações reversas de interesse:

1. Incorporação da Nova Pactual Participações Ltda. pela Pactual S/A. em 13/10/2006, com o recebimento, pelas pessoas físicas, de participação na mesma proporção que detinham na *holding* extinta.

Essa operação foi precedida pela capitalização, na mesma data, dos lucros apurados pela Nova Pactual Participações Ltda. com esteio no Método de Equivalência Patrimonial (MEP), sendo realizada a primeira majoração do custo de aquisição de sua participação societária com fulcro no art. 135 do RIR/99. Para o recorrente, tal feito resultou em aumento no valor do custo de aquisição de sua participação nessa empresa no montante de R\$ 2.660.130,00.

2. Incorporação da Pactual S/A pelo Banco Pactual S/A. em 01/12/2006, com o recebimento, pelas pessoas físicas, de participação na mesma proporção que detinham na *holding* extinta.

Essa operação foi precedida pela capitalização, em 03/11/2006, de lucros apurados pela Pactual S/A. com amparo no Método de Equivalência Patrimonial (MEP), sendo realizada a segunda majoração do custo de aquisição de sua participação societária, baseada, novamente, no art. 135 do RIR/99. Para o recorrente, tal procedimento resultou na elevação do custo de aquisição de sua participação nessa empresa no valor de R\$ 4.980.441,60.

É relevante destacar que os aumentos de capital vinculados às duas incorporações acima citadas e utilizados como justificativa para as respectivas majorações do custo de aquisição tiveram por fundamento o mesmo (e único) fato econômico: o lucro obtido pelo Banco Pactual S.A.

Não mais existentes as *holdings*, realizou-se a venda do Banco Pactual S/A à UBS Brasil Participações diretamente pelas pessoas físicas, ensejando a apuração de ganho de capital no Ano-Calendário 2006, com parcelas a receber nos anos de 2010 e 2011, ora em questionamento.

A principal questão controversa concentra-se na aplicação do art. 135 do Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda RIR/ 99) às operações em comento, do que teria decorrido, conforme defende o recorrente, custo de aquisição das ações por ele alienadas no patamar de R\$ 12.863.175,22 e não no valor de R\$ 10.203.045,22 apurado pela Fiscalização da RFB. O dispositivo legal em apreço trata do custo de participações societárias adquiridas com incorporação de lucros e reservas, motivo pelo qual cumpre passar prontamente ao seu exame.

O art. 135 do RIR/99 tem sua gênese no parágrafo único do art. 10 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, que deve ser lido em conjunto com o seu *caput*, para a adequada compreensão do contexto no qual tal disposição veio à discussão:

"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 aosócio ou acionista."

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

Conforme preceitua o art. 135 do RIR/99, *supra* reproduzido, se houver aumento de capital social com a utilização de lucros ou reservas de lucros, o custo de aquisição das quotas ou ações da pessoa jurídica sofrerá o reflexo dessa operação. Assim, o custo de aquisição das ações ou quotas passará a ser integrado pelos lucros que forem consumidos na capitalização da empresa.

Destarte, na interpretação do art. 135 do RIR/99 deve-se considerar o conceito de custo de aquisição, que é o valor pago, investido, despendido em um determinado bem ou direito.

O custo de aquisição corresponde ao valor dos recursos investidos na sociedade, sejam eles provenientes diretamente do patrimônio de seus sócios ou dos lucros apurados pela empresa e que poderiam ser repassados a esses mesmos sócios.

Esse valor somente pode ser aumentado na proporção da grandeza econômica passível de ser reinvestida na empresa. Consequentemente, o aumento não pode ser meramente contábil, sem a efetiva entrega do numerário. Tampouco pode ser influenciado pelo número de empresas criadas no grupo empresarial, mas sim pela riqueza efetivamente disponível e aplicada.

Entretanto, no planejamento em análise, o aumento foi artificial, sem respaldo econômico. Tal situação somente ocorreu pelo fato de todas as *holdings* envolvidas e extintas por incorporação inversa terem como única atividade e fonte de receita a participação acionária – direta ou indireta – na empresa operacional. Dessa forma, os lucros ou reservas consumidos nas capitalizações e utilizados para aumentar o custo de aquisição eram provenientes da empresa operacional, refletido nas demais como resultado da equivalência patrimonial.

Neste ponto, é importante considerar a natureza do método da equivalência patrimonial, previsto no art. 248 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1975 (Lei das S/A): uma técnica contábil que se baseia no valor do patrimônio líquido da empresa coligada ou controlada, diferentemente do método do custo, que somente considera o valor desembolsado no momento da aquisição.

Segundo o método de equivalência patrimonial, os lucros apurados na investida/controlada serão registrados como aumento no valor do investimento no ativo da investidora/controladora (lançamento a débito), tendo como contrapartida registro em conta de resultado positivo em participações societárias ou similar (lançamento a crédito), para fins de que esse aumento tenha seus efeitos reconhecidos na demonstração do resultado do exercício da investidora, viabilizando a observância do princípio da competência.

No caso de *holdings* puras tais como as que se apresentam na espécie, tais resultados positivos confundem-se, na prática, com os lucros apurados na investida, pois a *holding* reveste-se essencialmente de natureza formal, sendo instituída com vistas à organização das participações societárias e não possuindo despesas ou mesmo receitas relevantes oriundas de outras atividades empresariais.

Empregando essa noção para o caso em apreço, tem-se que não é possível desvincular o lucro produzido pela empresa operacional do lucro consumido na capitalização das *holdings*. Sendo assim, o custo de aquisição, sofreu aumento artificial, sem o respectivo lastro econômico, o que fica evidenciado quando se compara a evolução do patrimônio líquido da empresa alienada com o aumento ocorrido no custo de aquisição.

O artigo 135 do RIR/99 teve como objetivo apenas simplificar o processo de reinvestimento dos lucros obtidos por uma sociedade, pois dispensou a prévia distribuição e permitiu a capitalização direta, com o consequente aumento do custo de aquisição.

Contraria o sentido e a lógica da norma interpretá-la de maneira a admitir o aumento do custo de aquisição sem o respectivo lastro econômico, sem que ocorra o reinvestimento de bens ou direitos na empresa, mas fruto de um artifício contábil. A norma não pode partir de uma interpretação meramente literal, ignorando-se o conceito de custo de aquisição e mesmo o princípio da capacidade contributiva, que deve informar todo o ordenamento jurídico tributário.

Por conseguinte, o art. 135 do RIR/99 não pode servir de amparo para as operações, vez que o recorrente extrapolou o comando da norma, fazendo prevalecer uma situação totalmente dissonante da realidade.

É oportuno destacar que a simples interposição de sucessivas *holdings* entre os sócios e a pessoa jurídica que gera os resultados de uma determinada atividade empresarial não encontra óbice legal.

Todavia, o problema surge quando acontecem sucessivas incorporações de controlada por controladora definida essa operação como processo mediante o qual uma sociedade (incorporada) tem o seu patrimônio absorvida pela outra (incorporadora), que lhe sucede em todos os direitos e obrigações, realizado com respaldo no § 4º. do art. 264 da Lei das S/A. conjugadas com prévia capitalização de lucros.

Quanto à metodologia do cálculo utilizado no lançamento em lide, caberia à Fiscalização da RFB, assim como foi feito, glosar todos os aumentos no custo de aquisição que tiveram como base as capitalizações efetuadas nas *holdings*.

Constata-se nos autos que o recorrente realizou capitalizações com resultado da equivalência patrimonial, ou seja, lucro produzido pela única empresa operacional do grupo, refletido nas demais (*holdings*).

No entanto, como tal lucro ainda não tinha sido distribuído e estava contabilizado na empresa operacional, ele poderia servir de base para mais uma capitalização no próprio investimento alienado ou mesmo para pagar dividendos aos acionistas. No caso concreto, o alienante recebeu parte do lucro produzido pela empresa operacional, conforme consta dos extratos de fls. 11/14.

Por conseguinte, o lucro da empresa além de ter sido utilizado em mais de uma capitalização, também serviu para distribuição de dividendos aos sócios. Ora, se houve a distribuição de dividendos, tais valores não poderiam servir de fundamento em nenhuma capitalização, autorizando a glosa de todas elas.

Assim, resta evidenciado que o artigo 135 do RIR/99 não oferece nenhum respaldo para a forma como o recorrente calculou o custo de aquisição das ações da empresa alienada.

No TVF (fls. 342/361), a Fiscalização da RFB ilustra de forma esquemática e bastante didática, a essência da interpretação equivocada, por parte do recorrente, do art. 10 da Lei n. 9.249/95 dissociada do art. 135 do RIR/99. Ambos dispositivos reclamam leitura sistêmica e harmônica entre si. O art. 135 do RIR/99 não pode ser lido como preceito desvinculado de qualquer propósito normativo que lhe respalde e isolado do ponto de vista da legislação do imposto sobre a renda.

Resultados que são meros reflexos contábeis emanados da aplicação do MEP, incapazes de serem distribuídos aos acionistas salvo distribuição prévia dos dividendos da pessoa jurídica operacional destinada às *holdings*, ainda que se aceite a possibilidade de que

nestas possam ser capitalizados, não podem acarretar o incremento no custo de aquisição das participações societárias.

No caso em tela, as sucessivas capitalizações dos resultados advindos da aplicação do MEP, primeiro na Nova Pactual Participações Ltda. e posteriormente na Pactual S/A, geraram majorações abusivas do custo de aquisição no curso dos procedimentos de incorporação inversas e reorganização societária, em total descompasso com o incremento das disponibilidades passíveis de distribuição na instituição financeira Banco Pactual S/A., não sendo tais operações, por conseguinte, oponíveis ao Fisco. O custo de aquisição como valor pago, investido ou despendido em um determinado bem ou direito não pode ser inovado.

Os aumentos de capital promovidos pelo recorrente e utilizados como justificativa para majoração dos custos de aquisição tiveram sua origem em um único fato econômico: o lucro obtido pelo Banco Pactual S/A. Desta forma, não é razoável a possibilidade de utilização infinita dos mesmos lucros/reservas (único fato econômico) por falta de absoluta e expressa previsão legal. A prevalecer entendimento nesse sentido, a depender do número de *holdings* interpostas entre pessoas físicas e pessoas jurídicas, o ganho de capital pode, inclusive, alcançar um valor igual a zero.

O recorrente, ao promover sucessivas majorações do custo de aquisição de suas participações societárias com supedâneo em correspondentes capitalizações de lucros que sequer poderiam ser distribuídos, sendo meros reflexos do MEP nas *holdings* em apreço, incorreu em equivocada qualificação jurídica dos fatos, mediante interpretação da norma contida no parágrafo único do art. 10 da Lei n. 9.249/95 em discordância com os seus fins, acarretando violação ao princípio da proporcionalidade no acréscimo do custo de aquisição constatado, oriundo de meros reflexos contábeis sem substrato fático.

Nos termos do inciso III do art. 11 da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1984, os parágrafos de uma lei expressam os aspectos complementares à norma enunciado do *caput* do artigo e as exceções à regra por esta estabelecida. Resulta assim descabida qualquer interpretação assistemática do já citado parágrafo único sem o devido cotejo com o correspondente *caput*.

O recorrente enfatiza que várias eram as alternativas para ser realizada a venda à UBS Brasil Participações, bem como para reestruturar as sociedades envolvidas na operação. A realidade, contudo, é que escolheu deliberadamente, de modo planejado, o procedimento tal e qual narrado nos tópicos acima, e que, levado a efeito, implicou em claro e substancial ganho tributário para as pessoas físicas que alienaram suas participações, mediante o abusivo incremento no custo de suas participações societárias.

Por seu turno, deve-se reconhecer que não resta demonstrado pela autoridade lançadora ter sido a economia tributária o único motivo pelo qual as capitalizações de resultados e as respectivas incorporações reversas ocorreram. Por outro lado, também não tem razão o recorrente quando parece indicar que tal economia seria efeito de menor importância dentro do contexto dos eventos.

Ainda que não tenha sido o único motivo pelo qual a reestruturação societária tenha sido realizada da maneira que se verificou, é inequívoco que o aspecto tributário foi fundamental e extremamente significativo para sua elaboração e consecução, tanto mais quando se verifica que o custo de aquisição para os detentores das participações societárias foi, por consequência, em muito majorado para o recorrente, especificamente, vez que cresceu a uma taxa de 146,30%, frente ao aumento do patrimônio líquido do Banco Pactual na casa de 84,45%.

Outro ponto importante a enfatizar é que não houve qualquer arbitramento do custo de aquisição por parte da Fiscalização da RFB. Verificada a utilização distorcida dos

ditames do parágrafo único do art. 10 da Lei n. 9.249/95, foram devidamente examinados os demonstrativos financeiros e laudos de avaliação do patrimônio líquido apresentados pelo contribuinte.

Em decorrência dessa análise dos elementos componentes do patrimônio, foram devidamente caracterizados os valores que poderiam ter sido objeto de integralização com base no dispositivo em comento, conforme exposto no TVF (fls. 342/361), a partir dos quais foi estabelecido o custo de aquisição para o recorrente, com base na sua participação nas ações integrantes do capital do Banco Pactual S/A.

Observe-se que caberia ao recorrente o ônus de apontar especificamente os eventuais desacertos dos cálculos da Fiscalização da RFB e o prejuízo que deles tivesse advindo, o que não resta suprido pela mera alegação genérica de que se realizou arbitramento sem respaldo no art. 135 do RIR/99.

Destarte, resta sobejamente caracterizada nos autos a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada.

Nesse contexto, é oportuno resgatar a decisão proferida pela 2ª. Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) - que apreciou, na sessão de julgamento de 22 de fevereiro de 2017, Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte - consubstanciada no Acórdão n. 9202-005.240, do qual se extrai o excerto da ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

ANO-CALENDÁRIO: 2006, 2009

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

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

[...]

Em relação à multa qualificada, o § 1º. do inciso I do art. 44 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação dada pela Lei n. 11.488, de 15 de junho de 2007, estabelece que a multa de ofício a ser aplicada nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502, de 30 de novembro de 1964 é de 150%.

As condutas previstas nos artigos em questão têm como pressuposto uma atuação ou omissão dolosa por parte do agente. Assim, para a qualificação da multa de ofício, é necessária a constatação, com elevado grau de probabilidade, de que determinado contribuinte tenha pautado sua conduta imbuído de dolo, ou seja, com a consciência da conduta, a consciência do resultado, a consciência do nexo causal entre a conduta e o resultado, e a vontade de atuar no sentido de provocar o resultado infringente das normas juridico-tributárias. Trata-se, pois, de um dolo específico.

Também é preciso que não haja verossimilhança minimamente suficiente em eventuais justificativas que, alternativamente, poderiam dar amparo ao proceder do contribuinte sem implicar, necessariamente, em um agir doloso.

Deve ser admitido, por outra via, que, quando verificada conduta de pessoa física infringente à legislação tributária, a comprovação do dolo (no caso, específico) a ela porventura associado é tarefa deveras árdua, face a muitas vezes limitada possibilidade de produção de um arcabouço probatório hábil e suficiente para tanto.

Entretanto, não obstante o diligente trabalho desenvolvido pela Fiscalização da RFB, não foram coligidos elementos de prova suficientes e inequívocos com força bastante a amparar a imputação da qualificação da multa de ofício, vez que os fatos relatados no TVF (fls. 342/361) não se mostram suficientes para caracterizar o dolo específico do recorrente em fraudar a legislação tributária.

O fato de as operações terem se utilizado de incorporações reversas para atingir seus objetivos pode, efetivamente, servir de elemento indiciário da existência de planejamento tributário, mas nada revela, *per si*, sobre sua licitude/ilicitude ou validade/invalidade perante o Fisco, visto que se trata, como já mencionado, de procedimento com previsão legal no § 4º. do art. 264 da Lei das S/A.

Todos os atos realizados entre as partes visavam exatamente o objetivo pretendido e exteriorizado, que era o de vender a participação societária que as pessoas físicas detinham na empresa operacional. Nenhum dos atos praticados tiveram a intenção de esconder ou mascarar tal objetivo. As operações foram levadas ao conhecimento de todas as autoridades responsáveis e devidamente aprovadas. Destarte, não há que se falar em simulação, como suscitado pela Fiscalização da RFB no TVF (fls. 342/361).

Na análise dos juros de mora sobre a multa de ofício, cabe destacar que na sistemática do CTN, a obrigação tributária principal é de ínsita natureza pecuniária, sendo composta por tributo e multa, nos termos do seu art. 113 e §§. Os arts. 139 e 142 do *Codex* tributário deixam claro que o crédito tributário tem a mesma natureza da obrigação principal, podendo ser assim, composto tanto por tributo quanto por multa. Destarte, o art. 161 do CTN, quando trata do crédito tributário, está tratando da obrigação principal revestida de exigibilidade, a qual, não paga no vencimento, está sujeita a juros de mora.

Portanto, a incidência dos juros em apreço sobre as multas que porventura componham o crédito tributário é preceito estabelecido no CTN. O legislador ordinário respeitou os parâmetros da lei complementar ao regram no art. 61 da Lei n. 9.430/96 que os débitos *decorrentes* de tributos e contribuições sofrem incidência de juros de mora. A saber, o termo "decorrente" significa *consequente*, ou seja, além do tributo propriamente dito, os débitos que dele são resultantes, ainda que não necessariamente, tais como as multas de ofício proporcionais, as quais também deverão ser acrescidas dos juros.

Em consonância com esse entendimento, vale lembrar que o § 8º do art. 84 da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995, reza que os juros de mora se aplicam aos demais créditos da Fazenda Nacional, cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, categoria na qual se incluem, logicamente, as multas de ofício, sejam proporcionais ou lançadas isoladamente.

A jurisprudência do STJ consolidou-se nesse sentido, conforme se depreende da leitura da ementa do acórdão do AgRg no REsp n. 1.335.688/PR (1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 10/12/2012):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DESEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA.

INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010.

2. Agravo regimental não provido. (grifei)

Em suma, o crédito tributário compreende a multa pecuniária, o que legitima a incidência de juros moratórios sobre a totalidade da dívida.

Por fim, é oportuno destacar que não recai sobre os órgãos de julgamento, em qualquer instância administrativa, o ônus de aduzir fatos novos quando da apreciação da lide tributária, notadamente quando carregados aos autos todos os elementos necessários à formação da convicção do julgador, inclusive no sentido do reconhecimento parcial do pedido do recorrente.

Ante o exposto, voto no sentido de **CONHECER** do Recurso Voluntário (fls. 657/730), **REJEITAR A PRELIMINAR DE DECADÊNCIA** e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, restando afastada a qualificação da multa de ofício (150%), reduzindo-a a 75%.

(Assinado Digitalmente)
Luís Henrique Dias Lima