



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

**Processo nº** 12448.735830/2011-42  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** 2201-002.198 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 13 de agosto de 2013  
**Matéria** IRPF  
**Recorrente** PEDRO BATISTA DE LIMA FILHO  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006, 2009

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE AÇÕES. CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS REFLETIDOS NAS EMPRESAS HOLDINGS INCORPORADAS. MAJORAÇÃO ARTIFICIAL DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

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 com a incorporação pela investidora.

MULTA QUALIFICADA. REQUISITOS. ASPECTO SUBJETIVO DO INFRATOR. DOLO GENÉRICO E DOLO ESPECÍFICO.

Em toda e qualquer infração está presente a culpa ou *dolo genérico*, sujeito a multa de ofício de 75%. Na imposição da multa qualificada de 150% também se exige o dolo, mas o *dolo específico*, a conduta e vontade deliberada de sonegar, com assunção do risco consciente da infração agravada.

Incabível assim a imposição da multa qualificada quando não se comprovar, de forma firme e estreme de dúvidas, o dolo específico, o aspecto subjetivo do infrator na vontade deliberada ou assunção consciente do risco da sonegação.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

Devidos os juros de mora sobre a multa de ofício, na esteira dos precedentes da Câmara Superior deste Conselho e do C. Superior Tribunal de Justiça.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%. Vencidos os Conselheiros Nathália Mesquita Ceia (Relatora) e Gustavo Lian Haddad, que deram provimento integral ao recurso.

MARIA HELENA COTTA CARDOZO - Presidente.

NATHÁLIA MESQUITA CEIA - Relatora.

ODMIR FERNANDES - Redator designado.

EDITADO EM: 19/11/2013

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARIA HELENA COTTA CARDOZO (Presidente), EDUARDO TADEU FARAH, GUSTAVO LIAN HADDAD, MARCIO DE LACERDA MARTINS, ODMIR FERNANDES e NATHALIA MESQUITA CEIA.

## Relatório

Trata o presente processo de auto de infração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF - sobre ganho de capital na alienação de participação societária no valor de R\$ 509.358,38, multa de ofício qualificada em 150% e juros de mora calculados até novembro de 2011, perfazendo o montante de R\$ 1.455.461,81 (fls. 1079).

A fiscalização aponta que o Recorrente não apurou de forma correta o ganho de capital na alienação de participação societária, pois majorou inadequadamente o custo de aquisição da referida participação. Ainda entende a fiscalização existirem fatos que justifiquem a aplicação de multa qualificada.

O Recorrente era acionista da empresa Nova Pactual Participações Ltda. que detinha participação na empresa Pactual SA que detinha o Banco Pactual. Em 2006, os acionistas do Grupo Pactual alienaram o Banco Pactual. Como o comprador pretendia apenas adquirir o Banco Pactual, os acionistas, pessoas físicas, promoveram uma reestruturação societária, onde inicialmente a Pactual SA incorporou sua investidora e, ato contínuo, o Banco Pactual incorporou sua investidora (sociedade remanescente da incorporação anterior), sendo que ao final os acionistas (pessoas físicas) restaram detentores diretos do Banco Pactual que, posteriormente, fora alienado ao comprador.

Tanto Nova Pactual Participações Ltda. quanto a Pactual SA apresentavam lucros e reserva de lucros à época da reestruturação, sendo que esses foram capitalizados antes dos respectivos atos de incorporação.

Em face do exposto, a fiscalização argumenta que como havia duas sociedades holdings entre os acionistas, pessoas físicas, e a empresa operacional do grupo (o Banco Pactual), o único resultado que representa efetivamente riqueza é o resultado apresentado pelo banco, sendo que os lucros das holdings investidoras do banco, nada mais são do que reflexo do lucro do banco nessas sociedades, em face da aplicação do método contábil da equivalência patrimonial.

Com base nessa argumentação, entende a fiscalização que a capitalização dos lucros das sociedades holdings não deve ser considerada para fins de incremento do custo de aquisição do investimento da pessoa física, pois não representam riqueza, mas sim mero reflexo contábil do lucro da investida (Banco Pactual) nas suas investidoras (sociedades holdings).

Assim, a fiscalização reajustou a apuração do ganho de capital reportado pelo Recorrente com vistas a expurgar a parcela que entende como artificial para fins de composição de custo de aquisição da pessoa física, tendo em vista que o incremento do custo de aquisição resulta em pagamento a menor do ganho de capital.

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

Cientificado do lançamento, o Recorrente apresentou tempestivamente Impugnação com pedido de improcedência do auto de infração, alegando em síntese os seguintes argumentos:

- a autuação considerou dispositivos genéricos na sua fundamentação que não guardam relação direta com a matéria autuada. Não há no auto de infração comprovação do dispositivo legal que fora violado.
- a então estrutura societária do Grupo Pactual com a presença de 02 holdings era factível e interessava de forma imprescindível à gestão do Grupo, pois garante que o poder de decisão seja alocado de forma coerente, observando as regras civis e societárias vigentes, bem como permite que a distribuição de resultados seja efetuada de acordo com a participação de cada acionista para alcançar o resultado. Ou melhor, aqueles acionistas que mais contribuíram recebem mais do que aqueles que menos contribuíram, prezando pelo caráter meritório da distribuição de resultados. Logo, a estruturação do Grupo Pactual em holdings não tem o intuito de evitar ou reduzir o pagamento de tributos.
- a reestruturação societária prévia à alienação do Banco Pactual foi necessária em razão de exigência do comprador que tinha como alvo a empresa operacional do Grupo Pactual, ou seja, o Banco Pactual. Portanto, a reestruturação goza de propósito negocial e econômico e foi efetuada da forma mais célere e menos burocrática com vistas que o negócio fosse concretizado em um curto espaço de tempo.
- a conduta do Recorrente pautou-se na aplicação da legislação tributária em vigor que autoriza o aumento do custo de aquisição do investimento em face à capitalização de lucros e /ou reservas de lucros.

- a aplicação da multa qualificada deve ser desconsiderada por restar demonstrado durante à fiscalização que a intenção do Recorrente não foi a redução do pagamento de tributo de forma artificial e ilícita. O Recorrente não se valeu de fraude, abuso de direito ou simulação em sua conduta.
- em antecipação defende que não devem incidir juros de mora sobre a multa de ofício por se tratar de uma majoração indevida da penalidade já aplicada.

A 21ª Turma da DRJ em Rio de Janeiro/RJ1 julgou integralmente procedente o lançamento, consubstanciado sua decisão nos seguintes aspectos, conforme destacado da ementa do acórdão:

- *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.*
- *É indevida a capitalização de lucros apurados na empresa investidora através do Método de Equivalência Patrimonial, 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 consequente tributação do novo ganho de capital apurado.*
- *É aplicável a multa qualificada quando restar caracterizado o evidente intuito de fraude do Contribuinte no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais.*
- *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, é correta a incidência dos juros de mora sobre os valores da multa de ofício não pagos, a partir de seu vencimento.*

Intimado da decisão de primeira instância em 31/08/2012, o Recorrente apresentou Recurso Voluntário em 20/09/2012 (fls. 1259 a 1302), reiterando os argumentos defendidos em sua Impugnação.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Nathália Mesquita Ceia

Conheço do recurso, pois é tempestivo e goza dos demais requisitos de admissibilidade.

No mérito.

### **1. Custo de Aquisição – Elemento formador da base de cálculo**

Ganho de capital é base de cálculo do imposto sobre a renda e consiste na diferença positiva entre o valor de venda e o custo de aquisição de investimento. Assim, como o custo de aquisição e o valor de venda são elementos formadores da base de cálculo, ambos devem ser devidamente definidos na norma tributária, com vistas a garantir a segurança jurídica e evitar critérios subjetivos e casuísticos.

A definição do custo de aquisição não pode ser entendida como um conceito aberto sujeito a interpretações subjetivas e casuísticas. Por se tratar de elemento formador da base de cálculo do tributo sua definição deve ser clara e objetiva.

No caso em questão, a discussão se trava quanto à possibilidade de incremento do custo de aquisição do investimento detido pelo Recorrente, especialmente em face da capitalização de lucros/reserva de lucros resultantes única e exclusivamente de equivalência patrimonial. Logo, trata-se de tema que impacta a base de cálculo do imposto de renda.

A norma tributária dispõe, no artigo 135 do RIR/99, como é definido o custo de aquisição do investimento quando da capitalização de lucros ou reserva de lucros, confira-se:

***Custo de Participações Societárias Adquiridas com  
Incorporação de Lucros e Reservas***

*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).*

Logo, percebe-se que a definição do custo de aquisição encontra-se prevista em lei e, portanto, não cabe definição casuística. O dispositivo em questão goza de caráter genérico e deve ser aplicado de forma indistinta a todos os fatos que se enquadrem na sua disposição.

No caso em apreço, tanto a fiscalização quanto o Recorrente não discordam que o referido dispositivo legal se aplica, porém não há concordância acerca da interpretação do dispositivo legal.

Se por um lado a autoridade tributária entende que é a capitalização de lucros ou reserva de lucros resultantes única e exclusivamente de equivalência patrimonial representa a mesma riqueza e, portanto apenas passível de incrementar o custo de aquisição do investimento uma única vez, por outro lado o Recorrente entende que não há vedação legal

para se proceder ao incremento do custo de aquisição do investimento em face lucros ou reserva de lucros oriundos de equivalência patrimonial.

Em face das interpretações apresentadas, entendo que a lei faculta ao contribuinte o acréscimo ao custo de aquisição de investimento a capitalização de lucros ou reserva de lucros, mesmo que esses tenham sido apurados única e exclusivamente com base em resultado de equivalência patrimonial.

Isso porque não há dispositivo legal que impeça o incremento do custo de aquisição com base em resultados oriundos de equivalência patrimonial e como mencionado anteriormente por ser elemento formador da base de cálculo do imposto sobre a renda, a definição do custo de aquisição deve ser clara e objetivamente determinada, não sendo possíveis interpretações que se afastem do caráter objetivo da norma. Logo, onde o legislador não restringiu não cabe ao intérprete fazê-lo.

Assim, entendo que procedeu de forma correta o Recorrente ao acrescer ao custo de aquisição do investimento as capitalizações de lucro e reservas de lucros oriundos de resultados única e exclusivamente apurados com base em equivalência patrimonial.

Porém, parece-me que esse não é o único argumento pelo qual o auto de infração não deve ser mantido. A diferenciação entre os efeitos econômicos e jurídicos para fins tributários também é de importante análise para esses fins.

## **2. Tributação Jurídica x Econômica**

Sob a alegação que a capitalização de lucros e reserva de lucros resultantes de equivalência patrimonial não deve ser considerada para fins de aumento do custo de aquisição, a fiscalização pretende reduzir o custo de aquisição do Recorrente utilizado para apurar o ganho de capital na venda do investimento.

O lucro resultante de equivalência patrimonial nada mais é que a riqueza auferida pela investida (Banco Pactual) refletida nos registros contábeis das investidoras (holdings). Assim, no entendimento da fiscalização, permitir que o custo de aquisição seja aumentado em face da capitalização de lucros oriundos de equivalência patrimonial, seria permitir que a mesma riqueza representasse aumento do custo de aquisição mais de uma vez, fato que acaba por refletir na apuração do ganho de capital e, por consequência, em pagamento a menor de tributo.

A fiscalização alega no Termo de Verificação Fiscal (fls. 1008) que *toda análise teve como fundamento uma evidência que afronta os princípios econômicos e contábeis da formação do custo de aquisição de bens alienados, assim como contraria regras e correlações matemáticas elementares.*

Sob a ótica econômica, é certo que o lucro da investida é refletido no lucro da investidora por equivalência patrimonial e se isolarmos esse fato e apenas pensarmos economicamente, chegamos à conclusão que é a mesma riqueza e de fato é. A partir desse raciocínio que a autoridade tributária desconsidera parte dos lucros capitalizados, pois já que é economicamente a mesma riqueza, não poderiam aumentar o custo de aquisição (elemento integrante da base de cálculo do ganho de capital) duplamente.

Porém, os efeitos econômicos não devem ser utilizados para exigir indistintamente a tributação, especialmente quando há norma formal expressa sobre o tema.

A tributação econômica ocorre diariamente e não deve ser tomada como base para fins de cobrança de imposto ou para fins de não-pagamento de imposto. Para tanto devemos considerar a tributação jurídica, aquela prescrita nas normas tributárias que garantem aos jurisdicionados a segurança jurídica.

Proponho um exercício sob outra perspectiva, qual seja, quando o contribuinte, sob a ótica econômica, paga duas vezes tributo sobre a mesma riqueza.

Imaginemos um profissional assalariado que recebe mensalmente seu ordenado e é descontado na fonte o imposto de renda. Tal profissional recebe seu rendimento líquido de imposto e contrata os serviços de um arquiteto para reformar sua residência.

Pois bem. O profissional assalariado remunera o arquiteto pelos serviços prestados e o arquiteto, por também ser contribuinte do imposto de renda, deve recolher imposto sobre esse rendimento auferido.

Perceba-se que sob a ótica econômica trata-se do mesmo rendimento, qual seja da mesma riqueza (salário e honorários do arquiteto). Porém, não há possibilidade de o arquiteto não pagar imposto de renda sobre o rendimento auferido sob a alegação que se trata de riqueza economicamente já tributada no nível do profissional assalariado.

Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro é pautado na tributação jurídica da renda e não em sua tributação econômica. Deve-se tributar aquilo que a lei prescreve como tributável, independente do efeito econômico.

Assim, não se pode sob o pretexto de uma tributação econômica desconsiderar por completo a legislação posta. A tributação não pode ser decidida casuisticamente e com base em critérios econômicos, aritméticos ou matemáticos como defende a fiscalização. A tributação deve observar a norma legal, mesmo que essa por algumas vezes, não se coadune de forma perfeita com a realidade econômica dos fatos.



Desta forma, tendo em vista que a presente autuação é exclusivamente baseada em critérios econômicos, entendo que o auto de infração não deve prosperar.

### **3. Afastamento da multa de ofício qualificada**

A fiscalização entende aplicável multa de ofício qualificada por restar caracterizado o evidente intuito de fraude do Recorrente no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador do imposto de renda ou a excluir ou modificar as suas características essenciais

Com vistas a respaldar o entendimento acima, a fiscalização elenca uma série de condutas do Recorrente e dos ex-acionistas do Grupo Pactual. Vejamos a seguir os argumentos levantados pela fiscalização e o contra-ponto do Recorrente.

#### **3.1. Estrutura do Grupo Pactual em holdings**

A estrutura societária do Grupo Pactual com holdings já existia antes do processo de venda. Era a forma societária pela qual o Grupo executava suas atividades.

De acordo com o apresentado pelo Recorrente, a referida estrutura vale por uma questão de assegurar a divisão da gestão e controle do Grupo, bem como para repartir os lucros em face dos acionistas que mais contribuíram para alcançar resultado, com base no sistema da meritocracia. Ou seja, aqueles acionistas que gerem melhor suas áreas de atuação recebem mais retorno financeiro.

A estrutura da forma que se encontra é validamente aceitável perante o ordenamento jurídico brasileiro e atinge aos objetivos a que se propõe. Ou melhor, a estrutura de holding não foi criada para fins de planejamento tributário.

Assim, acredito que argumentação no sentido de que a estrutura societária com holdings objetiva redução do pagamento de imposto devido em face da operação de alienação não pode ser acatada, pois a estrutura de holdings apresentada pelo Grupo existe muito antes de se cogitar a venda do Banco Pactual, bem como a estrutura apresenta propósito jurídico válido, ou seja, organizar não apenas a divisão do controle e gestão do Grupo Pactual, mas também repartir os resultados de forma meritória entre aos acionistas.

#### **3.2. Incorporação inversa**

A fiscalização entende que as incorporações inversas tiveram como único objetivo incrementar artificialmente o custo de aquisição do investimento detido pelo Recorrente, alegando que: *Posteriormente, tais investidores tiveram seus lucros e reservas capitalizados e foram incorporadas pelas suas investidas, operações essas, **inversas** ao processo normal que é o da **investidora incorporar da investida**.*



Argumentar que a incorporação inversa não seria o processo “normal”, parece uma limitação aquilo que o legislador não pretendeu limitar. Não há na lei processo normal ou alternativo à operação de incorporação.

De acordo com o artigo 227 da Lei nº 6.404/76, tem-se que: *A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.*

Verifica-se da leitura do dispositivo legal que não há “processo normal” de incorporação. A incorporação é uma operação societária que visa absorção de sociedades com a sucessão de direitos e obrigações. Não há na lei menção há investidoras e investidas. A ilação da fiscalização busca conceder à operação um caráter escuso que essa não apresenta.

O Recorrente argumenta que efetuar a reestruturação societária para fins de venda da forma que a fiscalização sugere é um processo mais gravoso, burocrático e demorado, além de por em risco negócios firmados pelo Banco Pactual, tendo em vista que nos contratos financeiros há cláusulas expressas que vedam a incorporação da instituição financeira por outra sociedade, cláusula que visa garantir a integridade do banco para seus credores.

Ademais, a atividade financeira apresenta como principal característica a fidúcia, ou seja, seus clientes e credores devem ter a confiança que a instituição vai ali permanecer sem alterações substanciais. Logo, tendo em vista o fato concreto em questão, promover a reestruturação com a incorporação do Banco Pactual pela sua investidora acabaria por prejudicar as atividades do Banco e possivelmente influenciaria de forma negativa a operação de alienação.

Além disso, a incorporação do Banco Pactual pela sua investidora, especialmente porque sua investidora não é qualificada como instituição financeira perante o Banco Central do Brasil, acabaria por acarretar necessidade de um tempo maior, com vistas a serem atendidos os requisitos regulatórios nacionais para que a investidora pudesse assumir as atividades do Banco Pactual.

Portanto, entendo não haver ilícito na forma pela qual a reestruturação societária foi efetuada. Ilícitude haveria se tal reestruturação fosse realizada para dissimular ou fraudar o real objetivo das partes. Julgo coerentes, razoáveis e justificáveis os fatos apresentados pelo Recorrente para justificar a reestruturação da forma que ocorreu.

### 3.3. Atos societários sucessivos

A fiscalização também se prende à questão dos atos societários terem sido praticados em curto espaço de tempo, fato que pode ser entendido como um planejamento ilícito.

Como demonstrado pelo Recorrente, o fato dos atos societários terem sido praticados de forma sucessiva e em curto espaço de tempo decorrem única e exclusivamente do caráter negocial da operação. Ou melhor, os então acionistas do Grupo Pactual possuíam uma “janela de oportunidade” para alienar o Banco Pactual.

Em face da oportunidade, os ex-acionistas se deparam com a condição do comprador que deseja apenas adquirir a unidade operacional do Grupo, qual seja, o Banco Pactual. Ao comprador não interessa a aquisição de uma estrutura de holdings que apenas faz sentido da forma que o Grupo Pactual era estruturado em face da sua multiplicidade de acionistas, sendo preciso um mecanismo societário eficaz que conseguisse alocar poder de decisão, gestão e repartição de resultados.

Assim, em face da premência do fechamento do negócio, os vendedores envidam seus melhores esforços para que em um espaço de tempo reduzido apenas reste o Banco Pactual como ativo a ser alienado ao comprador. Daí, os atos societários terem sido realizados em curto espaço de tempo e quase que em dias sucessivos. Argumenta o Recorrente que a incorporação da investidora pela investida foi adotada como forma de extinção das holdings, pois era o procedimento mais célere e menos burocrático dentre todos os possíveis.

Portanto, entendo que o fato de os atos societários das incorporações terem ocorrido de forma sucessiva e em curto espaço de tempo mantém total alinhamento com o objetivo dos negócios nos tempos atuais, qual seja, celeridade. Entendo não restar comprovado haver intuito de fraude, abuso de direito ou simulação nos atos societários que foram praticados para fins de incorporação. Os mesmos observaram seus objetivos, quais sejam reduzir o Grupo Pactual a uma única empresa para venda e foram praticados em linha com o ordenamento jurídico pátrio.

### 3.4. Estratégia de alienação do investimento

A fiscalização ainda no auto de infração buscou simular operações onde haveria pagamento a maior ou a menor de imposto (fls 1028 a 1037). De fato, a operação adotada pelo Recorrente resulta no pagamento de menos imposto quando comparada a outra, porém ambas encontram respaldo na legislação, não há óbices ou ilícitos em adotar uma ou outra. Não pode a fiscalização exigir do contribuinte o comportamento que resulte em pagamento maior de tributos quando há alternativa lícita e legal que resulte em menos pagamento de tributo. Isso seria interferir na vontade, nas intenções, na vida privada dos contribuintes.

Desta forma, entendo que não pode a fiscalização impor ao contribuinte que efetue o negócio jurídico da forma que mais onerosa, especialmente quando a operação tem fundado propósito negocial, quer para fins civis quanto para fins comerciais e econômicos.

### 3.5. Intenção do negócio

A fiscalização aponta no auto de infração que *todos os atos de capitalização de lucros e extinção das investidoras tiveram a intenção de majorar o custo de aquisição das ações e, conseqüentemente, reduzir de forma irregular o ganho de capital do Acionista Pessoa Física Fiscalizado, e demais acionistas, evitando, de forma artificial, o pagamento do imposto devido.*

Ainda complementa que: “... a intenção dos ex-acionistas do Banco Pactual S/A era reduzir imposto devido apurado na operação de ganho de capital...”.

Não obstante, a percepção dos fatos pela fiscalização, entendo que não restou comprovado que a intenção do Recorrente (ex-acionistas) com a reestruturação era de reduzir o imposto sobre o ganho de capital. Pelo contrário, entendo que a intenção dos ex-acionistas era “enxugar” a estrutura societária do Grupo Pactual da forma mais rápida e econômica possível para não perder a oportunidade de concluir a venda.

### 3.6. Abuso de direito, fraude ou simulação

A fiscalização pondera no auto de infração que o contribuinte pode utilizar o art. 135 do RIR/99 para respaldar sua conduta. E complementa a fiscalização, que nesse caso sua conduta estaria em conformidade com a letra da lei, mas em desconformidade com o espírito da lei. E, considerando, a conduta do contribuinte estar em desconformidade com o espírito da lei, complementa que agiu o contribuinte com abuso de direito.

Com toda vênica a argumentação da fiscalização, ao meu ver, o caso não se trata de abuso de direito, mas sim de divergência de interpretação da norma. A norma pode ser interpretada de várias formas a depender do operador do direito que a esteja manejando. A interpretação literal e a interpretação teleológica são formas de interpretação aceitas pelo ordenamento jurídico pátrio e lançar mão de uma ou de outra para observar a norma não caracteriza de forma alguma abuso de direito.

A fiscalização interpreta a letra e o espírito da norma sob o viés econômico, enquanto o contribuinte compreende o disposto na norma sob uma acepção jurídica. Interpretações antagônicas não caracterizam abuso de direito, mas sim divergência. E, quando há divergência de interpretação, cabe aos julgadores nortear o melhor sentido para aplicação da norma.

Ademais, não houve prestação de informação falsa pelo Recorrente, esse de fato ao elaborar o cálculo do ganho de capital entende estar aplicando a legislação fiscal vigente. O máximo que poderia ter ocorrido, e já afasto essa hipótese, seria um equívoco de interpretação legislativa do contribuinte.

Logo, entendo comprovado o propósito negocial da estrutura, não havendo que se ventilar simulação, fraude ou abuso de direito. Pelo contrário os atos praticados isoladamente, bem como os atos vistos dentro de um conjunto têm como objetivo a alienação do Banco Pactual ao comprador da forma mais célere e menos onerosa possível, dentro dos limites e ditames legais.

Em resumo, pelos fatos e argumentos acima narrados, concluo que a aplicação de multa de ofício qualificada não condiz com a realidade fática e deve ser afastada.

#### **4. Juros de Mora sobre a Multa de Ofício**

O Recorrente em antecipação já defende a não incidência de juros de mora sobre a multa de ofício aplicada, em razão da ausência de respaldo legal, bem como se tratar de uma dupla penalização.

A cobrança de juros sobre multa de ofício ocorre em face do Parecer MF nº. 28, de 02.04.1998, emitido pela Coordenação Geral do Sistema de Tributação (COSIT), cuja conclusão deixa exposto que:

*“O referido Parecer conclui, com base no disposto nos arts. 29 e 30 da Medida Provisória n. 1.621-31, de 13.1.98, no art. 84 da Lei n. 8.981/95 e no art. 13 da Lei n. 9.065/95, que as multas de ofício, associadas a fatos geradores ocorridos até 21.12.94, que não tenham sido objeto de parcelamento requerido até 31.8.95, estão sujeitas à incidência de juros de mora, se recolhidas em atraso. Conclui, igualmente, com apoio no art. 61 e seu parágrafo 3º, da Lei n. 9.430/96, que, com relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1.1.97, incidirão juros moratórios sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições – inclusive, pois, relativos às multas de ofício não pagas nos respectivos vencimentos.”*

Contudo, essa conclusão parte de uma exegese equivocada, porquanto o art. 61 da Lei nº. 9.430/96 trata da possibilidade de cobrança de juros de mora sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, não havendo qualquer menção às multas de ofício, que não são espécie tributária, conforme previsão do art. 3º do Código Tributário Nacional.

Assim, entendo não ser cabível a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício.

Diante do exposto, oriento meu voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

**Voto Vencedor**

Conselheiro Odmir Fernandes - Relator do Voto Vencedor

Com a devida venia da nobre Conselheira Relatora, Dra. Nathália Mesquita Ceia, ousamos divergir do seu entendimento relativo à apuração do custo de aquisição na capitalização de lucros e reservas de lucros decorrente da incorporação e extinção das sociedades holding.

Cuida-se de autuação do Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF mantida pela decisão recorrida, com a multa qualificada de 150%, sobre ganho de capital na apuração do *custo de aquisição* das ações alienadas pelo Recorrente, após a reorganização societária de incorporações inversas e extinção das sociedades investidoras (holding) detentoras das ações alienadas.

O Relatório de Fiscalização e a decisão recorrida dão conta que os lucros e reservas de lucros foram capitalizados nas empresas investidoras (holding) e na investida com a utilização dos mesmos lucros ou reservas no custo de aquisição.

Entendeu a autuação e a decisão recorrida que houve *majoração artificial* do custo da participação das ações alienadas com a apropriação indevida - *dos mesmos* lucros e reservas - *refletidos* da sociedade da investida (geradora dos lucros) e nas sociedades investidoras – holding, apurados pelo método da equivalência patrimonial.

Sustenta o Recorrente que o art. 135, do RIR/99, que regulamentou o Par. Único art.10, da Lei nº 9.249, de 1995, ampara seu procedimento. Vejamos:

*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).*

De fato, o dispositivo autoriza computar no custo de aquisição, para efeito da apuração do ganho de capital os lucros ou reservas de lucros em razão do aumento de capital ou incorporação dos resultados apurados pela sociedade.

A conduta do Recorrente estaria perfeita se não houvesse a extinção e incorporação inversa nas sociedades holding, ou se os lucros ou reservas de lucros – gerados pela sociedade operacional – pudessem existir de forma autônoma e isolados nas sociedades investidoras, sem mero reflexo da sociedade operacional investida.

O efeito contábil de os mesmos resultados da investida, geradora dos lucros *refletir* nas sociedades investidoras existe para efeito da demonstração dos resultados apurados pelo método da equivalência patrimonial, exigência contábil e da legislação societária, e existe de fato, enquanto sociedades holding autônomas, sem a incorporação e extinção delas. Sociedades que não geram resultados próprios ou isolados para compor o custo de aquisição na alienação da participação societária, como entendeu o Recorrente na leitura que fez do art. 135, do RIR/99.

Não houvesse a incorporação e extinção das holding não haveria a celeuma, porque não se soma ao custo de aquisição na apuração do ganho de capital os resultados refletidos entre as sociedades investida e investidoras. Não se somam pela simples razão de as sociedades, não sendo extintas, conservarem a autonomia patrimonial e o investidor, cotista ou acionista não deter a participação *direta* entre as sociedades investida e investidora do mesmo capital investido.

O duplo ou triplo efeito é mera ficção, necessária na apuração e demonstração dos resultados na participação acionária em cada sociedade e somente se tornou possível no imaginário do autuado em face da incorporação e a extinção das holding. No Balanço Patrimonial Consolidado, se houvesse, seria espelhada a total impropriedade da tese do Recorrente, que não se sustenta, com o conhecimento dos fatos, ao menor argumento.

A independência e a autonomia patrimonial das sociedades que são distintas da investida, investidoras, sócios, acionistas e controladores, não socorre o Recorrente para permitir a dupla ou tripla utilização dos mesmos lucros ao custo de aquisição se eles apenas *refletem* na demonstração dos resultados das sociedades investidoras diante da incorporação.

Sustentou ainda o Recorrente em memoriais e na tribuna, por seu patrono, não no recurso -, erro e defeito no *critério* de outras autuações com a mesma operação de alienação da participação societária do Banco Pactual, e o fisco *arbitrar* o custo de aquisição e não apurar o efetivo custo do ganho de capital.

Busca, com isso, a nulidade da autuação pelo possível erro no *critério* de apuração do custo de aquisição.

Alguns critérios podem ser apontados, sem que um ou outro possam desqualificar o lançamento se não houver comprovação firme do desacerto da autuação e prejuízo ao autuado no devido contraditório.

Esses critérios podem ser assim resumidos, sem exclusão de outros:

- a) Custo inicial de aquisição da participação societária, com as incorporações dos lucros e reservas de lucros capitalizados;
- b) Exclusão do custo artificial (indevido); ou
- c) Participação societária do autuado, após a incorporação e a extinção das holding, em relação ao PL - Patrimônio Líquido, da sociedade investida (operacional).

Pois bem, pode até existir erro ou defeito do *critério* da apuração do custo de aquisição, mas é necessário demonstrar e comprovar a existência de prejuízo para o autuado. Comprovado prejuízo, poda-se o excesso, sem causar a nulidade da autuação.

Não se descarta nesse *critério* possa existir também prejuízo ao fisco, em benefício e vantagem do autuado, sem nulificar a autuação, apenas lamento justo, do *jus sperniandi*.

Com acerto também foi o desconto do custo apurado, dos lucros em usufruto de serem pagos e não capitalizados.

Também não se cuida de tributar o *efeito econômico do fato gerador*, mas de qualificar o fato representado pelos lucros ou reservas de lucros *refletidos* nos resultados das sociedades holding - investidoras.

Caberia ao Recorrente demonstrar e comprovar com provas firmes, seguras e estremes de dúvidas, sequer aventado nas razões de recurso, o possível prejuízo erro no *critério* do custo de aquisição.

Juros sobre a multa. Em oportunidade anterior nos posicionamos de forma diversa, favoráveis à tese do Recorrente. Com novo exame da matéria queremos crer que o melhor direito está com a Fazenda, daí nossa mudança de posição para manter os juros sobre a multa de ofício, sem enxergar qualquer vício de ilegalidade nessa exigência, na esteira dos precedentes da Câmara Superior deste Conselho e do C. Superior Tribunal de Justiça.



*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. (Carf, CSRF, 1ª T., Acórdão 9101-01.191, Rel. Cons. Karen Jureidini Dias, vencida, Rel. Designado, Cons. Claudomir Rodrigues Malaquias, j., 17.10.2011)*

*JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO APLICABILIDADE.*

*O art. 161 do Código Tributário Nacional CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o caput do artigo Recurso especial negado.*

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

*Precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.*

*Precedente da 2ª Turma da CSRF: Acórdão nº 920201.806. Recurso especial negado. (Carf. CSRF, 2ª T., Acórdão 9202-01.991, Rel. Cons. Elias Sampaio Freire, m.v, j. 16.02.2012)*

*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. (STJ, 1ª T., AgRg no REsp. 1.335.688 – PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, v.u, j., 04.12.2012).*

*No mesmo sentido: STJ, REsp 1.129.990-PR e REsp 834.681-MG.*

Vemos assim que tanto a autuação e a decisão recorrida agiram com acerto, devem ser mantidas e prestigiadas.

**Contudo, o mesmo não ocorre com a multa qualificada.**

A decisão recorrida manteve a qualificadora por entender que houve *dolo* do autuado ao majorar artificialmente o custo de aquisição das ações alienadas.

Houve de fato majoração artificial do custo de aquisição, mas daí a qualificar a existência de dolosa, isto é, a vontade livre e consciente de sonegar, com a duplicação da penalidade, vai longa distancia pela falta da prova do elemento subjetivo do infrator.

O negócio existiu; as incorporações e a extinção das empresas holding existiram.

Observando os resultados de forma individualizada, na figura da autonomia patrimonial das sociedades investida e das investidoras eles existem, a diferença é de serem *os mesmos resultados* de uma ou de outra sociedade, face à incorporação realizada.

Os resultados aparentes existem e possuem a representação necessária nas sociedades investidas e investidoras por decorrência da equivalência patrimonial e da legislação societária e fiscal. Não há falsidade nos resultados refletidos, a lei exige que sejam assim, mas são apenas resultados reflexos de uma em outra sociedade.

Qualificar a penalidade pelo dolo há necessidade da comprovação do dolo específico - a vontade livre deliberara e consciente da sonegação. Isto porque em toda sonegação sempre há dolo ou culpa consciente. Agora, qual o dolo para qualificar e duplicar penalidade. Somente pode ser o dolo específico, jamais o dolo genérico.

Na fraude e na simulação, diferente do dolo, figuras do tipo tributário penal dos arts. 71 a 73 da Lei 4.502, de 1964, torna-se fácil a aferição da qualificadora, os documentos, de modo geral, provam por si. A prova é objetiva. No dolo não, passa a existir a necessidade de a fiscalização comprovar a vontade, a intenção, o aspecto subjetivo do autuado.

Para isso, é necessário, no mínimo ouvi-lo, interrogá-lo, saber a razão da conduta, se tinha consciência ou conhecimento da possível ilicitude, enfim, se assumiu o risco deliberado de sonegar, tarefa difícil à fiscalização não habituada no cotidiano, coisa simples e corriqueira aos Policiais, Ministério Público, Juízo Criminal.

Não havendo prova do dolo, o elemento intencional do infrator, a qualificadora deve ser cancelada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço e dou parcial provimento** ao recurso para excluir a multa qualificada, mantendo a de ofício de 75%.

*(Assinatura digital)*

Odmir Fernandes - Relator do voto vencedor

Nathália Mesquita Ceia - Relatora