



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

Processo n° 12448.736590/2011-01
Recurso n° Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão n° 9202-003.701 – 2ª Turma
Sessão de 27 de janeiro de 2016
Matéria Ganho de capital na alienação de participação societária
Recorrentes ANDRE SCHWARTZ
 FAZENDA NACIONAL

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 à correta interpretação a ser dada ao art. 135 do Decreto n° 3.000, de 1999, devem ser expurgados os acréscimos indevidos, com a conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado.

JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. É cabível a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, com base na Taxa Selic, tendo em vista que o crédito tributário compreende o tributo e a multa de ofício proporcional.

Recurso Especial do Contribuinte negado

Recurso Especial do Procurador provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte e pelo voto de qualidade, em dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional. Vencidos os Conselheiros Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, Gerson Macedo Guerra e Maria Teresa Martinez Lopez que negavam provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.

(assinado digitalmente)

MARIA HELENA COTTA CARDOZO - Relatora.

EDITADO EM: 11/02/2016

Participaram da sessão de 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 e Gerson Macedo Guerra.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração por meio do qual se exige Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF, relativo aos anos-calendário de 2006 e 2009, acrescido de multa de ofício qualificada e juros de mora. A infração consistiu na apuração de Ganhos de Capital na Alienação de Ações/Quotas não Negociadas em Bolsa, cujos fatos geradores ocorreram em 31/12/2006 e 30/09/2009.

O objeto da autuação foi a alienação das ações do Banco Pactual S/A, de propriedade do sócio autuado, precedida de reorganização societária ocorrida entre sociedades *holdings*, que detinham as ações do citado banco. A operação consistiu na extinção das *holdings* que detinham participação societária no banco, por meio de sucessivas incorporações às avessas, culminando com a alienação das ações do Banco Pactual diretamente pelos acionistas pessoas físicas da instituição. A reorganização societária teve como consequência a majoração do custo das ações alienadas, o que gerou a redução do ganho de capital tributável, obtido pelo acionista pessoa física.

As operações foi assim descritas, em síntese, pela Fiscalização (Termo de Verificação Fiscal de fls. 794 a 837):

- verificou-se um acréscimo no custo das ações alienadas do Banco Pactual S/A, do acionista autuado, da ordem de 335%, na data da alienação em (dezembro de 2006), enquanto o aumento de patrimônio líquido do Banco Pactual S/A, entidade que concentrava toda a riqueza efetiva do grupo, no mesmo período, foi de 89%, conforme Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica DIPJ da instituição financeira relativa ao ano-calendário de 2006.

- constatou-se assim discrepância entre a evolução da riqueza da instituição financeira alienada e o acréscimo patrimonial do custo das respectivas ações pertencentes a um dos seus acionistas;

- as reorganizações societárias não teriam como produzir efeitos econômicos que justificassem o acréscimo patrimonial da pessoa física, tendo como objeto tão-somente a majoração irregular do custo de aquisição das ações alienadas do Banco Pactual S/A e, conseqüentemente, a supressão de tributos devidos pela pessoa física relativos à alienação do Banco;

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

Autenticado digitalmente em 11/02/2016 por MARIA HELENA COTTA CARDOZO, Assinado digitalmente em 12/0

2/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Assinado digitalmente em 11/02/2016 por MARIA HELENA COTT

A CARDOZO

Impresso em 12/02/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- por meio de contrato firmado em 09/05/2006, entre a UBS AG, a Pactual S.A (controladora direta do Banco Pactual S.A.) e as pessoas físicas com participação indireta no patrimônio do Banco Pactual S.A., definiu-se, entre outras coisas, que as *holdings* detentoras de todas as ações do Banco Pactual S.A seriam extintas mediante a reorganização, para que os sócios pessoas físicas assumissem a condição de proprietários diretos das ações negociadas;

- o pagamento das ações do Banco Pactual S.A. foi parcelado, sendo a primeira parcela paga na data de “Fechamento” da compra e venda das ações, o que correu em dezembro de 2006, e a segunda parcela em data posterior, denominada “Pagamento Diferido”;

- além destes pagamentos, os alienantes receberiam outros valores, denominados “Pagamentos Especiais; Usufruto”;

- os sócios pessoas físicas providenciaram uma reestruturação societária no ano-calendário de 2006, mediante incorporações às avessas das *holdings* controladoras do Banco, o que permitiu que a transferência das ações do Banco Pactual S.A. ao UBS AG fosse feita diretamente pelos sócios pessoas físicas;

- em 28/12/2004 e 31/12/2005, foram realizados aumentos do capital social de Pactual Participações Ltda, nos valores de R\$ 210.000.000,00 e R\$ 130.000.000,00, respectivamente, passando de R\$ 125.000.321,05 para R\$ 335.000.321,71 em 28/12/2004 e R\$ 465.000.320,61 em 31/12/2005, mediante capitalização de parte dos lucros retidos na conta lucros acumulados da sociedade;

- em 31/12/2005, a Pactual Participações Ltda foi incorporada por Pactual Participações S/A, cujo capital social passou de R\$ 26.969.514,00 para R\$ 70.118.786,40 (aumento de R\$ 43.149.272,40), e posteriormente a Pactual Participações S/A transformou-se em Nova Pactual Participações Ltda;

- em 13/10/2006, foi realizado o aumento do capital social da Nova Pactual Participações Ltda, no valor de R\$ 686.000.000,00, passando de R\$ 70.118.786,40 para R\$ 756.118.786,40, mediante capitalização dos créditos detidos pelos sócios quotistas contra a sociedade;

- em 13/10/2006, a Pactual Holdings S/A, aumentou seu capital social em R\$ 202.500.000,00, mediante a capitalização de créditos detidos contra a sociedade e a capitalização da reserva legal da Companhia;

- em 13/10/2006, a Pactual Holdings S/A foi incorporada por Pactual S/A, passando o capital social da incorporadora de R\$ 34.498.190,25 para R\$ 64.248.147,47, e também nesta data a Nova Pactual Participações Ltda foi incorporada por Pactual S/A, cujo capital social passou de R\$ 64.248.147,47 para R\$ 97.841.295,93;

- em 01/11/2006, o capital social da Pactual S/A foi aumentado em R\$ 3.862.542,92, passando para R\$ 101.698.838,85, com a conseqüente emissão de duas ações preferenciais subscritas pelos acionistas André Santos Esteves e Gilberto Sayão da Silva, e integralizadas mediante a capitalização de créditos por eles detidos contra a sociedade;

- em 03/11/2006, a Pactual S/A aumentou seu capital social em R\$ 996.087.876,00, passando este para R\$ 1.097.786.714,85, mediante a capitalização de créditos detidos pelos acionistas contra a Companhia;

- em 01/12/2006, a Pactual S/A foi incorporada pelo Banco Pactual S/A, vertendo-se para o incorporador o patrimônio líquido da incorporada, de R\$ 1.149.597.660,18.

-a partir deste último evento, os acionistas pessoas físicas passaram a ter participação direta no Banco Pactual S/A, detendo as ações que, posteriormente, foram alienadas;

- assim, constata-se um padrão nos eventos societários: após o incremento dos respectivos Patrimônios Líquidos das companhias, em decorrência dos ajustes de equivalência patrimonial originados pelo lucro do Banco Pactual S/A, todas as companhias Investidoras (Nova Pactual Participações Ltda, Pactual Holdings S/A e Pactual S/A) tiveram seus lucros e reservas capitalizados, sendo depois foram incorporadas pelas suas Investidas, operações estas inversas ao processo normal, que é o da Investidora incorporar a Investida;

- nos processos de incorporação reversa houve majoração irregular no custo das ações alienadas, tendo em vista que o processo de extinção das *holdings* Pactual Participações Ltda, Nova Pactual Participações Ltda e Pactual Holdings S/A, com a anterior capitalização de dividendos nos valores de R\$ 210.000.000,00, R\$ 130.000.000,00, R\$ 43.149.272,40, R\$ 202.500.000,00, R\$ 686.000.000,00, não poderiam gerar aumento no custo das ações alienadas do Banco Pactual S/A, uma vez que, posteriormente, houve acréscimo cumulativo do custo das aludidas ações alienadas com a incorporação do acervo líquido da Pactual Holdings S/A e da Nova Pactual Participações Ltda e, mais tarde, a capitalização dos dividendos da companhia Pactual S/A, anteriormente à sua incorporação pelo Banco Pactual S/A, no valor de R\$ 1.063.293.524,60, que representa a soma das parcelas R\$ 29.749.957,22, RS 33.593.148,46, RS 3.862.542,92 e R\$ 996.087.876,00;

- com a incorporação, todo o acervo líquido da Pactual S/A (PL), no valor de RS 1.149.610.206,41, foi incorporado pelo Banco Pactual S/A;

- as ações ou quotas recebidas pelo sócio ou acionista, em decorrência do aumento de capital subscrito pela sociedade fundida, incorporada ou cindida, continuam sendo basicamente as mesmas de antes, ainda que qualitativamente tenham sofrido alteração, da mesma forma que se aceitaria indiscutivelmente como inalterada a participação societária dos sócios ou acionistas que participavam de sociedade que tenha incorporado patrimônio de outra;

- assim, conclui-se que o custo da ação alienada por cada acionista tem como base a participação de cada um deles no capital social da Pactual S/A, em 01/12/2006, todavia o contrato firmado na compra e venda do Banco Pactual S/A determinava que, entre a data da celebração do negócio e a data de sua efetivação os lucros auferidos seriam objeto de distribuição aos antigos proprietários, de tal forma, que em 22/02/2007, os acionistas alienantes, àquela época ex-acionistas, receberam o valor de R\$ 290.754.000,06 a título de dividendos;

- dito valor, portanto, refere-se a lucros auferidos até 01/12/2006 e, para que pudessem ser distribuídos, deveriam estar incluídos no patrimônio líquido da Pactual S/A, por isso esta parcela deve ser deduzida do custo de aquisição apurado;

- desta forma, apura-se o custo das ações alienadas pelo Contribuinte, que é de R\$ 14.962.740,96, correspondente a 1,75% do total da sociedade;

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

- os dividendos capitalizados são os mesmos, na medida em que as Reservas e Lucros capitalizados por Nova Pactual Participações Ltda e Pactual S/A nada mais são que o Resultado da Equivalência Patrimonial do Banco Pactual S/A;

- as operações engendradas pelas citadas sociedades empresariais (uma autêntica cadeia de repercussões de equivalência patrimonial), no que concerne à questão da incorporação de lucros e dividendos, somente encontra lastro jurídico-contábil-financeiro no que se refere àqueles gerados pelo Banco Pactual S/A, com repercussão na controladora Pactual S/A;

- eventuais ajustes promovidos pelo Banco Pactual S/A, em função de acréscimos patrimoniais ocorridos nas sociedades Pactual Participações Ltda e Nova Pactual Participações Ltda, nada mais eram que a própria riqueza gerada pelo Banco Pactual S/A, as quais já haviam sido consignadas no patrimônio de Pactual S/A;

- a capitalização cumulativa dos lucros de equivalência patrimonial, majorando o custo de aquisição das ações acima do cabível, não pode ser admitida, por ser ilícita; ademais, deve ser inibida, para que no futuro não reste comprometida a eficácia de toda tributação do ganho de capital sobre participações societárias, uma vez que o estratagema contábil viabilizaria a utilização de “empresas de papel” (*holdings*), tão-somente para evitar-se o pagamento de imposto de renda sobre ganho de capital, distorcendo-se a percepção do Fisco acerca da capacidade contributiva dos sócios pessoas físicas;

- com tais procedimentos, os ex-acionistas informaram no Demonstrativo de Ganho de Capital de suas Declarações de Ajuste Anual o custo majorado de suas ações, inserindo, dessa forma, elementos inexatos com o fim de pagar menos imposto de renda, conduta que se insere no contexto de fraude à fiscalização tributária, sendo o tipo doloso (art.72, da Lei 4.502/64);

- todo o arcabouço montado foi no sentido de prejudicar o direito do Fisco, configurando, em tese, crime contra a Ordem Tributária definido no inciso I, dos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90;

- o ato praticado contraria as palavras e espírito da lei (art. 135 do RIR/99), apesar de o autuado afirmar que nela se baseou; e ainda que assim fosse, o ato preservaria a letra da lei, mas ofenderia o espírito dela, envolvendo o abuso do direito, intimamente ligado à ideia segundo a qual não há direito ilimitado;

- o abuso do direito pode ser definido como o exercício egoístico, normal do direito, sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou voluntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao critério econômico e social do direito em geral;

- foi aplicada a multa de 150% com base no art. 957, II, do RIR/99, tendo em vista a intenção do fiscalizado de majorar o custo de suas ações e permanecer com esse valor de custo majorado, mesmo após o recebimento de dividendos previstos no contrato de compra

e venda das ações do Banco Pactual S/A em fevereiro de 2007, momento em que deveria recalcular o imposto apurado referente à primeira parcela, deduzindo tal valor do custo.

Cientificado do lançamento, o Contribuinte apresentou impugnação, cujos argumentos foram assim resumidos no acórdão de Primeira Instância (fls. 927 a 954):

"Do Auto de Infração

Antes da reestruturação, o impugnante era titular de investimentos representativos de 2,24% da Nova Pactual Participações Ltda. (NPP), sociedade holding titular de investimentos representativos de 78,18% do capital de Pactual S.A. (PSA), também uma sociedade holding e titular de investimentos representativos de 100% do capital do Banco Pactual. Os demais 21,82% do capital social da NPP eram de propriedade de Pactual Holdings S.A., sociedade holding na qual o Impugnante não tinha qualquer participação.

2. Após a implementação da reestruturação, o Impugnante considerou que o custo de seus investimentos no Banco Pactual passou a ser de R\$ 44661001,2 e esse foi o valor utilizado como base para a quantificação de seu ganho de capital.

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

Das Operações que Precederam a Venda do Banco Pactual e do

Propósito das Mesmas

4. 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.

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

6. Havia algumas opções para a realização do negócio diretamente pelos acionistas, tendo sido a opção pela incorporação reversa das holdings pelo Banco Pactual a mais conveniente do ponto de vista prático, operacional, negocial e fiscal. Desde que o art. 8º da Lei nº 9.532/1997 definiu os efeitos fiscais das incorporações inversas, as incorporações de holdings têm sido a primeira opção para a eliminação de empresas cuja existência se torna desnecessária. A rapidez com que as holdings

foram eliminadas bem demonstra a eficiência da opção adotada pelos acionistas.

7. Assim, não procede a assertiva constante do TVF de que a Reestruturação foi realizada com o objetivo de ser utilizada pelos acionistas para aumentar indevidamente o custo de aquisição de seus investimentos no Banco Pactual.

Dos Efeitos das Incorporações Inversas

8. 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).

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

10. O conjunto patrimonial destinado à realização do aumento de capital corresponde à diferença entre o valor dos ativos e das obrigações da incorporada, isto é, ao seu patrimônio líquido.

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

12. Nas incorporações inversas, a capitalização de lucros das incorporadas nos processos de incorporação por vezes não é perceptível de imediato, pois pode ocorrer de o capital da incorporadora permanecer o mesmo antes e depois da operação.

Com efeito, tome-se, por exemplo, situação em que: (i) a incorporadora/controlada tenha sido constituída no ano I, com o capital de R\$ 100.000,00; (ii) sua única acionista seja a incorporada/controladora, uma empresa sem nenhum passivo cujo único ativo sejam os investimentos na incorporadora/controlada (R\$ 100.000,00); (iii) a incorporadora/controlada tenha auferido lucros de R\$ 50.000,00 e promovido a capitalização dos mesmos.

13. Na incorporação, caberia à incorporadora/controlada aumentar seu capital em R\$ 150.000,00 (valor de patrimônio líquido da incorporada/controladora), atribuindo as ações

representativas desse aumento aos acionistas da incorporada/controladora; em contrapartida desse aumento, os ativos da incorporada/controladora seriam transferidos à incorporadora/controlada mas, como a legislação brasileira não confere às ações representativas do capital da própria emitente a natureza de um ativo, as referidas ações seriam declaradas extintas e o capital social da incorporadora/controlada permaneceria inalterado. Assim, a situação patrimonial da incorporadora/controlada seria exatamente a mesma, antes e depois da incorporação.

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

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

Com a incorporação da investidora/incorporada, seus acionistas passariam a participar de empresa (a investida/incorporadora) sem lucros disponíveis e com capital social de R\$ 150.000,00. Assim, se o custo dos investimentos dos acionistas da investidora/incorporada não fosse elevado para R\$ 150.000,00, eles perderiam, com a incorporação, a oportunidade de receber dividendos ou mesmo bonificações que possibilitassem o aumento do custo de seus investimento até o montante do patrimônio líquido da invertida/incorporadora; ou seja, se o custo não fosse ajustado, o acionista passaria a registrar um deságio nos seus investimentos.

Esse fato evidencia, por si só, a ocorrência da capitalização dos lucros das incorporadas nos processos de incorporação e justifica o ajuste do custo dos investimentos dos acionistas da incorporada, com base no § único do art. 130 ou no art. 135 do RIR.

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

18. Os lucros de Nova Pactual foram distribuídos em bases desproporcionais e reaplicados na empresa, acertando as participações dos acionistas no patrimônio líquido antes da incorporação.

19. O capital de Participações foi aumentado em R\$ 686.000.000,00, mediante a conversão de créditos detidos por seus quotistas, n° créditos estes decorrentes do direito ao recebimento de lucros e, como nela se observa, a capitalização

dos referidos lucros gerou significativa alteração nos percentuais de participações dos acionistas no capital da referida empresa.

20. 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.

Do Aumento de Custo Resultante da Reestruturação

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

22. O aumento do custo de aquisição dos investimentos do Impugnante no Banco Pactual se verificaria, quer houvesse deliberação expressa e específica no sentido da capitalização dos lucros das holdings como houve quer não.

23. 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.

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

25. A Fiscalização limita-se a alegar que houve uma interpretação incorreta do art. 135 do RIR, por parte do Impugnante. Isso evidencia que, na verdade, o Auto baseia-se no inconformismo da Fiscalização quanto às consequências que a aplicação da lei trouxe no caso concreto.

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

27. 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.

28. A opção de eliminarem-se holdings mediante incorporações reversas era o caminho lógico, natural e admitido por lei para viabilizar a venda das ações do BANCO pelos ACIONISTAS e o aumento do custo das ações do IMPUGNANTE foi mera consequência da adoção dessa opção, legítima e essencial à realização do negócio, diga-se de passagem.

29. 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.

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

Do Equívoco quanto ao Montante do Ganho de Capital Reduzido em

Razão da Reestruturação

31. O montante dos lucros capitalizados soma-se ao custo dos investimentos a que correspondem, ainda que eles tenham sido reconhecidos em razão da aplicação do MEP. Assim, após a capitalização dos lucros existentes em Participações, o custo dos investimentos do Impugnante atingiu R\$ 27.229.548,70. Esse é, pois, o valor que deveria ter servido de ponto de partida para quantificação do ganho de capital auferido na venda das ações do BANCO, caso os efeitos da Reestruturação fossem negados.

32. Mesmo que a Reestruturação tivesse sido levada a efeito nas bases que o TVF consideraria adequada, os R\$ 27.229.548,70 corresponderiam ao custo dos investimentos do Impugnante no Banco.

33. A sustentação da Fiscalização de que o custo das ações do Banco deveria ser definido com base no valor do capital de Pactual, dele expurgada uma parcela dos lucros do Banco que seria distribuída aos Acionistas, em razão de usufruto então constituído, chega a causar perplexidade, se confrontada com as normas legais que tratam da matéria, segundo as quais o custo do investimento corresponde ao preço pago por sua aquisição, acrescido dos lucros e reservas de lucros atribuídos aos mesmos, em razão da realização de aumentos de capital da investida.

34. O procedimento adotado no Auto no sentido de partir da situação patrimonial de Pactual para definir o custo dos investimentos do Impugnante no Banco carece de base legal, como também carece o usufruto sobre as ações do Banco.

Da Inexistência de Fraude e Abuso de Direito

35. *Depreende-se do Auto que a fraude não estaria presente em ato específico, mas sim no resultado que, com a Reestruturação, o impugnante procurou atingir, qual seja, uma injustificada redução do montante do imposto a pagar.*

36. *A Reestruturação não foi realizada com esse propósito específico e seria levada a efeito, independentemente da economia fiscal que dela decorreu. O Auto não nega efeitos à Reestruturação, apenas rejeita um dos efeitos fiscais, qual seja, o cômputo no custo dos investimentos dos lucros capitalizados por Participações.*

37. *Assim, não há que se falar em fraude à lei, abuso de forma ou ilícito semelhante, mas sim em aplicação inadequada das normas legais ajuste feito ao valor então encontrado, em razão da existência de que versam sobre a determinação do custo de investimentos, para efeitos de determinação de ganhos de capital.*

38. *Mesmo que os atos fossem praticados com abuso de direito, não poderiam ser classificados como fraudulentos e qualificados como ilícitos de natureza penal, pois para que haja abuso de direito os atos que sejam assim classificados devem observar a legislação em vigor. Se não observaram, o ilícito será de outra natureza.*

39. *Em 2001, a RFB reconheceu publicamente que a legislação em vigor não lhe oferecia armas para combater o planejamento fiscal, o que levou o Congresso a publicar a Lei Complementar 104/2001 que introduziu no CTN o parágrafo único do art. 116, que depende ainda de regulamentação.*

40. *O escopo das referidas normas foi atingir atos que, embora lícitos, fossem praticados com abuso de forma ou de direito. Aqueles praticados com observância da lei, mas com abuso de forma não podem ser rejeitados pela fiscalização, na medida em que a norma que lhe atribui esse poder ainda carece de regulamentação ou pelo menos não representam fraude ou simulação.*

41. *Não há no TVF, elemento que possa caracterizar a alegada fraude. Questiona o impugnante: onde está a informação falsa oferecida à fiscalização? Onde está a omissão quanto a fato que deveria ser obrigatoriamente declarado à fiscalização? Também não há uma única indicação de que os atos praticados foram ilógicos ou menos convenientes, em termos negociais, do que outros.*

42. *O único ponto suscetível de comportar discussão está na aplicação das regras do art. 130 e 135 do RIR. Se permanecer o entendimento de que o referido dispositivo legal não engloba a capitalização de lucros derivados da aplicação da MEP, o custo dos investimentos do impugnante no Banco foram superdimensionados, mas apenas por equívoco na interpretação da lei. Mas alegar que a Reestruturação foi concebida com evidente intuito de fraude é um absurdo.*

43. *Jamais se poderia ver fraude em procedimentos com as características da Reestruturação. Transcreve o Impugnante doutrina a respeito da matéria e destaca, por fim, que a participação do impugnante era extremamente reduzida, não tendo ele votos suficientes para fazer com que a Reestruturação ocorresse dessa ou daquela forma.*

44. *Não se alegue que a mera intenção do sujeito passivo de obter economia tributária caracterizaria "dolo" capaz de deflagrar a multa qualificada.*

45. *A participação do impugnante era extremamente reduzida, não tendo ele votos suficientes para fazer com que a Reestruturação ocorresse dessa ou daquela forma.*

Da Inaplicabilidade da Multa Agravada

46. *A aplicação da multa de 150% só justifica-se quando há evidente intuito de fraude, ou seja, quando o contribuinte age de má-fé e com claro propósito de violar conscientemente a lei.*

47. *A jurisprudência administrativa reserva a multa majorada apenas para casos em que haja tentativas de enganar, esconder, iludir a fiscalização. (Apresenta uma série de exemplos de acórdãos)*

48. *Por outro lado, jurisprudência administrativa é uníssona em rejeitar a qualificação da multa quando não for demonstrada pela autoridade fiscal, com precisão, a existência de falsidade ou omissões que a justifiquem. São citadas a Súmula nº 14 do Carf e diversas decisões proferidas pelo órgão administrativo.*

49. *Assim, tendo em vista que a fiscalização não comprovou e sequer apontou um único ato praticado pelo impugnante que pudesse configurar a fraude, fica evidente que não se verificaram no caso concreto os pressupostos para aplicação da multa qualificada.*

50. *Se o impugnante acreditava e acredita que a lei permitia a elevação do custo de seus investimentos, seu procedimento, ainda que equivocado, não denota consciente intuito de fraude.*

Dos Juros sobre a Multa

51. *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.*

Do Pedido

Requer o Impugnante, por fim, que seja julgado totalmente improcedente o Auto, com a consequente extinção do crédito tributário dele decorrente."

O lançamento foi mantido em Primeira Instância, o que motivou a interposição de Recurso Voluntário.

Em sessão plenária de 16/04/2013, foi julgado o Recurso Voluntário s/n, prolatando-se o Acórdão nº 2202-002.260 (fls. 1.049 a 1.082), assim ementado:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

OMISSÃO DO GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. MAJORAÇÃO ARTIFICIAL DO CUSTO DE AQUISIÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS DE LUCROS REFLETIDOS NAS EMPRESAS HOLDINGS PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL.

É indevida a majoração do custo de aquisição na capitalização de lucros ou reservas de lucros apurados na empresa investidora pelo Método de Equivalência Patrimonial refletidos nas empresas holdings investidoras, do mesmo lucro da sociedade investida, disponível para capitalização ou retiradas.

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societário alienada, mediante a capitalização indevida de lucros e reservas refletidos da investidora, decorrentes dos ganhos avaliados pelo método da equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, devem ser expurgados os acréscimos indevidos, ou apurado o custo de aquisição da participação societária em função do patrimônio líquido da sociedade alienada, com a conseqüente tributação do efetivo ganho de capital.

MULTA QUALIFICADA. DOLO OU FRAUDE

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

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Incabível a incidência de juros sobre a multa de ofício por falta de previsão legal.”

A decisão foi assim resumida:

“Acordam os membros do colegiado, QUANTO À MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA: Por maioria de votos, desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%. Vencido o Conselheiro Márcio de Lacerda Martins que mantinha a qualificação da multa de ofício. QUANTO À EXCLUSÃO DA INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO: Por maioria de votos, excluir da exigência a taxa Selic incidente sobre a multa de ofício. Vencidos os Conselheiros Antonio Lopo Martinez e Márcio de Lacerda Martins, que negaram provimento ao recurso nesta parte. QUANTO ÀS DEMAIS QUESTÕES: Por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Rafael Pandolfo e Pedro Anan Junior. Apresentarão Declaração de Voto os Conselheiros Antonio Lopo

Martinez e Rafael Pandolfo. Manifestaram-se, quanto ao processo, o contribuinte por meio de seu advogado Dr. Luís Cláudio Gomes Pinto, inscrito na OAB/RJ sob nº 88704 e a Fazenda Nacional, por meio da sua representante legal, Dra. Indiara Arruda de Almeida Serra (Procuradora da Fazenda Nacional).”

O processo foi encaminhado à PGFN em 02/07/2013 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1.083). De acordo com o disposto no art. 7º, §§ 3º e 5º, da Portaria MF nº 527, de 2010, a intimação presumida da Fazenda Nacional ocorreria em 1º/08/2013. Em 16/07/2013, tempestivamente, foi interposto o Recurso Especial de fls. 1.084 a 1.101 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1.103).

O Recurso Especial foi fundamentado no art. 67, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, e visava rediscutir as seguintes matérias:

- desqualificação da multa de ofício; e
- incidência de juros sobre a multa de ofício.

Ao Recurso Especial foi dado seguimento parcial, conforme Despacho de Exame de Admissibilidade de fls. 1.104 a 1.109, confirmado pelo Despacho de Reexame de fls. 1.110/1.111, admitindo-se à Instância Especial apenas a questão da **incidência de juros sobre a multa de ofício**.

Em seu apelo, a Fazenda Nacional alega, em síntese, relativamente à matéria que teve seguimento:

- a fim de contextualizar o problema e buscar a interpretação adequada, serão transcritos os dispositivos aplicáveis à solução do caso. Em primeiro lugar, os artigos 44, I, e 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, com a redação anterior à dada pela Lei nº 11.488/2007:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

(...)

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

(...)

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

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

(...)

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

- a divergência sobre a aplicabilidade da SELIC sobre a multa de ofício a título de juros de mora se dá, primordialmente, acerca do que se entende por “débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal”;

- o art. 61, *caput*, e seu § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, utilizam, respectivamente, as expressões “débitos para com a União” e “débitos a que se refere este artigo”;

- assim, é importante definir a que “débitos” se referem o art. 61, *caput*, e seu § 3º do mencionado diploma legal;

- é sabido que, com a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, surge o direito subjetivo público do sujeito ativo (União) a receber o crédito tributário e o respectivo dever do sujeito passivo (devedor) de pagá-lo no prazo previsto na legislação específica;

- portanto, nota-se que, se não pago o tributo no prazo estipulado legalmente, o Fisco efetuará o lançamento do crédito tributário, expressão que abrange o tributo e os acréscimos legais (multa e juros).

- quer-se dizer com isso que os débitos a que se referem o art. 61, *caput*, e seu § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, são os créditos tributários devidos à União e não somente o valor do tributo;

- os juros incidirão sobre o principal e a multa de ofício aplicada, é o que manda o citado § 3º, portanto a Lei nº 9.430, de 1996, dispôs de modo diverso do § 1º, do art. 161, do CTN e expressamente mandou aplicar aos créditos tributários da União a “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”, que é a taxa SELIC;

- logo, resta correta a aplicação dos juros de mora, com base na taxa SELIC, sobre a multa de ofício.

Ao final, a Fazenda Nacional pede o provimento do recurso, reformando-se o acórdão recorrido, reconhecendo-se hígida a aplicação dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Cientificado do acórdão, do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional e dos despachos que lhe deram seguimento parcial em 06/12/2013 (Termo de Vista

de fls. 1.117), o Contribuinte interpôs, em 20/12/2013 (carimbo aposto às fls. 1.124), o Recurso Especial de fls. 1.124 a 1.159, com fundamento no art. 64, inciso II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF n] 256, de 2009. Na mesma data, ofereceu as Contrarrazões de fls. 1.160 a 1.166.

Em sede de Contrarrazões, o Contribuinte pede, em síntese, a manutenção da decisão do acórdão recorrido, colacionando jurisprudência.

Ao Recurso Especial interposto pelo Contribuinte foi dado seguimento, conforme despacho de 14/01/2014 (fls. 1.197 a 1.200).

Em seu apelo, o Contribuinte reitera as razões contidas nas peças de defesa.

Voto

Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo

Trata-se de Recursos Especiais interpostos pelo Contribuinte e pela Fazenda Nacional.

O Recurso Especial do Contribuinte visa rediscutir a questão de fundo do acórdão, que diz respeito ao custo de aquisição na apuração de ganho de capital na alienação de participação societária. O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, na parte em que teve seguimento, visa restabelecer a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício.

Passo a analisar o Recurso Especial interposto pelo Contribuinte

O recurso Especial interposto pelo Contribuinte é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, portanto deve ser conhecido.

Trata-se da validade do procedimento adotado na apuração do custo de aquisição das ações do Banco Pactual, alienadas à UBS Brasil.

O tema já foi reiteradamente debatido na 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, que firmou o entendimento retratado no brilhante voto do Ilustre Conselheiro Eduardo Tadeu Farah, no Acórdão nº 2201-002.637, de 20/01/2015, cujos fundamentos adoto como razões de decidir e a seguir reproduzo:

"Cuida o presente lançamento de omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa, relativamente a fatos ocorridos nos anos-calendário 2006 e 2009.

Como visto do relatório, cinge-se a controvérsia na regularidade do procedimento adotado pelo recorrente para a apuração do custo de aquisição das ações do Banco Pactual que foram alienadas a UBS Brasil.

Em seu apelo, defende o contribuinte a higidez da operação alegando que o Grupo Pactual era composto por diversas holdings constituídas há mais de dez anos, cujo objetivo era organizar o controle do Banco, quando sequer cogitavam alienar seus investimentos. Afirma que as incorporações de

holdings tem sido a opção para a eliminação de empresas cuja existência se torna desnecessária, conforme dispõe o art. 8º da Lei 9.532/1997.

Assegura que é inaplicável o art. 116, parágrafo único, do CTN, já que a validade do método encontra respaldo no art. 135 do RIR/1999. Por fim, assevera que "... 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".

Pois bem, para o deslinde da controvérsia, cumpre reproduzir, de antemão, trecho do Termo de Verificação Fiscal (...)

Do exposto, 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. Na verdade, a mesma riqueza representou aumento do custo de aquisição mais de uma vez, reduzindo, dessa feita, o ganho de capital e, por consequência, o pagamento do imposto de renda devido.

Como bem pontuou o recorrente, não há qualquer impedimento à utilização do art. 135 do RIR/1999 para computar no custo de aquisição os lucros ou reservas de lucros oriundos do aumento de capital ou incorporação dos resultados apurados pela sociedade, contudo, uma vez utilizados os lucros e reservas de capital, não é plausível que eles possam lastrear nova operação, já que, no caso dos autos, não houve geração de lucros autônomos e independentes nas sociedades investidoras.

O método de equivalência patrimonial consiste em atualizar o valor contábil do investimento ao valor equivalente à participação societária da sociedade investidora no patrimônio líquido da sociedade investida. Portanto, o contribuinte pode promover o acréscimo ao custo de aquisição de investimento por meio da capitalização de lucros ou reserva de lucros, mesmo que esses tenham sido apurados única e exclusivamente com base em resultados decorrentes da aplicação do método de equivalência patrimonial. Entretanto, in casu, houve o aumento do custo de aquisição pelo efeito multiplicativo dos resultados do Banco Pactual, evidenciando, repise-se, a elevação artificial do custo de alienação das ações, conforme se infere da comparação do aumento do patrimônio líquido do Banco Pactual no período de 31/12/2005 a 31/11/2006 ao acréscimo do custo de aquisição das ações do contribuinte no mesmo período.

Com efeito, não é dado ao contribuinte criar determinada situação para se encaixilhar na situação legalmente prevista, ou seja, proceder a uma interpretação jurídica da norma descasada com seu aspecto econômico.

O fato de cada uma das transações isoladamente e do ponto de vista formal ostentar legalidade, não garante a legitimidade, perante o fisco, do conjunto de operações, quando fica

comprovado que os atos praticados tinham objetivo diverso daquele que lhes é próprio. O princípio da liberdade de auto-organização, mitigado que foi pelos princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva, não mais endossa a prática desses atos.

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 conseqüente 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.

Em decisões semelhantes, envolvendo outros sócios/acionistas, o CARF reiteradamente posicionou-se no sentido da ilegitimidade da majoração artificial do custo de aquisição, consoante se observa das ementas transcritas:

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 conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado. (Acórdão nº 2202-002.165)"

No mesmo sentido, o Ilustre Conselheiro Eduardo Tadeu Farah cita ainda os Acórdãos nºs 2202-002.428, 2201-002.196, 2202-002.167 e 2202-002.166.

Rechacado o procedimento utilizado pelo Contribuinte, resta esclarecer quanto ao critério de atualização do custo da participação societária, em função da capitalização de lucros pela pessoa jurídica.

A distribuição de lucros deve se dar a partir da pessoa jurídica operacional, seguida de subscrição de aumento de capital nas empresas componentes de um grupo econômico (a pessoa jurídica operacional e suas *holdings*), tendo por efeito patrimonial o aumento de capital em toda a cadeia societária. Nesse passo, não é possível distribuir mais de uma vez o mesmo lucro (o lucro e seus reflexos por equivalência patrimonial), tampouco capitalizá-lo mais de uma vez. Isso 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*. Esta, por sua vez, somente pode distribuir o lucro aos acionistas, pessoas físicas, após o recebimento dos recursos da pessoa jurídica operacional, e os acionistas somente podem aumentar capital na *holding* em que possuam participação direta. Finalmente a *holding*, com os recursos recebidos, poderá aumentar o capital da pessoa jurídica operacional.

Assim, somente haverá capitalização de lucros passíveis de distribuição se toda a cadeia societária (*holdings* e empresa operacional) realizar a capitalização. 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, porque os efetivos lucros da pessoa jurídica operacional ainda poderão ser distribuídos sem tributação (para os próprios sócios) ou para futuros adquirentes.

No caso de *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, conforme a sistemática de cálculo abaixo:

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

A sistemática acima atende ao 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).

Com estas considerações, em face dos questionamentos do Contribuinte quanto ao cálculo do custo de aquisição da participação societária, a sistemática acima será aplicada ao caso concreto.

Analisando-se o TVF - Termo de Verificação Fiscal de fls. 794 a 837, constata-se que efetivamente ocorreram duas capitalizações seguidas de lucros, pela aplicação do método de equivalência patrimonial, às participações societárias das *holdings* Nova Pactual e Pactual. Por outro lado, não houve a capitalização dos lucros auferidos pela pessoa jurídica operacional, Banco Pactual. Nesse passo, a Fiscalização não aceitou as capitalizações levadas a cabo pelo Contribuinte e arbitrou o custo de suas ações em R\$ 14.962.740,96, correspondente a 1,75% do total do acervo líquido da última sociedade *holding* incorporada (Pactual S/A), líquido dos dividendos distribuídos (demonstrativos de fls. 31 do TVF).

Assim, os dois aumentos do custo, decorrentes das capitalizações ocorridas em 2006 em Nova Pactual e Pactual S/A, nos valores de R\$ 15.350.517,00 e R\$ 17.431.540,00, respectivamente (fls. 13 do TVF), deveriam ter sido glosados, já que o lucro da pessoa jurídica operacional, efetivamente auferido pelo Banco Pactual, foi mantido em seu patrimônio líquido, após as incorporações reversas, e conseqüentemente permaneceu passível de distribuição isenta aos adquirentes ou terceiros (até mesmo os próprios alienantes), conforme acordo entre as partes.

Observe-se que a capitalização de lucros que tem o condão de alterar o custo da participação societária é somente aquela relativa aos lucros efetivamente passíveis de distribuição isentos de tributação. Ademais, a distribuição de lucros com isenção foi efetivamente transferida (aos adquirentes do banco, ou terceiros por eles determinados).

Conclui-se, assim, que as capitalizações de lucros realizadas no ano-calendário de 2006 não podem ter qualquer efeito no custo da participação alienada.

Constata-se, assim, que tomando-se o valor aceito como custo pela Fiscalização (R\$ 14.962.740,96), glosadas as duas capitalizações ocorridas em 2006, o valor do tributo devido seria maior que o lançado, uma vez que o custo seria reduzido a R\$ 11.878.944,20. Confira-se o item 2.4 do TVF:

()	Custo considerado pelo autuado - por ele informado	44.661.001,20
(-)	Aumento de custo pela 1a capitalização	- 15.350.517,00
(-)	Aumento de custo pela 2a capitalização	- 17.431.540,00
(=)	Custo original - a ser aceito conforme o critério ora aplicado	11.878.944,20

O custo acima, no valor de R\$ 11.878.944,20, ainda é inferior ao de R\$ 14.962.740,96, admitido pela Fiscalização, o que dispensa eventual ajuste, vedado o agravamento da exigência.

No que tange ao pedido subsidiário, no sentido de dispensa de penalidade e juros de mora, mediante a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 100, do Código Tributário Nacional, e de observância à Instrução Normativa SRF nº 84, de 2001, cabe esclarecer que tais dispositivos não referendam a interpretação do art. 135 do RIR/99, abraçada pelo Contribuinte, razão pela qual tal reivindicação revela-se incabível.

Diante do exposto, nego provimento ao Recurso Especial interposto pelo Contribuinte.

Passo a analisar o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional

O Recurso Especial da Fazenda Nacional, na parte em que obteve seguimento - incidência de juros de mora sobre a multa de ofício - atende aos demais pressupostos de admissibilidade, portanto deve ser conhecido.

A questão já é antiga no CARF, restando a esta Conselheira reiterar o posicionamento já adotado em inúmeras oportunidades.

O § 3º, do art. 61, da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir aos juros que incidem sobre os débitos para com a União, incluiu o tributo e a multa, já que esta também constitui um débito para com a Fazenda Pública. Com efeito, o crédito tributário inclui a multa de ofício, sem previsão legal para que tal parcela seja dissociada do principal.

Tal entendimento possui inúmeros precedentes no CARF, dentre eles:

JUROS SOBRE MULTA — sobre a multa de ofício devem incidir juros a taxa Selic, após o seu vencimento, em razão da aplicação combinada dos artigos 43 e 61 da Lei nº 9.430/96. (Acórdão 120-200.138– 1ª Seção. 2ª Câmara. 1ª Turma Ordinária. Sessão de 30/07/2009. Relator Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes)

No mesmo sentido é a posição da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído,

incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. (Acórdão CSRF nº 9101-01.191 – Sessão de 17 de outubro de 2011)

Quanto ao Poder Judiciário, o STJ - Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o tema:

TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.

É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário. (STJ Segunda Turma Acórdão REsp 1.129.990/PR, Relator Min. Castro Meira DJe de 14/09/2009)

Assim, é perfeitamente legal a incidência de juros Selic sobre a multa de ofício, exigida isolada ou juntamente com tributos ou contribuições.

Diante do exposto, nego provimento ao Recurso Especial interposto pelo Contribuinte e dou provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, restabelecendo a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Relatora