ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 12448.736211/2011-75
CÓPIA

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

Processo nº	12448.736211/2011-75
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2802-003.285 – 2ª Turma Especial**
Sessão de	20 de janeiro de 2015
Matéria	IRPF
Recorrente	PAULO ALEXANDRE DA GRAÇA CUNHA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2007, 2010

GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. LUCROS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM HOLDINGS. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO EM DESCOMPASSO COM O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 10 DA LEI 9.249/95 (ART. 135 DO RIR/99).

A sucessiva capitalização de lucros que são meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial nas holdings, seguidas de correspondentes incorporações reversas, não ampara a aplicação do parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249/95 (art. 135 do RIR/99) para fins de majoração do custo da aquisição de ações a serem alienadas e consequente apuração de ganho de capital, por configurar conduta abusiva e dissociada dos fins visados pelo referido preceito legal.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICAÇÃO. EXISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL ACERCA DO DOLO. DESCABIMENTO.

Não restando suficientemente evidenciado que o contribuinte pautou sua conduta com o dolo de infringir as normas tributárias, não cabe perseverar a qualificação da multa de ofício.

JUROS DE MORA E MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE. CTN E LEGISLAÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES STJ.

A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício encontra fulcro legal em diversos dispositivos do CTN e da legislação tributária federal, sendo acolhida também nas decisões do STJ a respeito do tema.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para afastar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao patamar de 75%, nos termos do voto do relator. Vencido o Conselheiro Márcio de Lacerda Martins que negava provimento ao recurso.

CÓPIA

(Assinado digitalmente)

Jorge Cláudio Duarte Cardoso, Presidente.

(Assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson, Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Márcio de Lacerda Martins (Suplente convocado), Ronnie Soares Anderson, Carlos André Ribas de Mello e Jorge Cláudio Duarte Cardoso (Presidente). Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Jaci de Assis Júnior e Julianna Bandeira Toscano.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro I (RJ) – DRJ/RJ1, que julgou procedente Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) exigindo crédito tributário no valor total de R$ 361.084,30, relativo aos anos-calendário 2006 e 2009, face à apuração da infração de omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa.

O procedimento fiscal e o lançamento (fls. 1.080/1.133) foram bem descritos pela decisão de primeiro grau, razão pela qual peço a devida vênia para transcrever a seguinte passagem daquele julgado (fls. 1.216/1.220):

> No curso do procedimento fiscal iniciado através do Termo de Início de Fiscalização do qual o Contribuinte foi cientificado em 15/06/2010 (fls. 21/23) foram emitidas intimações pela Auditoria-fiscal e apresentados documentos e esclarecimentos pelo Contribuinte. Relativamente a todo o procedimento fiscal desenvolvido, foi lavrado o Termo de Verificação Fiscal (fls. 1.080/1.126), parte integrante e indissociável do Auto de Infração, no qual foram consignadas, em síntese, as informações a seguir:
>
> A ação fiscal teve como objeto a análise da operação de alienação das ações do Banco Pactual S/A, CNPJ nº 30.306.294/0001-45, de propriedade do sócio Paulo Alexandre da Graça Cunha, precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades *holdings*, as quais detinham todas as ações do Banco Pactual.
>
> A referida reorganização consistiu na extinção das *holdings* que detinham participação societária no Banco, por meio de sucessivas incorporações às avessas,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

Verificou-se um acréscimo no custo das ações alienadas do Banco Pactual S/A pertencentes ao acionista Paulo Alexandre da Graca Cunha da ordem de 199,8324%, 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, uma total discrepância entre a evolução da riqueza da instituição financeira alienada com o acréscimo patrimonial do custo das respectivas ações pertencentes a um dos seus acionistas.

Tais processos de 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, consequentemente, a supressão de tributos devidos pela pessoa física relativos à operação de alienação do Banco.

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.

Em 28/12/2004 e em 31/12/2005, foram realizados os aumentos do capital social de Pactual Participações Ltda. nos montantes 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. é 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). 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 montante 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 é incorporada por Pactual S/A, passando o capital social da incorporadora de R$ 34.498.190,25 para R$ 64.248.147,47. Também nesta data, a Nova Pactual Participações Ltda é incorporada por Pactual S/A, cujo capital social passou de R$ 64.248.147,47 para RS 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 aumenta 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 é incorporada pelo Banco Pactual S/A, sendo vertido para o incorporador o patrimônio líquido da incorporada, de R$ 1.149.597.660,18. A partir deste último evento societário, os acionistas pessoas físicas passaram a ter participação direta no Banco Pactual S/A, detendo as ações que, posteriormente, foram alienadas.

Observa-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 e posteriormente foram incorporadas pelas suas Investidas, operações essas 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 o 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 montante 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 o evento de incorporação, todo o acervo líquido da Pactual S/A (PL), no montante 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 tenha sofrido alteração, da mesma forma como se aceitaria indiscutivelmente como inalterada a participação societária dos sócios ou acionistas que participavam em uma sociedade que tenha incorporado patrimônio de outra.

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

que, entre a data da celebração do negócio e a data da efetivação do mesmo 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 de dividendos o montante de R$ 290.754.000,06. Tal montante, 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.

Com isso, chega-se ao custo das ações alienadas pelo Contribuinte, que é de R$ 427.506,94, correspondente a 0,05% 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 do 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. Com efeito, 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 do 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 para aumentar o custo de aquisição das ações acima do cabível não pode ser admitida por causa de sua ilicitude, além do que deve ser inibida, para que, futuramente, não só comprometa 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 não pagar imposto de renda sobre ganho de capital, distorcendo gravemente a percepção do Fisco acerca da capacidade contributiva dos sócios pessoas físicas.

Com os procedimentos adotados pelos ex-acionistas, estes 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 vai contra as palavras e espírito da lei (art. 135 do RIR/99), apesar de o contribuinte fiscalizado afirmar que nela se baseou. Mesmo que isso fosse verdade, o ato preservaria a letra da lei, mas ofenderia o espírito dela, envolvendo o abuso do direito, intimamente ligado à idéia segundo a qual não há direito ilimitado.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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-se tal valor do custo.

Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais – Processo nº 12448.737308/201103, para comunicação ao Ministério Público da prática de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária.

Inconformado, o contribuinte apresentou impugnação ao lançamento (fls. 1.171/1.205), a qual foi considerada improcedente pela instância de primeiro grau, que sumarizou seu entendimento no acórdão assim ementado (fls. 1.215/1.242):

ENQUADRAMENTO LEGAL GENÉRICO.

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

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

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.

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

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.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Considerando que a multa de ofício é classificada como débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela Secretariada 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.

CÓPIA

Irresignado, o contribuinte interpôs recurso voluntário em 26/7/2012, aduzindo, em síntese:

a) a estrutura societária existia há mais de dez anos, servindo para distribuição de resultados e organizar o controle do Banco Pactual pelos acionistas;

b) a venda das ações dos acionistas pessoas físicas diretamente ao UBS AG, com a extinção das holdings por meio de incorporações reversas era o caminho mais lógico e econômico para realizar a transação pactuada, entre outras razões porque a incorporação de instituições financeiras e/ou liquidação de holdings são processos demasiadamente complexos;

d) na incorporação, os lucros e reservas da incorporada transformam-se em capital da incorporadora, sendo que nas incorporações reversas tal capitalização por vezes não é perceptível de imediato, caso o capital da incorporadora permaneça o mesmo antes e depois da operação;

c) nas incorporações reversas há a peculiaridade de que, como parte do patrimônio da incorporada é formada por ações da incorporadora, e essas ações são canceladas ou mantidas em tesouraria quando da incorporação, o capital é aumentado e na sequência sofre redução pelo cancelamento das ações, ou, ainda, são mantidas essas em tesouraria;

d) é improcedente o entendimento da fiscalização no sentido de que as operações em comento tiveram por escopo aumentar o custo de aquisição, pois na verdade a distribuição prévia do lucro em bases desproporcionais teve amparo no art. 1.007 do Código Civil e visou corrigir as participações societárias dos acionistas antes da incorporação, sendo a apuração do custo da reestruturação baseado em lei;

e) os lucros de equivalência patrimonial gerados pelo Banco Pactual podem ser capitalizados por suas investidoras, devendo ser reconhecido que a legislação fiscal não é perfeita e distorções econômicas existem, por vezes punindo o contribuinte, por vezes beneficiando-o, cabendo ao legislador corrigi-las;

f) o critério de apuração do custo de aquisição pelo Fisco não tem respaldo legal, havendo, inclusive, expurgado indevidamente parcela de lucros advindos de usufruto;

g) não há falar em fraude ou abuso, pois o custo de aquisição observou os arts. 130, § 1º e 135 do RIR/99, sendo todas as operações realizadas às claras, do que decorre a impertinência da qualificação da multa de ofício;

h) não cabe a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício.

No que tange especificamente às razões da DRJ/RJ1 para a manutenção do lançamento, o contribuinte traz manifestações resumidas na sequência:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

i) segundo o MEP (Método de Equivalência Patrimonial), de aplicação obrigatória no caso por imposição de lei, o lucro da investida não é lucro, mas sim receita da investidora, e o fato de uma holding ser pura, sem atividade operacional, não faz com que ela seja diferente das outras, na ausência de distinção legal;

ii) as capitalizações se deram com os lucros das próprias holdings e não com o lucro do Banco, absolutamente distintos, não podendo ser desconsiderada tal situação em nome da justiça econômica;

iii) entende que a capitalização de ganhos de equivalência não está sujeita a bloqueios na ausência de previsão legal e que as vantagens fiscais não são decorrentes da reestruturação, mas sim da redação do art. 135 do RIR/99;

iv) a fixação do custo de aquisição com base na estrutura patrimonial do Banco, tal como efetuada pela fiscalização, não possui respaldo legal;

v) o aumento de custos do recorrente resultou de atos específicos de redistribuição de capital entre os acionistas;

vi) cita precedente do CARF para corroborar suas razões no sentido de inexistência de fraude à lei resultante de abuso de direito no âmbito tributário;

vii) reitera, como remate, sua inconformidade quanto à qualificação e à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronnie Soares Anderson, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Consoante relatado, o contribuinte alienou, conjuntamente com os demais sócios da instituição financeira, ações do Banco Pactual S/A. ao UBS Brasil Participações Ltda. (doravante UBS) - fls. 937/1.059, apurando ganho de capital nos anos-calendário 2006 e 2009.

Possuía ele 0,05% das ações da Nova Pactual Participações Ltda. (doravante Nova Pactual - contrato social às fls. 358/369), holding que detinha 78,17% de participação societária na Pactual S/A., a qual por sua vez era detentora de praticamente 100% das ações do Banco Pactual S/A.

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

Para tanto, foi promovida uma série de reestruturações societárias sob a forma de incorporação reversa ou incorporação às avessas, por meio de sucessivas capitalizações de lucros contabilizados nas holdings, após a aplicação do método de

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

equivalência patrimonial (MEP) relativamente aos resultados auferidos pelo Banco Pactual S/A.

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

1. Incorporação da Nova Pactual pela Pactual S/A. em 13/10/2006, com o recebimento, pelas pessoas físicas, de participação na mesma proporção que detinham na holding extinta (fls. 478/496).

Essa operação foi precedida pela capitalização, na mesma data, dos lucros apurados pela Nova Pactual com esteio no MEP (créditos dos sócios perante a holding), sendo realizada a primeira majoração do custo de aquisição de sua participação societária (inicialmente de R$ 132,00), baseada no art. 135 do RIR/99. Para o recorrente, tal feito resultou na integralização de 783.631 novas quotas da Nova Pactual, no valor de R$ 783.631,00.

2. Incorporação da Pactual S/A pelo Banco Pactual S/A. em 1/12/2006, com o recebimento, pelas pessoas físicas, de participação na mesma proporção que detinham na holding extinta (fls. 519/563).

Essa operação foi precedida pela capitalização, em 3/11/2006 lucros apurados pela Pactual S/A. com amparo no MEP (créditos dos sócios perante a holding), sendo realizada a segunda majoração do custo de aquisição de sua participação societária, baseada no art. 135 do RIR/99 (fls. 564/585). Para o recorrente, tal proceder resultou na integralização de 498.044 novas quotas da Pactual S/A., no valor de R$ 498.044,00 (fl. 633), o qual, somado aos R$ 768.631,00, resultou em um custo de aquisição das quotas no total de R$ 1.281.804,50, segundo os cálculos por ele apresentados ao Fisco (fls. 10 - DIRPF - e 27).

Não mais existentes as holdings, realizou-se a venda do Banco Pactual S/A. ao UBS pelas pessoas físicas, ensejando a apuração de ganhos de capital em 2006 e 2009, ora sob discussão.

Cabe desde já destacar que a principal questão controversa é sobre a aplicação do art. 135 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99) ao fatos abordados, e que teria levado, conforme defende o autuado, a que o custo de aquisição das ações por ele alienadas alcançasse a cifra de R$ 1.281.804,50, e não de R$ 427.506,94, conforme a autuação. Tal artigo trata do custo de participações societárias adquiridas com incorporação de lucros e reservas, motivo pelo qual cumpre passar prontamente ao seu exame.

O art. 135 do RIR/99 tem seu fundamento no parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, o qual deve ser lido em conjunto com o seu *caput* (art. 645 do RIR/99), para a adequada compreensão do contexto no qual tal disposição veio à baila. Reproduz-se o artigo:

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.*
>
> *Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.*

CÓPIA

Previamente à edição desse diploma, a regra era tributar os lucros e os dividendos exclusivamente na fonte ou oferecer tais rendimentos à incidência do imposto de renda na declaração de ajuste.

Com vistas a evitar que houvesse dupla tributação sobre os mesmos rendimentos, ou seja, para que os lucros fossem tributados tão somente quando de sua apuração pela pessoa jurídica, e não quando de sua distribuição para os beneficiários dos dividendos, adveio no ordenamento o dispositivo legal acima transcrito. O Ministro da Fazenda apresentou no item 12 do Projeto de Lei nº 913/05, que resultou na edição da Lei nº 9.249/95, a seguinte justificativa no que concerne ao art.10:

> 12. Com relação à tributação dos lucros e dividendos, estabelece-se a completa integração entre a pessoa física e a pessoa jurídica, tributando-se esses rendimentos exclusivamente na empresa e isentando-os quando do recebimento pelos beneficiários. Além de simplificar os controles e inibir a evasão, esse procedimento estimula, em razão da equiparação de tratamento e das alíquotas aplicáveis, o investimento nas atividades produtivas[1].

A partir de então os dividendos passaram a ser isentos, o que poderia ensejar a preferência pela sua distribuição frente à sua retenção e reinvestimento, dando azo à descapitalização das empresas. Para evitar tal situação, e estimular a retenção dos lucros de modo a possibilitar a realização de investimentos e formação bruta de capital sem endividamento perante terceiros, com o consequente crescimento da economia e geração de empregos, o regramento do parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249/95 previu uma "compensação" para que os sócios não decidissem priorizar a distribuição de lucros.

Com efeito, para que os lucros não fossem distribuídos como dividendos aos sócios mas sim incorporados mediante aumento de capital da empresa, foi possibilitado o ajuste no custo de aquisição das participações societárias dos acionistas, na proporção em que fossem aqueles capitalizados, balizando-se assim o alcance do benefício legal da isenção dos dividendos.

Destarte, adicionou-se ao natural efeito diferimento do ganho de capital na postergação da alienação das ações, a vantagem de que esse ganho sujeito à tributação ver-se-ia diminuído do montante dos lucros que foram capitalizados e não distribuídos aos sócios.

Veja-se que o desiderato da norma não foi criar hipótese de isenção sobre o ganho de capital em alienação de ações[2]; nos termos da lei, o aumento do custo de aquisição

[1] Também com o objetivo de estimular o investimento produtivo e desestimular o endividamento excessivo das empresas, dentre outros motivos, a Lei nº 9.249/95 trouxe em seu art. 9º o advento dos juros sobre o capital próprio.

[2] Como, por exemplo regrou o inciso I do art. 22 da Lei nº 9.250/95 com a redação dada pela Lei nº 11.196/05, ao estabelecer a isenção do imposto de renda sobre o ganho de capital na alienação de ações no valor total de R$ 20 mil em determinado mês do ano-calendário.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

está condicionado e se dá na medida exata em que um determinado lucro deixa de ser distribuído e passa a ser alocado no capital social da empresa.

A interposição de uma holding pura na estrutura de capital, ou seja, de uma sociedade com o escopo exclusivo de gerir a participação de determinadas pessoas no capital de outras sociedades acarreta, por outro lado, que os investimentos por ela controlados sejam avaliados pelo método de equivalência patrimonial, de acordo com o art. 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1975 (Lei das S/A).

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

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

Assim, ainda que por vezes a autuação ou a decisão recorrida possam referir-se às receitas de equivalência patrimonial como lucros, não há impropriedade, a despeito da inconformidade manifestada no particular pelo recorrente, pois nas holdings Pactual S/A. e Nova Participações as receitas de equivalência se equiparam aos lucros verificados, à míngua de receitas outras ou de despesas substanciais contabilizadas.

Importa esclarecer, neste átimo, a natureza dos lucros que são distribuídos ou retidos por uma determinada pessoa jurídica. Fran Martins[3] já alertava que,

> *Na realidade, o lucro em si mesmo considerado, não é distribuível; o que se distribui, na verdade são parcelas dos ativos que, no Balanço Patrimonial, representam o incremento do patrimônio social em decorrência da exploração da atividade que constitui o objeto social.*

Dessarte, ainda que haja a interposição de "n" holding puras entre determinadas pessoas físicas e uma pessoa jurídica operacional, os sucessivos dividendos que são distribuídos ao longo da sequência de holdings têm apenas um substrato fático-jurídico: as parcelas incrementais dos ativos auferidas ao longo do ano-calendário, como consequência das atividades daquela pessoa jurídica, seja na compra e venda mercantil, seja na intermediação financeira, etc.

Os dividendos sucessivamente distribuídos entre as holdings, por conseguinte, não são "somáveis" para quaisquer fins, pois há apenas um dividendo, somente uma parcela do lucro a ser dividido (gerúndio "dividendo") entre os sócios, que a estes chega depois de ser repassado ao longo da cadeia de empresas controladoras.

[3] MARTINS, Fran. Comentários à Lei das S.A. v 2, t. II. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 665.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

À semelhança, os lucros objeto de retenção e incorporação ao capital social são na realidade parcelas adicionadas ao ativo de uma pessoa jurídica em razão do desempenho de suas atividades, as quais levam ao incremento do seu patrimônio. A diferença é que os lucros capitalizados seguem dentro do patrimônio da empresa, fortalecendo-o ao não serem distribuídos a terceiros, ainda que sócios, o que se dá via débito na conta de lucros ou reserva acumuladas, com o correspondente crédito na conta de capital social - lançamentos contábeis intrapatrimoniais.

A essência continua sendo a mesma, porém. Uma dada parcela do ativo não pode ser distribuída diversas vezes a título de dividendos decorrentes de um mesmo resultado; há como visto, apenas o reflexo contábil e financeiro dos mesmos valores entre as holdings, até chegar aos destinatários finais - os sócios pessoas físicas ou jurídicas. Ou, alternativa e similarmente, uma mesma parcela do ativo não pode ser retida várias vezes por holdings sucessivamente interpostas; há apenas uma efetiva incorporação, sendo as demais meros reflexos contábeis decorrentes da aplicação do método de equivalência patrimonial, obrigatório por força de lei para fins de observância do regime de competência na apropriação dos resultados na contabilidade.

Bem firmados esses aspectos da questão ora posta, cabe prosseguir na análise do caso em comento, observando, primeiramente, que a simples interposição de sucessivas holdings entre os sócios e a pessoa jurídica que gera os resultados de uma determinada atividade empresarial não encontra óbice legal.

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

Ainda que bem demonstrada no Termo de Verificação Fiscal às fls. 1.103/1.106, merece ser realizada breve síntese esquemática da questão, por meio das 2 tabelas dispostas abaixo.

	1	**2**	***3***
	ano zero constituição	**Final 1º ano MEP**	***Capitalização dos lucros por A***
Holding A			
Capital Social	100	100	***300***
Reserva Lucros		200	
Empresa B			
Capital Social	100	100	*100*
Reserva Lucros		200	*200*

Na hipótese, tem-se a empresa B operacional constituída com o capital de R$ 100 mil (custo de aquisição de R$ 100 mil para os sócios) e entre essa e seus sócios é criada e interposta a holding "pura" A, cujo único objeto é gerir os resultados e participações de B (coluna"1"). Em razão de suas atividades, B apura o lucro de R$ 200 mil, o qual, mediante a aplicação do MEP, acarreta o concomitante aumento no patrimônio líquido da holding A (coluna "2").

Mister registrar que as disponibilidades continuam nos ativos da empresa B, não podendo ainda, por inviabilidade fática, ser distribuído qualquer dividendo pela holding A.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A despeito disso, a holding A capitaliza os lucros decorrentes das receitas de equivalência patrimonial, incorporando-os ao seu capital social (coluna "3").

Conforme bem destacado pela fiscalização, nesse ponto está o âmago do planejamento tributário. Devido a essa capitalização, os sócios da holding A, que tinham despendido R$ 100 mil na integralização do capital das empresas, entendem fazer jus à aplicação do parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249/95, e elevam o custo de aquisição de suas participações para o montante de R$ 300 mil.

Dessa feita, cria-se situação anômala, pois lucros que não podem ser distribuídos pela holding A - pois ainda se encontram sob a disponibilidade econômico-jurídica da empresa operacional - são utilizados para o aumento de seu capital.

No seguimento da operação, a holding A é incorporada pela empresa B, sua controlada (coluna "4"):

	4	5
	B incorpora A "incorporação reversa"	**Capitalização dos lucros por B**
Holding A		
Capital Social	X	X
Reserva Lucros		
Empresa B		
Capital Social	100	300
Reserva Lucros	200	

As ações da holding A são extintas, sendo substituídas por ações da empresa B (coluna"4"). Todavia, esta ainda preserva em seu patrimônio líquido recursos vinculados ao seu ativo - estes sim, dotados de efetiva existência: lucros passíveis de serem distribuídos ou capitalizados. Exsurgem, então, as opções de distribuir ou capitalizar tais resultados, e, em se adotando essa última vertente, mais uma vez os sócios consideram pertinente efetuar a elevação do custo de aquisição com esteio no parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249/95, majorando-o de R$ 300 mil para R$ 500 mil.

Destaque-se a impropriedade da interpretação acima exposta, basicamente a mesma defendida pelo contribuinte no caso em comento. O dispositivo mencionado (art. 135 do RIR/99) deve ser compreendido em harmonia com o disposto no respectivo *caput*, como abordado, não como preceito desvinculado de qualquer propósito normativo que lhe respalde, e isolado do ponto de vista da legislação do imposto sobre a renda.

Resultados que são meros reflexos contábeis emanados da aplicação do MEP, incapazes de serem distribuídos aos acionistas - salvo distribuição prévia dos dividendos da pessoa jurídica operacional destinada às holdings - ainda que se aceite a possibilidade de que nestas possam ser capitalizados, não podem acarretar o incremento no custo de aquisição das participações societárias.

Tal majoração destoa dos fins da norma justributária, que preconiza que um determinado signo presuntivo de capacidade contributiva para fins de incidência de imposto de renda - o ganho de capital na alienação de participações societárias - seja majorado ou diminuído na medida em que o contribuinte exerça a opção entre a distribuição de dividendos e

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

a capitalização dos lucros auferidos nas atividades da pessoa jurídica. À margem desse quadro, não há falar em aplicação do precitado dispositivo legal.

No caso focado, as sucessivas capitalizações dos resultados advindos da aplicação do MEP, primeiro na Nova Pactual, e posteriormente na Pactual S/A, geraram majorações abusivas do custo de aquisição no curso dos procedimentos de incorporação às avessas e reorganização societária, em total descompasso com o incremento das disponibilidades passíveis de distribuição na instituição financeira Banco Pactual S/A., não sendo tais operações, por conseguinte, oponíveis ao Fisco.

Cabe traçar, neste ponto, algumas considerações sobre o abuso de direito.

Ao contrário do que parece defender o contribuinte, o conceito de abuso de direito não está adstrito à seara privada, podendo ser perfeitamente aplicável no âmbito tributário presentes as condições para tanto.

Trata-se, na verdade, de categoria da Teoria Geral do Direito, ao qual causa repulsa o mal uso (latim ABUTI, usar mal, de AB, "fora", mais UTI, "usar") do direito pelo seu titular, sendo aplicável esse conceito nos mais diversos campos da experiência jurídica, ainda que eventualmente sob outras denominações.

Em sentido mais amplo, manifesta-se sob as facetas de excesso ou desvio no exercício de um direito, podendo ser apreendido tanto na esfera das relações privadas - como no abuso dos direitos de vizinhança (direito civil), abuso do direito de greve (direito do trabalho) - quanto no direito público - como no abuso do direito de recorrer (direito processual). Sob o tema, aliás, manifestaram-se Cristiano Chaves De Farias e Nelson Rosenvald:

> *É infeliz a referência à palavra "direito" contida na redação do art. 187 da Codificação, por induzir à idéia de uma restrição à aplicação da teoria do ato abusivo, o que impediria a sua incidência em outras situações jurídicas. Com efeito, ao contrário do que insinua o tipo legal, também as liberdades, as faculdades e os direitos potestativos ou poderes jurídicos admitem a incidência da aplicação da teoria do ato abusivo, uma vez que podem estabelecer vantagens para o seu titular. Corroborando essa tese, o ilustre Promotor de Justiça no Paraná Inácio de Carvalho Neto assevera "não haver direitos insindicáveis em matéria de abuso, aplicando-se a teoria a quaisquer espécies de direitos", inclusive aos potestativos.*

Assim, é perfeitamente possível identificar o abuso do direito nas situações em que o Estado age com excesso no seu direito de verificar o cumprimento das obrigações tributárias, criando restrições desmedidas ao exercício da atividade econômica para fins de compelir o particular ao pagamento de tributos. Por outro lado, quando esse particular, sob o alegado amparo no livre exercício de sua atividade, interfere no direito do Fisco de tributar a capacidade contributiva faticamente revelada, ao arrepio dos fins da norma que em tese respalda sua conduta, igualmente se tem configurado o abuso.

Sob o prisma do excesso pode o abuso ser inclusive reconhecido no art. 135 do Código Tributário Nacional, que responsabiliza pessoalmente determinadas pessoas físicas pelos créditos tributários decorrentes de atos praticados com excesso de poderes.

Também se revela nos mais variados gêneros normativos, espraiando-se pela Constituição Federal (art. 14, §§ 9º e 10º e no art. 173, § 4º) e pelo Código de Processo Civil

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(arts. 14, 18, 538 e parágrafo único, 574). Já no art. 187 do Código Civil, o legislador atribuiu ao abuso de direito a natureza de ato ilícito, nos seguintes termos:

> *Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

De sua parte, a Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, alterou a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro), conferindo a esse diploma o caráter de "Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro". O seu art. 5º assim dispõe:

> *Art.5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

Dos diplomas transcritos logo acima, tem-se que os limites para o exercício de um direito estão estabelecidos pelos fundamentos axiológicos e teleológicos da norma jurídica, devendo tais aspectos ser obrigatoriamente sopesados não só pelo legislador ou pelo julgador, mas por quaisquer aplicadores do comando normativo, de maneira a superar os contornos formais do enunciado legal e perscrutar sua adequação aos fins a que se destina.

Dessa forma, constata-se a ocorrência de abuso de direto quando o contribuinte, atuando em aparente conformidade com o enunciado legal, deixa de considerar a finalidade social e econômica do direito ali assentado e o exerce em demasia, em desarmonia com aquelas finalidades.

Importante registrar que não se está a interpretar economicamente o direito tributário, mas sim a realizar sua exegese de maneira sistemática, à luz das demais normas componentes do ordenamento jurídico, as quais impõem expressamente, consoante demonstrado, a necessidade de se perscrutar o desiderato econômico de uma dada norma jurídica, no caso tributária, para a verificação concreta da ocorrência de abuso no exercício do direito por ela previsto.

Isso, porque o exercício hermenêutico tem como imprescindível tanto a análise teleológica quanto a sistemática, sendo oportuno lembrar das palavras do jurista Juarez Freitas, que já afirmava que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação. Nesse sentido, resvala o eufemismo entender-se que a mera divergência na interpretação do direito não poderia ensejar lançamento tributário, pois praticamente todas as controvérsias jurídicas tem seu pano de fundo em diferentes compreensões dos textos normativos, objeto de exame por parte de seus intérpretes/aplicadores.

Desse modo esclarecido, tem-se, por conseguinte, que o contribuinte, ao promover sucessivas majorações do custo de aquisição de suas participações societárias com supedâneo em correspondentes capitalizações de lucros que sequer poderiam ser distribuídos, sendo meros reflexos do MEP nas holdings em apreço, incorreu em exercício abusivo do direito previsto no parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249/95, sendo escorreitas as conclusões da auditoria fiscal no particular.

Ressalte-se que nada impede que se prescinda do conceito de abuso de direito para se chegar à compreensão do caso concreto. Em outras palavras, mas convergindo para a mesma conclusão, pode ser perfeitamente expressado que se verificou na espécie equivocada qualificação jurídica dos fatos, mediante interpretação da norma contida no parágrafo único do

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

art. 10 da Lei nº 9.249/95 em discordância com os seus fins, acarretando violação ao princípio da proporcionalidade no acréscimo do custo de aquisição constatado, oriundo de meros reflexos contábeis sem substrato fático.

Aliás, não é demasiado destacar que, nos termos do inciso III do art. 11 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998[4], os parágrafos de uma lei expressam os aspectos complementares à norma enunciado do *caput* do artigo e as exceções à regra por esta estabelecida. Revela-se, também assim, o descabimento de uma interpretação assistemática do multicitado parágrafo único sem o devido cotejo com o correspondente *caput*.

Cabe afastar, neste ponto, raciocínio segundo o qual o contribuinte não estaria obrigado a optar, para fins de viabilizar a venda de suas quotas ao UBS, pelo procedimento que lhe fosse mais oneroso do ponto de vista tributário.

Obviamente, não houvesse outra escolha para o contribuinte realizar essa alienação, não haveria sequer falar em planejamento tributário ilícito ou abuso de direito.

Não é esse o ponto, contudo. O contribuinte enfatiza que várias eram as alternativas para ser realizada a venda ao UBS, bem como para reestruturar as sociedades envolvidas na operação (fls. 1255/1270). A realidade, todavia, é que escolheu deliberadamente, de modo planejado, o procedimento tal e qual narrado mais acima, e que, levado a efeito, implicou em claro e substancial ganho tributário para as pessoas físicas que alienaram suas participações, mediante o abusivo incremento no custo de suas participações societárias.

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

Ainda que não tenha sido o único motivo pelo qual a reestruturação societária tenha sido realizada da maneira que se verificou, é inequívoco que o aspecto tributário foi fundamental e extremamente significativo para sua elaboração e consecução, tanto mais quando se verifica que o custo de aquisição para os detentores das participações societárias foi, por consequência, em muito majorado - para o autuado, especificamente, ele cresceu a uma taxa de 199,83%, frente ao aumento do patrimônio líquido do Banco Pactual na casa de 89%.

Outro ponto importante a enfatizar é que não houve qualquer arbitramento do custo de aquisição por parte da fiscalização. Verificada a utilização distorcida dos ditames do parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249/95, foram devidamente examinados os demonstrativos financeiros e laudos de avaliação do patrimônio líquido apresentados pelo contribuinte.

Em decorrência dessa análise dos elementos componentes do patrimônio, foram devidamente caracterizados os valores que poderiam ter sido objeto de integralização com base no dispositivo em comento, mediante dois métodos alternativos, expostos às folhas 28/31 do Termo de Verificação Fiscal de fls. 1080/1126, os quais chegaram a valores bastante próximos, evidenciando o acerto do procedimento da autoridade lançadora. E, a partir daí, foi estabelecido o custo de aquisição para o autuado, com base na sua participação nas ações integrantes do capital do Banco Pactual S/A.

[4] A qual "Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona".

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Correto, também, o expurgo dos valores recebidos em 22/2/2007 do custo de aquisição, pois referiam-se a resultados do ano-calendário 2006 conforme o contrato firmado com UBS, não podendo ter sido, em decorrência, objeto de prévia capitalização de lucros.

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

Por fim, necessário enfatizar que qualificação jurídica ou interpretação dos fatos que subordine a realização de princípios constitucionais ao interesse particular, não se coaduna com a consecução de um Estado Democrático e Social de Direito.

Nesse sentido, deve ser repudiada a pretensão de submeter a aferição da capacidade contributiva inequivocamente revelada pelos fatos ora examinados a eventuais arranjos societários elaborados ao exclusivo talante do contribuinte. Note-se que a prosperar a tese ventilada na peça recursal, seria viável, por meio da interposição deliberada e calculada de holdings puras entre os sócios e a empresa produtiva, anular-se completamente o ganho de capital em uma ampla gama de alienações de participações societárias, restando por terra sua tributação pelo imposto de renda.

Impende então superar as interpretações suportadas na simples subsunção dos fatos à norma jurídica, sem a realização do exercício hermenêutico mais complexo da análise teleológico-sistemática do enunciado legal, sob pena de retorno ao superado entendimento de que tudo que não é proibido é permitido.

Da multa qualificada.

O § 1º do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, estabelece que a multa de ofício a ser aplicada nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, é de 150%.

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

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

Deve ser admitido, por outra via, que, quando verificada conduta de pessoa física infringente à legislação tributária, a comprovação do dolo a ela porventura associado é tarefa deveras árdua, face a muitas vezes limitada possibilidade de produção de um arcabouço probatório hábil e suficiente para tanto.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

E, em que pese o escorreito trabalho levado a efeito pela fiscalização, na espécie não foram levantados elementos suficientes para amparar a imputação da qualificação da multa de ofício.

Como já bem discernido em diversos outros acórdãos desta 2ª Seção que trataram dos fatos sob exame, as operações foram realizadas às claras, acompanhadas de documentações condizentes com as finalidades a que se propunham, sem acobertamento ou mascaramento de condutas ou intenções, e amparadas em propósito negocial que extrapolava os limites da simples economia fiscal.

Mais: se por um lado é inegável que se tratavam de operações estruturadas em sequência, efetuadas em prazo exíguo para cada etapa do processo, e elaboradas com o fim precípuo de conciliar a alienação das participações societárias com uma menor carga tributária sobre elas incidente, impende atentar, por outra senda, que as sociedades envolvidas foram criadas bem antes dos eventos em questão, ou seja, não foram criadas com o escopo principal de ilidir o pagamento de tributos. Não se confundem, assim, com meras "empresas-veículo", recorrentemente encontradas em casos do gênero.

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

Portanto, não resta afastada a dúvida que paira, justificadamente, sobre os aspectos volitivos da conduta do contribuinte, de modo que se possa assegurar, com grau de verossimilhança suficiente, que no caso concreto seja de rigor a aplicação da multa qualificada.

Sublinhe-se, aliás, que o conceito de abuso de direito há muito já superou sua associação com os atos emulativos previstos no vetusto Direito Medieval, que o vinculava àqueles casos em que o exercício de um determinado direito tinha por objetivo causar prejuízos a terceiros.

Hodiernamente, a constatação do abuso de direito prescinde, de uma maneira geral, da intenção de macular o direito de outrem, tendo sido assim especificamente positivado na letra do art. 187 do Código Civil pátrio, consoante já referido parágrafos acima.

Destarte, o elemento conclusivo para se aferir sua ocorrência passa ao largo da verificação de um dolo específico, atendo-se à análise da compatibilidade da conduta focada com os fins da norma que a amparou.

Nesse contexto, ainda que não tenha ficado comprovado o agir doloso por parte do contribuinte, disso não decorrem maiores consequências no que diz respeito ao crédito tributário constituído, que extrapolem a necessária exoneração da qualificação da multa de ofício.

Dos juros de mora sobre a multa de ofício.

O *caput* do art. 161 do CTN assim dispõe:

> *Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

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

Portanto, a incidência dos juros em apreço sobre as multas que porventura componham o crédito tributário é preceito estabelecido no CTN. O legislador ordinário respeitou os parâmetros da lei complementar, ao regrar no art. 61 da Lei nº 9430/96, que os débitos *decorrentes* de tributos e contribuições sofrem incidência de juros de mora. A saber, o termo"decorrente" significa consequente, ou seja, além do tributo propriamente dito, os débitos que lhe dele são resultantes, ainda que não necessariamente, tais como as multas de ofício proporcionais, as quais também deverão ser acrescidas dos juros.

Em consonância com esse entendimento, vale lembrar que o § 8º do art. 84 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, reza que os juros de mora se aplicam aos demais créditos da Fazenda Nacional, cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, categoria na qual se incluem, logicamente, as multas de ofício, sejam proporcionais ou lançadas isoladamente.

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

> *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMA QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.*
>
> *1.* ***Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário****." (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010.*
>
> *2. Agravo regimental não provido.* (grifei)

Do REsp nº 1.129.990/PR (2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 14/9/2009) convém colacionar o seguinte trecho do Voto condutor, aclarando a questão:

> *De maneira simplificada, os juros de mora são devidos para compensar a demora no pagamento. Verificado o inadimplemento do tributo, advém a aplicação da multa punitiva que passa a integrar o crédito fiscal, ou seja, o montante que o contribuinte deve recolher ao Fisco. Se ainda assim há atraso na quitação da dívida, os juros de mora devem incidir sobre a totalidade do débito, inclusive a multa que, neste momento,*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *constitui crédito titularizado pela Fazenda Pública, não se distinguindo da exação em si para efeitos de recompensar o credor pela demora no pagamento.*
>
> *Em suma, o crédito tributário compreende a multa pecuniária, o que legitima a incidência de juros moratórios sobre a totalidade da dívida.*

Ante o exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário, para fins de afastar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao patamar de 75%.

CÓPIA

(Assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/01/2015 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/20
15 por RONNIE SOARES ANDERSON, Assinado digitalmente em 22/01/2015 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO
Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA