



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

Processo n° 12448.735954/2011-28
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-002.196 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2013
Matéria IRPF
Recorrente BRUNO MEDEIROS
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 HOLDINGS. MAJORAÇÃO ARTIFICIAL DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

Na incorporação societária é indevida a majoração do custo de aquisição na capitalização de lucros ou reservas de lucros apurados pela empresa investidora (operacional) refletidos nas investidas (holdings), apurados pelo Método de Equivalência Patrimonial, por se tratar de serem os mesmos lucros refletidos da investidora e das investidoas - holdings.

MULTA QUALIFICADA. REQUISITOS. ASPECTO SUBJETIVO DO INFRATOR.

Diferente da multa de ofício de 75%, que é *objetiva e decorre do tipo (lei)*, imposta com culpa ou dolo, na imposição da multa qualificada de 150% é necessário aferir o aspecto *subjetivo* do infrator, consistente na vontade livre e consciente, deliberada e premeditada ou de assumir o risco da sonegação. A imposição da multa qualificada exige, assim, a comprovação da *intensidade dolosa* do infrator, de forma firme e estreme de dúvidas.

JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

São 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 Nathalia Mesquita Ceia e Gustavo Lian Haddad, que deram

provimento integral ao recurso. A Conselheira Nathalia Mesquita Ceia fará declaração de voto. Fez sustentação oral pelo Contribuinte o Dr. Luís Claudio Gomes Pinto, OAB/RJ 88.704 e pela Fazenda Nacional a Dra. Indiara Arruda de Almeida Serra.

(Assinatura digital)

Maria Helena Cotta Cardozo- Presidente.

(Assinatura digital)

Odmir Fernandes– Relator.

(Assinatura digital)

Nathalia Mesquita Ceia – Declaração de voto vencido.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Eduardo Tadeu Farah, Gustavo Lian Haddad, Marcio de Lacerda Martins, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente), Nathalia Mesquita Ceia e Odmir Fernandes. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Rodrigo Santos Masset Lacombe.

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário** da decisão da 21ª Turma de Julgamento da DRJ do Rio de Janeiro/RJ, que manteve a autuação do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF, dos anos-calendário 2006 e 2009, no valor de 12.726.692,30, sobre omissão de rendimentos no ganho de capital na alienação de participação societária de ações.

Contra o contribuinte foi lavrado o **Auto de Infração** (fls.981 a 987) com ciência em 05/11/2011 (AR fls. 988) referente ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF, dos anos-calendário 2006, 2009, no valor de 12.726.692,30, sobre omissão de ganhos na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa.

O **Termo de Verificação Fiscal** (fls. 921 a 980) relata:

A ação fiscal teve como objeto a análise da operação de alienação das ações do Banco Pactuai S/A, CNPJ nº 30.306.294/0001-45, de propriedade do sócio Bruno Medeiros, precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades holdings, as quais detinham todas as ações do Banco Pactuai.

A referida reorganização 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. Por meio da reorganização societária foi adotado um planejamento tributário inconsistente, por meio do qual se verificou a majoração ilícita do custo das ações alienadas, gerando, como consequência, a redução indevida do ganho de capital tributável obtido pelo acionista pessoa física.

Através de contrato firmado em 09/05/2006, entre a pessoa jurídica UBS AG, a pessoa jurídica Pactual S.A (controladora direta do Banco Pactual S.A.) e as pessoas físicas que possuíam participação indireta sobre o patrimônio do Banco Pactual S.A., ficou definido, entre outras cláusulas, 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 pela compra das ações do Banco Pactual S.A. foi dividido em parcelas, sendo a primeira paga na data de "Fechamento" da compra e venda das ações, ocorrido em dezembro de 2006 e a segunda em data posterior denominada de "Pagamento Diferido". Além desses pagamentos, os alienantes das ações receberiam ainda outros valores denominados "Pagamentos Especiais; Usufruto".

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

No dia 13/10/2006, a Nova Pactual Participações Ltda (NPP) formalizou: uma distribuição desproporcional de lucros, em valores que somam o montante global de R\$ 693.018.369,69; o aumento do seu capital social de R\$ 70.118.786,40 para R\$ 756.118.786,40; e a sua incorporação pela investida Pactual S.A. (PSA). A incorporação se fez com o aumento do capital social da PSA, pela versão do acervo líquido da NPP, cujo patrimônio foi avaliado a valor contábil de R\$ 33.593.148,46, já deduzida a participação societária que a NPP detinha do patrimônio da PSA.

Em 01/11/2006 a PSA realizou: um aumento de capital social no valor de R\$ 3.862.542,92, resultante da capitalização de créditos de dois acionistas; e ii) uma cisão parcial no valor de R\$ 5.000,00. No dia 03/11/2006, foram realizados pela PSA uma distribuição de dividendos no valor de R\$ 996.087.876,00 e um novo aumento do seu capital social neste mesmo montante.

Após menos de 1 mês, em 01/12/2006, foi aprovada a incorporação da PSA pelo Banco Pactual, seu investido, com a versão do acervo líquido da PSA, avaliado a valor contábil de 10/11/2006 em R\$ 1.149.597.660,18, para o Banco Pactual.

Tal como ocorreu na incorporação da NPP pela PSA, os lucros de incorporada PSA, os lucros de equivalência patrimonial da PSA foram utilizados tanto para aumento de capital na incorporada PSA, quanto para compor o patrimônio líquido a ser substituído pelas ações do Banco Pactual S.A. por incorporação.

No ano-calendário de 2006 o contribuinte aumentou o custo das ações do Banco Pactual S.A., mediante prévia capitalização de lucros nas holdings a serem incorporadas, em valor total de R\$ 32.781.997,00, sendo R\$ 15.350.457,00 na Nova Pactual Participações Ltda e R\$ 17.431.540,00 na Pactual S/A.

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

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

Não há como manter a projeção contábil (resultado de equivalência patrimonial da incorporada) do lucro, nominada de capital social, ao lado do lucro da sociedade investida

incorporadora, ambos dentro do próprio patrimônio desta, pois, senão, restaria duplicidade na representação contábil dos mesmos recursos.

O aumento de capital social na pessoa jurídica incorporada com os lucros de equivalência patrimonial auferidos no exercício social em que ocorreu a incorporação, sem que estes restassem capitalizados ao fim do processo de reorganização societária, tinha a utilidade de fazer com que o benefício fiscal dos lucros isentos aparentasse ser maior do que de fato poderia ser usufruído.

Os lucros do Banco Pactual S.A. auferidos no ano-calendário 2006, além de terem sido utilizados como suporte para aumentar desproporcionalmente o custo de aquisição do sócio pessoa física, mediante capitalização do resultado de equivalência patrimonial nas holdings incorporadas, cumulativamente foram pagos no ano-calendário 2007 ao mesmo sócio pessoa física alienante das ações do Banco Pactual S.A.

Foram glosados os seguintes aumentos do custo de aquisição das ações: R\$ 2.918.265,00, referentes à capitalização de lucros na investidora/incorporada Pactual Participações Ltda em 31/12/2005; R\$ 15.350.457,00, referentes à capitalização de lucros na investidora/incorporada Nova Pactual Participações Ltda em 13/10/2006; e R\$ 17.431.540,00 referentes à capitalização de lucros na investidora/incorporada Pactual S.A. em 03/11/2006.

Com as glosas, tendo em vista que não pode ser atribuída qualquer atualização monetária aos bens adquiridos após 31/12/1995 (Lei nº 9.249/95, art. 17, inciso II) e que o Sr. Bruno Medeiros constou como adquirente de participações indiretas do Banco Pactual S.A, desde 03/06/2002, foi admitido como custo de aquisição o valor pago pelo Sr. Bruno Medeiros, segundo os arquivamentos societários, de R\$ 10.923.058,14.

Tendo o Contribuinte informado na Declaração de Ajuste Anual Simplificada a tributação exclusiva do ganho de capital obtido pela alienação de suas ações do Banco Pactual S.A., referente à parcela do valor de alienação recebida no ano-calendário 2006, com base em um custo de aquisição total de R\$ 46.623.071,26, foi ilicitamente omitido o ganho de capital no montante de R\$ 35.700.013,12 (R\$ 46.623.071,26 menos R\$ 10.923.058,14).

Foi prestada pelo Contribuinte informação falsa ao declarar a maior, de forma desproporcional e ilícita, o custo de aquisição das ações, omitindo parte do ganho de capital obtido, reduzindo a base de cálculo do imposto e, conseqüentemente, declarando e recolhendo um imposto de renda menor do que o devido.

Tanto pelo aspecto objetivo da antijuridicidade (tipicidade), quanto pelo aspecto subjetivo (culpabilidade), estão presentes vestígios materiais suficientes a evidenciar a conduta dolosa do contribuinte em reduzir o imposto de renda devido, mediante prestação de informação falsa à Secretaria da Receita Federal.

Por valer-se o Contribuinte de uma falsa idéia de capitalização, na intenção de impedir o conhecimento da autoridade fazendária acerca das verdadeiras circunstâncias materiais em que ocorreu o fato gerador, sua conduta subsume-se, em tese, no conceito legal de sonegação fiscal do art. 71, da Lei nº 4.502/64. Restando caracterizado o evidente intuito de fraude definido na citada norma, foi aplicada a multa de ofício qualificada de 150%, consoante art. 44, II, da Lei nº 9.430/1996.

Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais - Processo nº 12448.735955/2011-72, para comunicação ao Ministério Público da prática de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária.

Impugnação (fls. 1058 a 1091)

A decisão recorrida (fls. 1131 a 1162) com ciência em 09.10.2012 (fls. 1164), mantida sob os seguintes fundamentos:

a) A permanência dos lucros na sociedade investida produtora da riqueza (Banco Pactual) todas as capitalizações destes mesmos lucros na cadeia de investidoras foram irregulares;

b) Não podem ser utilizados como passíveis de capitalização os lucros que apesar de retidos na sociedade no momento da alienação do Banco Pactual, foram posteriormente restituídos aos sócios sob o título de usufruto;

c) O alienante é obrigado a manter os documentos comprobatórios da composição dos custos de aquisição e de alienação do bem;

d) As capitalizações de lucros oriundos do MEP nas holdings sem repercussão na contabilização dos lucros no Banco Pactual, tiveram com fim específico a majoração indevida do custo das ações dos sócios, evidenciando o intuito de fraude do contribuinte;

e) Tem plena previsão legal a incidência de juros moratórios sobre multa aplicada, haja vista esta compor o crédito tributário;

Recurso Voluntário (fls. 1169 a 1217) protocolado em 26.10.2012, foram reproduzidos os argumentos desenvolvidos na impugnação:

a) O caminho trilhado pelos acionistas para se tornarem vendedores do Banco foi o mais lógico, rápido e econômico entre todos os disponíveis, e o acréscimo do custo de seus investimentos é mera consequência da aplicação das normas em vigor, em especial do art. 135 do RIR;

b) Não procede a assertiva constante do Termo de Verificação Fiscal de que a Reestruturação foi realizada com o objetivo de aumentar fraudulentamente o custo de aquisição dos investimentos do Recorrente. As incorporações reversas eram as variantes disponíveis para a realização do negócio; era a lógica, admitida por lei e conveniente para os acionistas;

c) A opção pela capitalização de lucros antes das incorporações era irrelevante em termos fiscais, especificamente no que tange as participações. A razão desta conduta vincula-se ao fato de a mesma distribuir lucros de forma desproporcional, conforme autoriza o art. 1007, do CC/02;

d) Na incorporação inversa, os acionistas da incorporada recebem ações da incorporadora por custo idêntico ao das ações da incorporada por eles detidas e, por outro lado, ocorre capitalização de lucros ou reservas eventualmente existentes na incorporada;

e) O aumento do custo de aquisição do valor dos investimentos do Recorrente no Banco se verificaria de qualquer forma, quer houvesse deliberação expressa e específica no sentido da capitalização dos lucros das sociedades holdings;

f) 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/99;

g) 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 – Método da Equivalência Patrimonial;

h) Mesmo que a reestruturação tivesse sido levada a efeito nas bases que o Termo de Verificação Fiscal consideraria adequada, os R\$ 29.191.780,14 corresponderiam ao custo dos investimentos do Recorrente no Banco;

i) A interpretação que o Recorrente conferiu ao art. 135 do RIR/99 não pode ser absurda a ponto de, por si só, justificar a aplicação de penalidade com intuito de fraude;

j) A aplicação de juros de mora sobre o valor da multa qualificada contraria as recentes decisões do CARF.

É o breve relatório. Voto.

Voto

Conselheiro Odmir Fernandes – Relator.

Cuida-se de autuação do Imposto sobre a Renda de 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 (holdings) 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 (holdings) 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 – holdings, 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 holdings, 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 enquanto sociedades autônomas, sem a incorporação e a extinção delas. Mas sociedades que não geram resultados próprios para compor o custo de aquisição na alienação da participação societária, como entendeu o Recorrente na leitura do art. 135, do RIR/99.

Não houvesse a incorporação e a extinção das sociedades holdings não teríamos a discussão porque não se somam ao custo de aquisição - na apuração do ganho de capital - os resultados refletidos entre as sociedades investidas e investidoras. Não se somam pela simples razão de as sociedades, não sendo extintas, elas conservarem entre si a

independência e a autonomia patrimonial, e o investidor, cotista ou acionista, não detem a participação *direta* entre as sociedades investida e investidora.

O duplo ou triplo efeito é mera ficção, necessária na apuração de resultados da participação acionária em cada sociedade e somente se tornou possível no imaginário do autuado em face da incorporação e a extinção das holdings. No Balanço Patrimonial Consolidado, se houvesse nos autos, 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 entre as sociedades investida, investidoras, entre os sócios, acionistas e controladores, não socorre o Recorrente para permitir a dupla ou tripla utilização dos mesmos lucros e reservas no custo na composição do custo de aquisição, se eles apenas *refletem* na demonstração dos resultados das sociedades investidoras, extintas pela incorporação.

Diferente do que sustenta o Recorrente, não há qualquer equívoco na lei e na sua interpretação. O detalhe é qualificação do fato – que é *único* – os lucros ou as reservas de lucros - da sociedade operacional - investidora refletir nas holdings - investida, mas isto, repetimos, não permite - artificialmente – computar o mesmo resultado no custo de aquisição.

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

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

Alguns critérios de apuração do custo de aquisição podem ser apontados, sem desqualificar o lançamento se não houver comprovação firme do desacerto da autuação, com a demonstração de prejuízo, 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 holdings, em relação ao PL - Patrimônio Líquido, da sociedade investida.*

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

Não se descarta nesse *critério* possa existir também prejuízo ao fisco, em benefício e vantagem do autuado, sem que isto nulifique a autuação.

Na hipótese, não vemos qualquer reparo na autuação e na decisão recorrida em relação ao critério da apuração do custo de aquisição, apenas lamento, justo, do *jus sperniandi* do Recorrente.

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 holdings - investida.

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

Vamos ao exame dos juros sobre a multa.

Em oportunidade anterior nos posicionamos de forma diversa, favorável à tese do Recorrente. Melhor examinando a matéria queremos crer que o melhor direito está com a Fazenda, daí nossa mudança de posição no sentido de manter os juros sobre a multa de ofício, na esteira dos precedentes da Câmara Superior, deste Conselho e do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme decisões abaixo:

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., 04.12.20120.

O 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 inteiro acerto, devem ser mantidas e prestigiadas.

Contudo, o mesmo não corre com relação a multa qualificada.

A decisão recorrida manteve a qualificadora por entender que houve *fraude à fiscalização tributária e informação de elementos inexatos no custo de aquisição das ações*, e assim teria havido *dolo e crime* na conduta adotada pelo Recorrente.

O Relatório de Fiscalização no item 3.2, qualifica a conduta do autuado Recorrente em dolo e crime da Lei 8.137, de 1990, por omitir e falsear informações ao fisco. Em seguida faz considerações sobre *culpabilidade* para aferir a existência do dolo.

Dolo e culpa, na aplicação da penalidade são elementos distintos que não se confundem. Culpa sempre há, mas ela não qualifica penalidade do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, c/c os arts. 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502, 1964.

O dolo qualifica a penalidade, mas em toda infração pode o dolo ou a culpa. Agora, qual dolo para qualificar a penalidade?

Continua o Relatório de Fiscalização no exame da *imputabilidade* em razão do notório conhecimento dos fatos, em especial do patrimônio do Banco alienado e da participação indireta do autuado.

Adentra ao exame da *ilicitude* do ato e a exigibilidade de *conduta diversa*.

Esses aspectos não possuem qualquer relação para aferir a existência do dolo, da fraude ou da simulação dos arts.71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964, menos ainda a possível existência de crime para qualificar a penalidade, como entendeu a fiscalização.

O *direito tributário penal* qualifica a penalidade com multa de valor, dinheiro e exige a existência do dolo, fraude, simulação ou conluio.

Diferente é o *direito penal tributário* com condutas tipificadas pelo Código Penal e pela Lei 8.137, de 1990, onde os aspectos levantados pela fiscalização devem ser valorados para a imposição da pena privativa de liberdade.

Não podemos confundir a violação do *direito penal tributário*, com a sanção na pena privativa de liberdade e disciplina no Código Penal e leis especiais, com o *direito tributário penal*, com sanção patrimonial e disciplina da lei tributária.

Sonegação houve, do contrário não poderia haver autuação, mas precisamos saber se houve dolo, fraude, simulação ou conluio, para permitir a qualificadora da multa.

Vamos ao fato. O negócio da compra e venda das ações existiu, as incorporações e a extinção das empresas holding existiram, foi justificada a necessidade da venda das ações por intermédio das pessoas físicas e não pelas sociedades holdings, em face exigência de responsabilidade pessoal e personalíssima assumida na realização do negócio, conforme admitiu expressamente a decisão recorrida.

Não houve qualquer fraude ou simulação no negócio realizado e não há prova do dolo, a vontade livre e consciente de sonegar e cometer a infração.

O Recorrente se utilizou da dupla ou tripla capitação dos lucros apenas por eles *refletirem* nas sociedades holdings. Na aparência os resultados da investida existem na investidora, tem sua finalidade, desde que mantida a sociedade, sem incorporar um a outra sociedade, do contrário, incorporadas, são mesmos resultados da sociedade investidora.

Observando os resultados de forma individualizada, na figura da autonomia patrimonial das sociedades investidas 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 representação necessária nas sociedades investidas e investidoras por decorrência da equivalência patrimonial, da legislação societária e fiscal. Não há falsidade nos resultados refletidos, a lei exige que sejam assim, mas são apenas resultados aparentes, reflexos de uma em outra.

Também não houve fraude ou simulação no negócio realizado. Qualificou-se a penalidade apenas pelo *dolo*, situação que exige, pela natural subjetividade, maiores elementos de prova da intenção ou do concurso deliberado, consciente e premeditado de sonegar ou assumir o risco consciente da conduta dolosa. Prova difícil de produzir. A fiscalização não costuma possuir a habitualidade dessa tarefa, por não ser própria do seu cotidiano. À Polícia, Ministério Público, Juízo Criminal é coisa simples e corriqueira.

Para qualificar a penalidade pelo dolo é necessário comprovar a conduta do infrator, a vontade livre, consciente, deliberada e premeditada de sonegar. Isto porque em toda sonegação sempre há dolo ou culpa. Agora, qual o dolo qualifica e duplicar penalidade.

Na fraude e suas variantes da simulação e dissimulação a prova é relativamente fácil. De modo geral os documentos comprovam a qualificadora. A prova é objetiva. No dolo, não. Há necessidade de se aferir o aspecto subjetivo do infrator, a vontade livre, consciente, deliberada, premeditada de sonegar.

Ai esta a diferença. A multa de ofício de 75% decorre do tipo, é objetiva, independe da conduta do agente, embora sempre exista culpa ou dolo, mas dolo do próprio tipo (lei).

A multa qualificada é da lei, mas é necessário aferir o aspecto subjetivo do infrator, a conduta para comprovar os aspectos dos arts. 71 a 73 da Lei 4.502, de 1964.

Para isso, é necessário, no mínimo ouvir o infrator, interrogá-lo, saber a razão da conduta, foi deliberado ou premeditado, assumiu o risco consciente da ilicitude pelo ato de sonegar.

Permeando dúvida sobre a conduta do infrator de aproveitar a *brecha da lei*, ou de *levar vantagem* na interpretação da lei e do art. 135, do RIR/99, sem se comprovar a *vontade livre, consciente, deliberada ou premeditada de sonegar*, a qualificadora sempre deve ser *cancelada*.

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço e dou parcial provimento** ao recurso para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

(Assinatura digital)

Odmir Fernandes

Declaração de Voto

Conselheira Nathália Mesquita Ceia.

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, 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, 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, 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.

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 o 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, a 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.

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, não há ilícito na forma pela qual a reestruturação societária foi efetuada. Ilicitude haveria se tal reestruturação fosse realizada para dissimular ou fraudar o real objetivo das partes. São 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. Não resta 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. 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, 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. Abuso de direito, fraude ou simulação

Apesar da argumentação da fiscalização no sentido de restar caracterizado abuso de direito fraude ou simulação, 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 afastado essa hipótese, seria um equívoco de interpretação legislativa do contribuinte.

Logo, resta 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, 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, não é cabível a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício.

(Assinatura digital)

Conselheira Nathália Mesquita Ceia, declaração de voto vencido