



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

Processo nº	15504.724125/2011-96
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	2301-004.483 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	15 de fevereiro de 2016
Matéria	IRPF
Recorrente	GUILHERME BACHA DE ALMEIDA
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.

O fato de cada uma das transações dentro do grupo societário, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando restar comprovada que o aumento do custo das ações de acionistas pessoas físicas se deu através de planejamento tributário que capitalizou dividendos em duplicidade, pois são meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial nas holdings, seguidas de correspondentes incorporações reversas, com o fim 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 pela legislação pertinente.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO.

No planejamento tributário, quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

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. É legítima a incidência de juros

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

Recurso Provido em Parte

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora. Acompanhou pelas conclusões o Dr. João Bellini Junior. Fez sustentação oral o Dr. Luis Claudio Pinto, OAB/RJ 88.704.

João Bellini Júnior - Presidente.

Alice Grecchi - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros João Bellini Junior (Presidente), Ivacir Julio de Souza, Marcelo Malagoli da Silva, Luciana de Souza Espindola Reis, Amilcar Barca Teixeira Junior, Andrea Brose Adolfo, Alice Grecchi.

Relatório

Para descrever a sucessão dos fatos deste processo até a apresentação da impugnação pelo contribuinte, adoto de forma livre o relatório do Acórdão proferido pela 9ª Turma da DRJ/BHE, nº 02-40.770, constante em fls. 860/888:

Cuida-se de Auto de Infração relativo ao Imposto de Renda de Pessoa Física, exercícios 2007 e 2010, anos-calendário 2006 e 2009 que formalizou a exigência do crédito tributário, em decorrência da omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos narrada no Termo de Verificação Fiscal - TVF. Sobre o valor tributável foi aplicada a alíquota de 27,5%, descontada a parcela a deduzir e apurado o imposto na forma do quadro demonstrativo de fls. 6/7, acrescido de juros de mora e multa qualificada de 150%.

Segundo o Termo de Verificação Fiscal de fls. 9/31, em dezembro de 2006, após um complexo processo de reorganização societária, o contribuinte alienou à empresa UBS Brasil Participações Ltda a participação que possuía no Banco Pactual, representada por 4.536.310 ações ordinárias pelo valor de R\$20.974.477,53 (vinte milhões novecentos e setenta e quatro mil, quatrocentos e setenta e sete reais e cinquenta e três centavos).

No ato da alienação foram recebidos R\$8.151.759,06, tendo sido deferido para 2011 o recebimento do valor de R\$12.822.718,47. Conforme descrito no item 1.13 do TVF, o contribuinte informou que em 2009 foi negociada a redução de R\$2.424.229,10 na parcela remanescente, por conta de antecipação do valor de R\$10.398.489,37.

Afirma a autoridade lançadora que, antes de concluir a venda de sua participação no Banco Pactual S/A à UBS Brasil Participações Ltda, o

contribuinte elevou indevidamente o custo de aquisição dessa participação, utilizando-se de sofisticados artifícios contábeis, engendrados através de diversos negócios societários, que, resumidamente, consistiram na elevação do capital em empresas investidoras, via equivalência patrimonial com as empresas investidas e a quase simultânea extinção das holdings que detinham participação societária no Banco Pactual, por meio de sucessivas incorporações reversas, culminando com a alienação das ações do Banco diretamente pelos acionistas pessoas físicas da instituição. Com isto, o contribuinte majorou artificialmente o custo das ações que pretendia vender, com o propósito de reduzir o montante de seu ganho de capital e consequentemente o valor do IR incidente sobre essa alienação.

Ainda de acordo com o Termo de Verificação Fiscal, por meio dessa manobra, o contribuinte promoveu, em 2006, um aumento do custo de aquisição de sua participação no Banco Pactual da ordem de 390%, enquanto que, no mesmo período, o patrimônio líquido do Banco experimentou um aumento de 81,55%.

Da análise de todas as operações que antecederam a alienação das ações representativas do capital social do Banco Pactual, realizadas entre o grupo Pactual e o contribuinte, a fiscalização afirma que houve prática de ato simulado, ao elevar artificialmente o custo de aquisição das ações, com capitalização cumulativa de valores derivados dos lucros apurados por equivalência patrimonial, nas operações de incorporações inversas, com o propósito de lesar terceiros, no caso a Fazenda Nacional, configurando-se a hipótese prevista no inciso I, do parágrafo primeiro, do art. 167 do Código Civil, combinado com seu parágrafo 2º.

Para efeito da correta apuração do ganho de capital ocorrido na alienação da participação societária que o contribuinte possuía no Banco Pactual S/A, foi expurgado, para fins de cálculo de seu efetivo custo de aquisição, o efeito produzido pela capitalização da incorporadora “PACTUAL”, ocorrida em 3/11/2006, no valor de R\$3.984.351,00, visto que esse efeito foi utilizado em duplicidade. O efetivo custo de aquisição foi de R\$6.297.233,20.

À fl. 28 dos autos a fiscalização relata que antes dos atos sucessivos de reorganização societária, o custo da participação do contribuinte no “GRUPO PACTUAL” correspondia a 0,38% do capital social (R\$2.098.285,20) referentes a 2.070.882 das 539.375.280 quotas. Após todo o processo a participação societária informada na DIRPF no valor de R\$10.281.584,20, frente aos R\$296.692.740,10 do capital social do “BANCO”, passou a 3,48%, um incremento de 810% na correlação custo/valor nominal das ações.

Cientificado da autuação, o interessado apresentou, em 11/11/2011, a impugnação de fls. 663/687, por meio da qual alega, em síntese:

1. antes da reestruturação, o impugnante era titular de investimentos representativos de 0,38% da Nova Pactual Participações Ltda, sociedade holding titular de investimentos representativos de 78,18% do capital da

empresa Pactual S/A., holding titular de investimentos representativos de 100% do capital do Banco Pactual;

2. os investimentos representativos dos demais 21,82% do capital da Pactual S/A eram de propriedade da Pactual Holdings S/A., sociedade holding na qual o impugnante não tinha qualquer participação;

3. para a fiscalização, o aumento de 390% no custo de investimento teria sido absurdo, mas aceitou como legítimo um aumento também desproporcional de R\$2.098.285,20 para R\$6.297.233,20;

4. o auto indica, como enquadramento legal, uma série de dispositivos que apenas contém regras gerais relativas à apuração e à tributação dos ganhos de capital auferidos por pessoas físicas, e nenhum deles foi infringido pelo impugnante;

5. o Grupo Pactual era composto por diversas holdings existentes há mais de dez anos e constituídas em uma época em que as pessoas físicas integrantes do grupo (controladores) sequer cogitavam alienar seus investimentos no Banco Pactual;

6. os objetivos das holdings eram exclusivamente os de organizar o exercício do controle do Banco Pactual e a distribuição de seus resultados e, dessa forma, a alienação do Banco Pactual a terceiros faria com que as mesmas se tornassem totalmente desnecessárias;

7. em tese, as holdings poderiam ser extintas antes ou depois da concretização da venda do Banco Pactual, sendo que, na primeira hipótese, os controladores figurariam no pólo vendedor da operação, ao passo que, na segunda, as holdings ocupariam essa posição;

8. pela natureza do negócio celebrado com o UBS Brasil, optou-se pela extinção das holdings antes da realização do negócio;

9. como é comum em vendas de instituições financeiras com as características do Banco Pactual, os acionistas assumiram obrigações de caráter personalíssimo, como a de não competirem com a sociedade vendida e mesmo de nela continuarem atuando até que seu fundo de comércio tenha se consolidado após a transferência de seu controle acionário. assim, nada mais lógico que eles fossem parte no negócio, e não meros intervenientes.

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

11. entre as diversas variantes que poderiam ser adotadas para fazer com que os controladores figurassem como vendedores, tem-se: i) a liquidação das holdings com a entrega dos ativos (no que se incluiriam as ações do Banco Pactual) aos controladores em devolução do capital; ii) a redução do capital das holdings, mediante entrega dos investimentos no Banco Pactual aos controladores; iii) incorporações diretas ou tradicionais, cujos inconvenientes são enormes, ressaltando que a incorporação de um

banco como o Pactual por outra empresa, sobretudo uma que não seja instituição financeira, seria extremamente complexa e onerosa;

iv) a venda, pelos controladores, de investimentos diretos nas holdings, hipótese em que seria desnecessária qualquer reestruturação societária prévia; a última variante disponível, a incorporação reversa das holdings pelo Banco Pactual, sem dúvida, era a mais conveniente do ponto de vista prático, operacional, negocial e fiscal;

12. desde que o art. 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, definiu os efeitos fiscais das incorporações inversas, as incorporações de holdings têm sido a primeira opção para a eliminação de empresas cuja existência se torna desnecessária;

13. não procede, assim, a alegação de que a opção pelas incorporações inversas consistiu em um artifício motivado exclusivamente pela economia fiscal;

14. nas incorporações, a incorporadora recebe um conjunto patrimonial (bens, direitos e obrigações) e “paga” aos acionistas da incorporada ações representativas de aumento de seu capital;

15. não se apuram resultados na substituição de ações da incorporada por ações da incorporadora e, por essa razão, as ações da incorporadora recebidas pelos acionistas da incorporada têm o mesmo custo de seus investimentos na incorporada, declarados extintos na incorporação;

16. a incorporação das holdings pelo Banco Pactual é um exemplo de incorporação “inversa” ou “reversa”, na qual a investida (Banco Pactual) sucede as investidoras (as holdings) em todos os seus bens, direitos e obrigações, dentre os quais figuram os investimentos da investidora/incorporada na investida/incorporadora, cabendo à investida/incorporadora aumentar seu capital social e entregar as ações representativas desse aumento aos acionistas da investidora/incorporada;

17. contudo, a investida/incorporadora passa a ter ações representativas de seu próprio capital social, que são canceladas no próprio ato ou, opcionalmente, mantidas em tesouraria, na hipótese de a investida dispor de lucros ou reservas suficientes à subsistência das ações;

18. ocorre, assim, um aumento de capital (para a emissão de ações destinadas aos acionistas da investidora/incorporada) e uma subsequente redução do capital para cancelamento das ações representativas do próprio capital da investida, caso a mesma não possa ou não queira mantê-las em tesouraria;

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

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

21. a automática conversão de todas as contas do patrimônio líquido da incorporada em capital da incorporadora é reconhecida pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e até mesmo pelo fisco;

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

23. em vista disto, os lucros de Nova Pactual Participações foram distribuídos em bases desproporcionais e reaplicados na empresa, acertando as participações dos acionistas no patrimônio líquido antes da incorporação;

24. tal assertiva é comprovada pela simples análise da capitalização de lucros de Nova Pactual Participações, realizada nos termos de sua 4^a Alteração Contratual, datada de 13/10/2006 oportunidade em que o capital de Nova Pactual foi aumentado em R\$ 686.000.000,00, mediante a conversão de créditos detidos por seus quotistas, créditos estes decorrentes do direito ao recebimento de lucros;

25. esta foi, portanto, a razão de a capitalização de lucros de Nova Pactual Participações ter sido expressa e não mera decorrência de sua incorporação por Pactual;

26. a legislação do Imposto de Renda determina, no art. 130, §1º e art. 135 do RIR, que o custo de aquisição de ações ou quotas de titularidade de uma pessoa física corresponde ao custo original do investimento acrescido do montante dos lucros ou reservas de lucros capitalizados;

27. nas incorporações inversas, se, por um lado, os acionistas da incorporadora recebem ações da incorporada por custo idêntico ao das ações da incorporadora, por outro lado, ocorre a capitalização de lucros ou reservas eventualmente existentes na incorporada e o novo custo de aquisição das ações dos acionistas da incorporada passa a corresponder ao valor original de seu investimento acrescido do montante dos lucros e reservas de lucros da incorporada;

28. o caso concreto, a capitalização de lucros e reservas de lucros das holdings foi deliberada antes da incorporação, mas a capitalização existiria independentemente desta deliberação;

29. o ajuste de custo do valor dos investimentos se verificaria, quer houvesse deliberação expressa específica no sentido da capitalização dos lucros das holdings, como houve, quer não;

30. a legislação em vigor prevê que a capitalização dos lucros gera acréscimo de custo para os acionistas pessoas físicas, sem cogitar da natureza do lucro;

31. quer a capitalização dos lucros das holdings tivesse resultado de deliberação específica, quer houvesse ocorrido no processo de incorporação, seus sócios ou acionistas eram os vendedores e, dentre eles, estava o impugnante e, assim, o ajuste do custo dos seus investimentos decorre da aplicação da lei, não havendo como rejeitá-lo;

32. a opção de eliminarem-se as holdings mediante incorporações reversas era o caminho lógico, natural e admitido por lei para viabilizar a venda das ações do Banco Pactual pelos controladores e o aumento de custo das ações do impugnante foi mera consequência da adoção dessa opção legítima e essencial aos negócios;

33. ainda que a majoração dos investimentos do impugnante no Banco Pactual seja em montante superior aos lucros auferidos pelo próprio Banco e que esta seja encarada como uma distorção, ela resulta da aplicação das normas societárias em vigor;

34. não se pode esperar que o contribuinte deixe de aplicar a lei em razão de a mesma lhe favorecer, pela peculiaridade de determinada situação; por outro lado, o fisco também não pode deixar de aplicá-la por considerar que ela beneficia indevidamente o contribuinte;

35. as distorções decorrentes da aplicação do método de equivalência patrimonial ocorrem não só nas hipóteses de incorporações reversas, mas também em outras situações;

36. o 1º Conselho de Contribuintes já decidiu que “a existência de falhas na legislação” não pode ser suprimida pelo julgador, ou, ainda, que “não cabe à autoridade fiscal ignorar o preceito representativo da vontade do legislador”;

37. as distorções que ocorrem devem ser corrigidas por quem tem competência para isso, o legislador, estando o intérprete e o aplicador da lei adstritos aos seus termos, não lhes cabendo deixar de aplicá-la por considerar que deveria ter tratado de forma diversa uma situação específica;

38. o art. 167, §1º, inciso I, do Código Civil contempla situação em que pessoas sem qualquer interesse real (as chamadas interpostas pessoas) participam de negócios jurídicos com o único objetivo de ocultar um de seus verdadeiros participantes;

39. no caso concreto, não houve simulação por interposição de pessoa, pois em nenhum momento aparentou-se conferir direitos a pessoa distinta com o objetivo de ocultar a que efetivamente os recebeu, não tendo havido em qualquer etapa da reestruturação a interposição de parte oculta;

40. a alienação do Banco Pactual foi celebrada entre seus proprietários e o UBS Brasil, tendo a reestruturação sido feita às claras para viabilizar a negociação das ações do Banco Pactual diretamente pelos controladores e, nesse particular, ela não foi contestada;

41. ainda que a legislação vedasse a elevação dos custos do investimento do impugnante, a reestruturação teria ocorrido exatamente da mesma forma que ocorreu, pois ela representava a maneira mais rápida e econômica de viabilizar o negócio;

42. de acordo com a maior parte dos precedentes do 1º CC, a caracterização de simulação por interposta pessoa, prevista no art. 167, §1º, do CC/02, verifica-se quando direitos são entregues a pessoas que não são seus verdadeiros proprietários e sequer têm ingerência sobre eles;

43. diante do exposto, fica evidente que não se verificaram, no caso concreto, os pressupostos da aplicação da multa de 150%, razão pela qual a cobrança da mesma é improcedente;

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

45. à vista do exposto, requer que seja julgado improcedente o auto de infração, com a consequente extinção do crédito tributário dele decorrente.

(g.n.)

A Turma de Primeira Instância, julgou improcedente a impugnação.

O contribuinte foi cientificado do Acórdão nº 02-40.770 da 9ª Turma da DRJ/BHE em 16/10/2012 (fl. 892).

Sobreveio Recurso Voluntário em 13/11/2012 (fls. 895/931), no qual, o contribuinte, em suma, ratificou as razões da impugnação.

É o relatório.

Passo a decidir.

Voto

Conselheira Relatora Alice Grecchi

O recurso voluntário ora analisado possui todos os requisitos de admissibilidade do Decreto nº 70.235/72, motivo pelo qual merece ser conhecido.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a matéria aqui tratada não é nova neste E. Conselho. Vários julgados analisaram as operações que resultaram na alienação de participações societárias do Banco Pactual à UBS. A fim de elucidar a questão, cito como exemplo, os acórdãos 2102-01.938, 2202-002.164, 2202-002.165, 2202-002.166, 2202-

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

Autenticado digitalmente em 03/03/2016 por ALICE GRECCHI, Assinado digitalmente em 03/03/2016 por AL

ICE GRECCHI, Assinado digitalmente em 04/03/2016 por JOAO BELLINI JUNIOR

Impresso em 04/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

002.167, 2202-002.258, 2202-002.260, 2202-002.262, 2202-002.263, 2202-002.428 e 2802-003.285. Dá análise destes, verifica-se que apenas o primeiro dos acórdãos citados considerou totalmente indevido o lançamento; os demais deram parcial provimento ao recurso voluntário apenas para cancelar a qualificadora da multa.

O contribuinte alienou a participação societária que possuía no BANCO PACTUAL, representada por 4.536.310 (quatro milhões, quinhentos e trinta e seis mil, trezentos e dez) ações ordinárias, à empresa UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.

Pelo contrato de compra e venda celebrado entre o Banco Pactual e a UBS, ficou acertado que a compra e venda se daria diretamente entre as pessoas físicas, sócios e/ou acionistas das sociedades controladoras do Banco Pactual e a UBS.

Para tanto, foi promovida uma série de reestruturações societárias, nas quais a sociedade controlada incorporou a sociedade controladora (operação nominada de “incorporação reversa” ou “incorporação às avessas”); assim, no que interessa ao presente processo, a Pactual S.A. incorporou a Nova Pactual em 13/10/2006 e foi incorporada pelo Banco Pactual em 1º/12/2006.

Previamente a cada incorporação reversa ocorreu, na incorporada/controladora, aumento de capital social, por meio da capitalização de créditos que os sócios detinham perante a sociedade, decorrentes do direito a receber dividendos. Os sócios, em vez de receberem os dividendos a que teriam direito, os utilizaram para aumentar o capital social da sociedade que, em seguida, foi incorporada por sua controlada.

Como decorrência do aumento de capital na sociedade em que detinham participação direta (primeiramente a Nova Pactual, e, após sua incorporação pela Pactual S.A., esta última), os quotistas/acionistas promoveram o aumento do custo de aquisição de sua participação societária, que segundo o recorrente estariam autorizados pelo art. 135 do Decreto 3.000, de 1999, que aprova o Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR 99).

O recorrente alienou, conjuntamente com os demais acionistas, suas ações do Banco Pactual, apurando ganho de capital nos anos-calendário 2006 e 2009 (anos em que recebeu pagamentos atinentes à operação).

Acerca da matéria ora em julgamento, há recente decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF - Acórdão nº 9202-003-701 - 2ª Turma, em sessão de 27/01/2016, ementada conforme segue:

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

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

Do julgado acima referido, subtraio excertos do voto da Ilustre Relatora Maria Helena Cotta Cardozo, os quais utilizo como fundamento para decidir:

[...]

A distribuição de lucros deve se dar a partir da pessoa jurídica operacional, seguida de subscrição de aumento de capital nas empresas componentes de um grupo econômico (a pessoa jurídica operacional e suas holdings), tendo por efeito patrimonial o aumento de capital em toda a cadeia societária. Nesse passo, não é possível distribuir mais de uma vez o mesmo lucro (o lucro e seus reflexos por equivalência patrimonial), tampouco capitalizá-lo mais de uma vez. Isso porque as disponibilidades passíveis de distribuição estão no patrimônio da pessoa jurídica operacional, que somente pode distribuir o lucro para sua proprietária direta, a holding. Esta, por sua vez, somente pode distribuir o lucro aos acionistas, pessoas físicas, após o recebimento dos recursos da pessoa jurídica operacional, e os acionistas somente podem aumentar capital na holding em que possuam participação direta. Finalmente a holding, com os recursos recebidos, poderá aumentar o capital da pessoa jurídica operacional.

Assim, somente haverá capitalização de lucros passíveis de distribuição se toda a cadeia societária (holdings e empresa operacional) realizar a capitalização. Caso ocorra apenas a capitalização dos lucros de holdings, o parágrafo único, do art. 10, da Lei nº 9.249, de 1995, não incide, devendo ser mantido o valor da participação societária pelos proprietários, porque os efetivos lucros da pessoa jurídica operacional ainda poderão ser distribuídos sem tributação (para os próprios sócios) ou para futuros adquirentes.

[...]

Com efeito, como bem analisou a decisão de primeira instância, o aumento do custo de aquisição das ações não pode superar a riqueza produzida pela sociedade. Desse modo, o planejamento tributário adotado capitalizou os mesmos dividendos por duas vezes, considerando que as reservas e lucros capitalizados por Nova Pactual Participações S/A e Pactual S/A são o resultado da equivalência patrimonial do Banco Pactual.

Nesse sentido, utilizo como razões para julgar o mérito os fundamentos adotados pela decisão *a quo*, abaixo transcritos, os quais as ratifico e bem elucidam a questão posta nos autos:

Conforme relatado no TVF, ocorreu um padrão nos eventos societários. Após o incremento dos patrimônios líquidos das sociedades investidoras (Nova Pactual Participações e Pactual S/A) em decorrência do ajuste de equivalência patrimonial originado pelo lucro obtido pela investida (Banco Pactual S/A), todas elas tiveram seus lucros e reservas capitalizados. Os acionistas consideraram, então, o valor incorporado como dividendos não distribuídos e aumentaram o custo de suas ações nas investidoras. Ocorre que os recursos financeiros ainda não se encontravam nas investidoras, mas na investida. Após as incorporações inversas, as investidoras foram extintas e suas ações substituídas pelas ações emitidas pela investida. No ato de

incorporação, ocorreu a capitalização dos lucros e reservas da investida, aumentando-se novamente o custo de aquisição das ações dos acionistas, que consideraram o valor incorporado como dividendo não distribuído.

Percebe-se, pelo exposto, que todos os atos de reorganização societária (capitalização de lucros e reservas e incorporações reversas) de Nova Pactual Participações S/A por Pactual S/A foram contínuos, todos na data de 13/10/2006, ocorrendo, em 03/11/2006, a capitalização de lucros e reservas de Pactual S/A e, em 01/12/2006, sua incorporação pelo Banco Pactual S/A.

Tais operações geraram um aumento importante do custo de aquisição das ações pertencentes ao contribuinte antes da alienação, por ocasião da capitalização de dividendos da holding Nova Pactual Participações S/A e da incorporadora Pactual S/A.

De forma acertada a fiscalização verificou que os aumentos de capital promovidos pelo interessado e utilizados como justificativa para elevar o custo tiveram origem em um único fato econômico: o lucro obtido pelo Banco Pactual S/A, sendo que os demais aumentos de custo foram destituídos de qualquer amparo material e econômico. Pretendeu-se aumentar o custo do Banco Pactual não através de recursos, mas através de reflexos/imagens de recursos, o que se torna patente ao comparar-se o aumento do patrimônio líquido do Banco Pactual em 2006 (81,55%) com o acréscimo do custo de aquisição das ações do contribuinte no mesmo período (390%)

O aumento do custo de aquisição das ações não pode superar a riqueza produzida pela sociedade. Não há sentido econômico em tal fato, mas sim uma distorção, que não decorreu do texto de lei, mas de procedimento que capitalizou os mesmos dividendos por duas vezes, considerando que as reservas e lucros capitalizados por Nova Pactual Participações S/A e Pactual S/A são o resultado da equivalência patrimonial do Banco Pactual.

[...]

Todavia, no que tange a multa qualificada, da análise especificamente do Termo de Verificação Fiscal, constante em fls. 09/31 (PDF) entendo que a fiscalização não logrou êxito em comprovar o dolo do contribuinte em sonegar e fraudar o erário Público, tal qual previsto nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502 de 1964, limitando-se apenas a argumentar que através das operações societárias realizadas entre as empresas envolvidas, pretendeu o contribuinte simular e elevar o custo de aquisição da sua participação detida junto ao Banco PACTUAL S/A e alienada a UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.

A multa qualificada, aplicada ao caso em exame, está prevista no art. 44, inciso I, §1º, da Lei nº 9.430/96, que determina:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Os arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502/64, por seu turno, assim dispõem:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é tecla ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Ocorre que, a fraude se caracteriza por uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe, sempre, a intenção de causar dano à fazenda pública, num propósito de liberado de se subtrair no todo ou em parte a uma obrigação tributária. Assim, ainda que o conceito de fraude seja amplo, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano à fazenda pública, onde, utilizando-se de subterfúgios, escamoteia na ocorrência do fato gerador ou retardam o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária.

Ou seja, o dolo é elemento específico da sonegação, da fraude e do conluio, que a diferenciada declaração inexata ou da falta ou pagamento a menor do tributo ou da omissão de rendimentos, seja ela pelos mais variados motivos que se possa alegar. Dessa forma, o intuito doloso deve estar plenamente demonstrado, sob pena de não restarem evidenciados os ardis característicos da fraude, elementos indispensáveis para ensejar o lançamento da multa qualificada.

O intuito do contribuinte de fraudar não pode ser presumido: Compete ao fisco exibir os fundamentos concretos que revelem a presença da conduta dolosa de fraudar o fisco.

No planejamento tributário, quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos

seus negócios, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Apesar da nítida intenção do contribuinte em ver reduzida sua tributação, não se vislumbra a presença do dolo relacionado à conduta que levou à pretendida redução de tributo. Nos casos de planejamento tributário, é necessário que seja identificado o dolo relacionado à ilicitude da conduta praticada, e não com relação ao objetivo de redução de tributo. Mesmo porque está no cerne do conceito de elisão fiscal a existência do direito do contribuinte de planejar seus negócios com o objetivo de redução ou não pagamento de tributos.

No entanto, frustrado o planejamento tributário e ausente a evidência de que o contribuinte sabia e queria praticar o ilícito, deve ser afastada a multa qualificada. Tem-se, assim que, apesar de o negócio ter sido desconsiderado, afastando-se os seus efeitos para fins de tributação, identificando-se ser o tributo devido, resta evidente que o Recorrente agiu certo de que estaria praticando o chamado negócio jurídico lícito, afastando o dolo apontado.

Neste sentido cabe transcrever a ementa dos julgados abaixo, os quais coadunam com o entendimento desta relatora:

"Processo nº 12448.736211/201175

Recurso nº Voluntário

Acórdão nº 2802003.285 - 2ª Turma Especial

Sessão de 20 de janeiro de 2015

Matéria IRPF

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.

[...]"

Processo nº 18471.000009/2006-33

Recurso nº 154.824 Voluntário

Matéria IRPJ E OUTRO - Exs.: 2002 a 2004

Acórdão nº 107-09.601

Sessão de 17 de dezembro de 2008

[...]

MULTA QUALIFICADA *Ainda que se possa vislumbrar nas condutas da autuada as figuras doutrinárias, e hoje positivadas na legislação civil, da fraude à lei e do abuso de direito, se os atos negociais foram devidamente registrados, feitos às claras e cumpridas todas as obrigações acessórias, quando foi dado ao fisco conhecer, sem dificuldade alguma, toda a extensão dos negócios engendrados, não cabe a qualificação da penalidade, porque não provadas as figuras delituosas requeridas pela lei que autoriza a exasperação da penalidade.*

[...]"

Cabe salientar, que a decisão acima citada teve interposição de recurso especial pela PGFN, cujo julgamento ocorreu em 20.01.2016, e a 1ª Turma da CSRF, negou provimento ao referido recurso, Decisão nº 9101-002.189, portanto, restando mantida a decisão supratranscrita.

Por fim, passo à análise da alegação de impossibilidade de incidência de juros sobre a multa de ofício.

A matéria sob exame pode ser dividida em duas questões, que se completam.

A primeira, diz respeito à própria possibilidade genérica da incidência de juros sobre a multa, e centra-se na interpretação do artigo 161 do CTN; a segunda questão envolve a discussão sobre a existência ou não de previsão legal para a exigência de juros sobre a multa, cobrados com base na taxa Selic.

Sobre a incidência de juros de mora o citado art. 161 do CTN prevê o seguinte:

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

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

Inicialmente entendo que o art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício após a lavratura do auto de infração, já que a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o caput do artigo.

Ou seja, tanto a multa como o tributo compõem o crédito tributário, devendo-lhes ser aplicado os mesmos procedimentos e os mesmos critérios de cobrança, sendo, portanto, possível a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento conforme preceituado pelo art. 113, § 3º, do CTN.

Por seu turno o §1º do art. 161 do CTN, ao prever os juros moratórios incidentes sobre os créditos não satisfeitos no vencimento, estipula taxa de 1% ao mês, não dispondo a lei de modo diverso. Abriu, dessa forma, possibilidade ao legislador ordinário tratar da matéria, o que introduz a segunda questão: a da existência ou não de lei prevendo a incidência de juros sobre a multa de ofício com base na taxa Selic.

O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa. Confira-se *in verbis*:

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Considerando a natureza híbrida da taxa SELIC, representando tanto taxa de juros reais quanto de correção monetária, justifica-se a sua aplicação sobre a multa. Neste sentido se posicionou a 2ª Turma da CSRF:

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 da 4ª Região. Recurso Especial Negado.” (Acórdão no 9202001.991.de 16/02/2012, relator: conselheiro Elias Sampaio Freire)

Destarte, entendo que é legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício após a lavratura do auto de infração, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC.

Diante do exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso para, desqualificar a multa de ofício aplicada, reduzindo-a para 75%.

(Assinado digitalmente)

Relatora Alice Grecchi

CÓPIA