



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

Processo nº 19515.721600/2011-02
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-004.480 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de fevereiro de 2016
Matéria IRPF
Recorrente RENATO MONTEIRO DOS SANTOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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 16ª Turma da **DRJ/SP1**, nº 16-37.543, constante em fls. 555/586:

Em ação fiscal levada a efeito no contribuinte acima qualificado, foi lavrado, em 03/11/2011, o Auto de Infração de fls. 355/363, acompanhado do Termo de Verificação Fiscal de fls. 335/352, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, anos-calendário 2006 e 2009, por meio do qual foi apurado crédito tributário no montante de R\$ 3.430.512,28 (três milhões, quatrocentos e trinta mil, quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos), sendo R\$ 1.217.667,43, referentes ao imposto, R\$ 1.826.501,14, à multa de ofício e R\$386.343,71, aos juros de mora (calculados até 31/10/2011).

Conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 360/361), o procedimento resultou na apuração da seguinte infração:

- Omissão de Ganhos de Capital na Alienação de Ações/Quotas Não Negociadas em Bolsa

[...]

Segundo o Termo de Verificação Fiscal de fls. 335/352, 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 7.371.501 (sete milhões, trezentas e setenta e uma, quinhentas e uma) ações ordinárias. Tal alienação

resultou na apuração de um ganho de capital no valor aproximado de R\$ 25,5 milhões e de um imposto de renda pessoa física da ordem de R\$ 3,83 milhões, sendo R\$ 1,49 milhão no ano de 2006 e R\$ 2,34 milhão em 2009 (uma vez que parte do valor da venda foi recebida apenas nessa data, diferindo-se, assim, sua tributação).

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 inflou artificialmente o custo das ações que pretendia vender, com o propósito de reduzir o montante de seu ganho de capital e conseqüentemente o valor do IR incidente sobre essa alienação.

De acordo ainda com o Termo de Verificação Fiscal, através dessa manobra, o contribuinte promoveu, em 2006, um aumento do custo de aquisição de sua participação no Banco Pactual de incríveis 695,43%, enquanto que, no mesmo período, o patrimônio líquido do Banco experimentou um aumento de 84,45%.

Conclui, então, o fiscal autuante que a análise em conjunto 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, evidenciam que este incorreu na prática de ato simulado, ao inflar 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 de incidência prevista no inciso I, do parágrafo primeiro, do art. 167 do Código Civil, combinado com seu parágrafo 2º.

Assim, 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 pelas capitalizações de lucros e/ou reservas nas empresas Nova Pactual Participações e Pactual Holdings, ocorridas em 13/10/2006, nos respectivos valores de R\$ 686 milhões e de R\$ 202,5 milhões, uma vez que, como acima evidenciado, esse efeito foi utilizado em duplicidade e está embutido na capitalização de lucros da Pactual S/A, realizada em 03/11/2006, no valor de R\$996.087.876,00.

Expurgando-se o acréscimo promovido pelo contribuinte no custo de aquisição de suas ações, em razão capitalização da empresa Nova

Pactual Participações, no valor de R\$ 8.117.624,00, foi apurado o valor correto do custo de aquisição das ações alienadas, que somou R\$ 8.572.820,70 (R\$ 16.690.444,70 - R\$ 8.117.624,00).

Cientificado da autuação em 17/11/2011 (fls. 364), o interessado apresentou, em 30/11/2011, por meio de seu representante legal, a impugnação de fls. 368/408, por meio da qual alega, em síntese, o que segue:

1. antes da reestruturação, o impugnante era titular de investimentos representativos de 0,8315% 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. os principais atos da reestruturação questionados pelo Auto de Infração foram: **i)** aumento de capital da Nova Pactual Participações, realizado em 13/10/2006, mediante a capitalização de lucros gerados pelo Banco Pactual e por ela reconhecidos em razão da aplicação do Método de Equivalência Patrimonial (MEP), resultando em acréscimo do custo dos investimentos do impugnante em R\$8.117.624,00; **ii)** aumento de capital da Pactual Holdings, na mesma data, mediante a capitalização e lucros gerados pelo Banco Pactual e por ela reconhecidos em razão da aplicação do MEP, o qual é irrelevante no caso concreto porque, como visto acima, o impugnante não era titular de investimentos na Pactual Holdings; **iii)** incorporação da Nova Pactual Participações (e Pactual Holdings, o que não é relevante no caso) pela Pactual S/A, sua controlada (incorporação reversa), e transferência ao impugnante, em substituição à sua participação no capital da incorporada, de investimentos diretos na incorporadora, ou seja, na Pactual S/A; **iv)** aumento de capital da Pactual S/A, em 03/11/2006, mediante a capitalização de lucros gerados pelo Banco Pactual e por ela reconhecidos em razão da aplicação do MEP, resultando em aumento do custo dos investimentos do impugnante na Pactual S/A em R\$ 6.474.568,00; **v)** incorporação da Pactual S/A pelo Banco Pactual (incorporação reversa), tendo o impugnante recebido, em substituição à sua participação no capital da incorporada, extinta com a incorporação, investimentos diretos na incorporadora, ou seja, no Banco Pactual;

4. depois da incorporação da Pactual S/A pelo Banco Pactual, as ações deste último, das quais o impugnante se tornou proprietário, foram alienadas à UBS Brasil Participações Ltda, pelo preço total de R\$ 34.083.513,27, sendo que uma parcela foi paga a vista, em 2006 (R\$ 13.246.603,51), e outra parcela, em 2009 (R\$ 20.836.920,00);

5. do montante de R\$ 20.836.920,00, parte foi paga em dinheiro (R\$ 14.902.708,62) e o restante (R\$ 5.934.211,38), em ações representativas de aumento de capital de BTG Pactual Participações II S/A;

6. após a implementação da reestruturação, o custo dos investimentos do impugnante no Banco Pactual passou a ser de R\$ 16.690.444,70;

7. a capitalização de lucros gerados pelo Banco Pactual, refletida em suas investidoras em razão da aplicação do MEP, seguida da incorporação inversa dessas mesmas investidoras por suas investidas, acarretou majoração do custo de aquisição dos investimentos do impugnante no Banco e a conseqüente redução do montante do ganho de capital e do IRPF sobre ele incidente;

8. no Termo de Verificação Fiscal anexo ao Auto de Infração, a fiscalização afirma que a reestruturação: **i)** implicou na majoração indevida do custo de aquisição dos investimentos do impugnante no Banco Pactual, a qual decorreria de uma interpretação equivocada do art. 135 do RIR com relação aos efeitos das incorporações inversas; **ii)** consubstanciou ato simulado cujos efeitos, nos termos do art. 116, § único, do CTN, poderiam ser desconsiderados para fins fiscais; **iii)** implicou na caracterização cumulativa de todas as hipóteses previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, quais sejam, sonegação, fraude e conluio, motivando a aplicação da multa de 150%;

9. em razão do exposto, a fiscalização desconsiderou parte do acréscimo do custo de aquisição dos investimentos do impugnante no Banco Pactual, qual seja, aquele decorrente da capitalização de lucros pelas *holdings* do Banco Pactual (Nova Pactual Participações e Pactual S.A), no que excederam os lucros existentes no próprio Banco Pactual;

10. 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;

11. 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;

12. 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;

13. 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;

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

15. 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;

16. o descumprimento de tais obrigações gerava reflexos no pagamento do preço de venda das ações do Banco e, por isso, caso os acionistas não fossem os vendedores, mas uma das *holdings* do Grupo, a inadimplência por parte de apenas um dos acionistas acabaria afetando o recebimento do preço pela holding vendedora, com consequência para todos os acionistas;

17. assim, nada mais lógico que eles fossem parte no negócio, e não meros intervenientes.

18. 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;

19. entre as diversas variantes que poderiam ser adotadas para fazer com que os controladores figurassem como vendedores, tais como: 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;

20. 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;

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

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

23. 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;

24. 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;

25. 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;

26. 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;

27. 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;

28. 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;

29. 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;

30. 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;

31. 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;

32. tal assertiva é comprovada pela simples análise da capitalização de lucros de Nova Pactual Participações, realizada nos termos de sua 4ª 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;

33. 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;

34. 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;

35. 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;

36. no caso concreto, a capitalização de lucros e reservas de lucros das *holdings* foi deliberada antes da incorporação, mas a capitalização existiria independentemente desta deliberação;

37. 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;

38. 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;

39. 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;

40. 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;

41. 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;

42. 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;

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

44. 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”;

45. 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;

46. ao afirmar que o impugnante deveria ter baixado uma parcela do custo de aquisição de seus investimentos quando ocorreu a incorporação reversa das *holdings* do Grupo Pactual, a fiscalização quer impor a adoção de procedimento sem base legal e sequer previsto em norma editada pela Receita Federal do Brasil;

47. além disso, faltaria até lógica a esse procedimento, pois, ao fazê-lo, a venda do investimento após a incorporação reversa (e redução de custo) importaria no reconhecimento de injustificável ganho de capital;

48. o impugnante tinha investimentos diretos na Nova Pactual Participações e a realização de aumento de capital dessa empresa propiciou um aumento de custo de R\$8.177.624,00;

49. a distribuição proporcional dos lucros da Nova Pactual Participações, decorrente desse aumento de capital, resultou em um acréscimo significativo na participação do impugnante, que passou de 0,3839% para 0,8315%;

50. por outro lado, após a incorporação da Nova Pactual Participações pela Pactual S/A ocorreu um aumento de capital dessa última, que proporcionou ao impugnante um acréscimo de custo no montante de R\$ 6.474.568,00, sendo que o auto de infração desconsidera o acréscimo de custo decorrente do primeiro aumento de capital, ou seja, o de maior valor;

51. por coerência com o que consta do auto de infração, se alguma parcela de custo tivesse que ser desconsiderada, seria a decorrente do aumento de capital da Pactual S/A e não da Nova Pactual Participações uma vez que: **i)** o aumento vinculado à esta última empresa é resultante da utilização de lucros nela existentes e o impugnante tinha investimentos diretos na empresa; e **ii)** esse aumento de custo teria ocorrido mesmo na hipótese da empresa Nova Pactual Participações ter incorporado a Pactual S/A (a investida), dentro do que seria o “padrão normal” destas operações, conforme sustenta o auto de infração;

52. 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;

53. 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;

54. 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;

55. os bens transferidos aos controladores foram ações do Banco Pactual e não direitos caracterizados pela majoração artificial do custo de aquisição das ações alienadas do Banco Pactual S/A;

56. 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;

57. 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;

58. o art. 116, § único, do CTN é inaplicável, seja porque ele não se destina ao combate de atos simulados, seja porque ele é ainda ineficaz, por não ter sido regulamentado;

59. o referido dispositivo não é auto-aplicável e o próprio texto faz referência aos “procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”, sem os quais o referido dispositivo não produz efeitos;

60. a fiscalização não lançou a multa agravada com base na ocorrência de simulação, a qual foi suscitada no TVF unicamente para justificar a aplicação do art. 116, § único do CTN;

61. todavia, se este tivesse sido o caso, a inaplicabilidade da multa já teria restado plenamente comprovada, pois, conforme visto, não houve qualquer ato simulado na reestruturação;

62. o fato de o TVF indicar a existência cumulativa de simulação, sonegação, fraude e conluio é um fortíssimo indício de que a fiscalização não se preocupou em comprovar suas alegações, optando por mencionar todas as patologias que lhe ocorreram;

63. tal procedimento contraria a jurisprudência pacífica do CARF e da CSRF, que em numerosos julgados têm decidido que a aplicação da multa agravada está condicionada à comprovação, por parte do fisco, da existência de “evidente intuito de fraude do sujeito passivo”;

64. 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;

65. 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;

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

Para fins de instrução processual, o contribuinte juntou aos autos os documentos de fls. 409/550.

A Turma de Primeira Instância, julgou improcedente a impugnação.

(g.n)

O contribuinte foi cientificado do Acórdão nº 16-37.543 da 16ª Turma da DRJ/SP1 em 27/04/2012 (fl. 591).

Sobreveio Recurso Voluntário em 07/05/2012 (fls. 595/642), 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, 2202-002.167, 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 7.371.501 (sete milhões, trezentas e setenta e um mil, quinhentas e uma) 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 conseqüente 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 pela fiscalização, 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.

Entretanto, conclui a fiscalização, de forma acertada, que os aumentos de capital promovidos pelo interessado e utilizados como justificativa para esses aumentos de 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 compararmos o aumento do patrimônio líquido do Banco Pactual em 2006 (84,45%) ao acréscimo do custo de aquisição das ações do contribuinte no mesmo período (695,43%).

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. 335/352 (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 e 72 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 Lei 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 exhibir 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.

[...]"

Por fim, passo a 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