



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

Processo nº 19515.721608/2011-61
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-002.638 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de janeiro de 2015
Matéria IRPF
Recorrente JOSE OCTAVIO MENDES VITA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

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 incorporações reversas e nova capitalização, em nítida inobservância da primazia da essência sobre a forma, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

MULTA QUALIFICADA. INOCORRÊNCIA

A existência de correntes doutrinárias divergentes, além de precedentes jurisprudenciais favoráveis ao negócio jurídico praticado pelo contribuinte, demonstra, na verdade, uma hipótese de erro de proibição. Não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, quando se percebe dos autos a convicção do recorrente no sentido de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%. Vencidos os Conselheiros NATHÁLIA MESQUITA CEIA (Relatora), VINÍCIUS MAGNI VERÇOZA (Suplente convocado) e GUILHERME BARRANCO DE SOUZA (Suplente convocado), que deram provimento integral ao recurso, inclusive desqualificaram a multa de ofício e excluíram os juros de mora sobre ela incidentes. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro EDUARDO TADEU FARAH.

Assinado Digitalmente

MARIA HELENA COTTA CARDOZO - Presidente.

Assinado Digitalmente

NATHÁLIA MESQUITA CEIA - Relatora.

Assinado Digitalmente

EDUARDO TADEU FARAH - Redator designado.

EDITADO EM: 11/02/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARIA HELENA COTTA CARDOZO (Presidente), VINICIUS MAGNI VERÇOZA (Suplente convocado), GUILHERME BARRANCO DE SOUZA (Suplente convocado), FRANCISCO MARCONI DE OLIVEIRA, NATHALIA MESQUITA CEIA e EDUARDO TADEU FARAH. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros GERMAN ALEJANDRO SAN MARTÍN FERNÁNDEZ e GUSTAVO LIAN HADDAD.

Relatório

Pelo Auto de Infração, de fls. 363 e seguintes, lavrado em 03/11/2011, exige-se do Contribuinte - **JOSE OCTAVIO MENDES VITA** - o montante de R\$ 1.816.138,87 de imposto sobre a renda da pessoa física (IRPF), R\$ 2.724.208,30 de multa de ofício qualificada e R\$ 556.921,50 de juros de mora, totalizando um crédito tributário de R\$ 5.097.268,67 (atualizados até a data da autuação) referente aos anos calendários 2006 e 2009, decorrente de Omissão de Ganhos de Capital na Alienação de Ações/Quotas não Negociadas em Bolsa.

O Termo de Verificação e Encerramento do Procedimento Fiscal, de fls. 363 e seguintes, relata:

- A fiscalização aponta que o Contribuinte não apurou de forma correta o ganho de capital na alienação de participação societária, pois majorou inadequadamente o custo de aquisição da referida participação. Ainda entende a fiscalização existirem fatos que justifiquem a aplicação de multa qualificada.
- O Contribuinte era acionista da empresa Nova Pactual Participações Ltda. que detinha participação na empresa Pactual SA que detinha o Banco Pactual. Em 2006, os acionistas do Grupo Pactual alienaram o Banco Pactual. Como o comprador pretendia apenas adquirir o Banco Pactual, os acionistas, pessoas físicas, promoveram uma reestruturação societária, onde inicialmente a Pactual SA incorporou sua investidora e,

ato contínuo, o Banco Pactual incorporou sua investidora (sociedade remanescente da incorporação anterior), sendo que ao final os acionistas (pessoas físicas) restaram detentores diretos do Banco Pactual que, posteriormente, fora alienado ao comprador.

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

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

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

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

- 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\$ 15.350.501,00, foi apurado o valor correto do custo de aquisição das ações alienadas, que somou R\$ 29.610.909,82 (R\$ 44.961.410,82 - R\$ 15.350.501,00).

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

O Contribuinte tomou ciência da autuação em 17/11/2011, conforme AR (fls. 372), tendo apresentado Impugnação, de fls. 375 e seguintes, em 30/11/2011, na qual trouxe as seguintes alegações:

- A autuação considerou dispositivos genéricos na sua fundamentação que não guardam relação direta com a matéria autuada. Não há no Auto de Infração comprovação do dispositivo legal que fora violado.

- A então estrutura societária do Grupo Pactual com a presença de 02 holdings era factível e interessava de forma imprescindível à gestão do Grupo, pois garante que o poder de decisão seja alocado de forma coerente, observando as regras civis e societárias vigentes, bem como permite que a distribuição de resultados seja efetuada de acordo com a participação de cada acionista para alcançar o resultado. Ou melhor, aqueles acionistas que mais contribuíram recebem mais do que aqueles que menos contribuíram, prezando pelo caráter meritório da distribuição de resultados. Logo, a estruturação do Grupo Pactual em holdings não tem o intuito de evitar ou reduzir o pagamento de tributos.
- A reestruturação societária prévia à alienação do Banco Pactual foi necessária em razão de exigência do comprador que tinha como alvo a empresa operacional do Grupo Pactual, ou seja, o Banco Pactual. Portanto, a reestruturação goza de propósito negocial e econômico e foi efetuada da forma mais célere e menos burocrática com vistas que o negócio fosse concretizado em um curto espaço de tempo.
- A conduta do Contribuinte pautou-se na aplicação da legislação tributária em vigor que autoriza o aumento do custo de aquisição do investimento em face à capitalização de lucros e /ou reservas de lucros.
- A aplicação da multa qualificada deve ser desconsiderada por restar demonstrado durante a fiscalização que a intenção do Contribuinte não foi a redução do pagamento de tributo de forma artificial e ilícita. O Contribuinte não se valeu de fraude, abuso de direito ou simulação em sua conduta.
- Em antecipação defende que não devem incidir juros de mora sobre a multa de ofício por se tratar de uma majoração indevida da penalidade já aplicada.

A 16ª Turma da DRJ/SP1, na sessão de 11/04/2012, pelo Acórdão nº 16-37.546, de fls. 529 e seguintes, julgou improcedente a Impugnação, nos seguintes termos:

ENQUADRAMENTO LEGAL GENÉRICO.

O fato de constar 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.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. VALIDADE.

Só é considerado válido o planejamento tributário, conjunto de medidas e atos adotados pelo contribuinte na organização de sua vida econômico fiscal, se este anteceder o fato gerador e pautar-se pela legalidade, com o afastamento de qualquer forma de simulação em relação aos atos e negócios praticados.

OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. INCORPORAÇÕES REVERSAS. 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 incorporações reversas e nova capitalização, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

SIMULAÇÃO. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA.

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 a simulação, visto que, por trás da verdade

declarada, uma aparente reorganização societária representada por um conjunto de alterações contratuais, existia uma outra verdade, qual seja, a majoração artificial do custo das ações do acionista pessoa física e a obtenção de benefícios fiscais, que, de outra forma, não poderiam ser alcançados.

MULTA QUALIFICADA.

É cabível, por disposição literal de lei, a incidência de multa de ofício sobre o valor do imposto apurado em procedimento de ofício, que deverá ser exigida juntamente com o imposto não pago espontaneamente pelo contribuinte, independentemente do motivo determinante da falta. No caso em exame, tendo sido comprovado o intento doloso do contribuinte de reduzir indevidamente sua base de cálculo, a fim de se eximir do pagamento do imposto devido, cabível é a aplicação da multa qualificada.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Considerando que a multa de ofício é classificada como débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é correta a incidência dos juros de mora sobre os valores da multa de ofício não pagos, a partir de seu vencimento.

O Contribuinte foi notificado do Acórdão pela certidão de fls. 564, em 27/04/2012, vindo apresentar Recurso Voluntário, às fls. 568 e seguintes, em 07/05/2012, reafirmando os pontos levantados na sua Impugnação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Nathália Mesquita Ceia.

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

I. DO MÉRITO

I.1. Custo de Aquisição – Elemento formador da base de cálculo

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

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

No caso em questão, a discussão se trava quanto à possibilidade de incremento do custo de aquisição do investimento detido pelo Contribuinte, especialmente em face da capitalização de lucros/reserva de lucros resultantes única e exclusivamente de

equivalência patrimonial. Logo, trata-se de tema que impacta a base de cálculo do imposto de renda.

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

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

Art. 135. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista (Lei nº 9.249, de 1995, art.10, parágrafo único).

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

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

Se por um lado a autoridade tributária entende que é a capitalização de lucros ou reserva de lucros resultantes única e exclusivamente de equivalência patrimonial representa a mesma riqueza e, portanto apenas passível de incrementar o custo de aquisição do investimento uma única vez, por outro lado o Contribuinte entende que não há vedação legal para se proceder ao incremento do custo de aquisição do investimento em face lucros ou reserva de lucros oriundos de equivalência patrimonial.

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

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

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

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

I.2. Tributação Jurídica x Econômica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I.3. Afastamento da multa de ofício qualificada

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

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

I.3.1. Estrutura do Grupo Pactual em holdings

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

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

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

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

I.3.2. Incorporação inversa

A fiscalização entende que as incorporações inversas tiveram como único objetivo incrementar artificialmente o custo de aquisição do investimento detido pelo Contribuinte.

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

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

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

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

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

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

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

1.3.3. Atos societários sucessivos

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

Como demonstrado pelo Contribuinte, o fato dos atos societários terem sido praticados de forma sucessiva e em curto espaço de tempo decorrem única e exclusivamente do

caráter negocial da operação. Ou melhor, os então acionistas do Grupo Pactual possuíam uma “janela de oportunidade” para alienar o Banco Pactual.

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

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

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

I.3.4. Intenção do negócio

A fiscalização entende que todos os atos de capitalização de lucros e extinção das investidoras tiveram a intenção de majorar o custo de aquisição das ações e, consequentemente, reduzir de forma irregular o ganho de capital do Contribuinte e demais acionistas, evitando, de forma artificial, o pagamento do imposto devido. Ou seja, o entendimento da fiscalização é no sentido de que a intenção dos ex-acionistas do Banco Pactual S/A era reduzir imposto devido apurado na operação de ganho de capital.

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

I.3.5. Abuso de direito, fraude ou simulação

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

Com toda vênica a argumentação da fiscalização, ao meu ver, o caso não se trata de abuso de direito, mas sim de divergência de interpretação da norma. A norma pode ser interpretada de várias formas a depender do operador do direito que a esteja manejando. A

interpretação literal e a interpretação teleológica são formas de interpretação aceitas pelo ordenamento jurídico pátrio e lançar mão de uma ou de outra para observar a norma não caracteriza de forma alguma abuso de direito.

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

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

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

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

II.4. Juros de Mora sobre a Multa de Ofício

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

A cobrança de juros sobre multa de ofício ocorre em face do Parecer MF nº. 28, de 02/04/1998, emitido pela Coordenação Geral do Sistema de Tributação (COSIT), cuja conclusão deixa exposto que:

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

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

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

Diante do exposto, oriento meu voto no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário.

Voto Vencedor

Conselheiro Eduardo Tadeu Farah, redator designado.

Cuida o presente lançamento de omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa, relativamente a fatos ocorridos nos anos-calendário 2006 e 2009.

Como visto do relatório, cinge-se a controvérsia na regularidade do procedimento adotado pelo contribuinte para a apuração do custo de aquisição das ações do Banco Pactual que foram alienadas à UBS Brasil.

Em seu apelo, defende o contribuinte a higidez da operação alegando que o Grupo Pactual era composto por diversas *holdings* constituídas há mais de dez anos, com o objetivo de organizar o controle do Banco, quando sequer cogitavam alienar seus investimentos. Afirma que as incorporações de holdings tem sido a opção para a eliminação de empresas cuja existência se torna desnecessária, conforme dispõe o art. 8º da Lei 9.532/1997. Assegura que é inaplicável o art. 116, parágrafo único, do CTN, já que a validade do método encontra respaldo no art. 135 do RIR/1999.

Do exposto, verifica-se que o recorrente aumentou o custo de aquisição de sua participação, por meio de artifícios contábeis que tiveram como única origem o lucro obtido pelo Banco Pactual S/A. Na verdade, a mesma riqueza representou aumento do custo de aquisição mais de uma vez, reduzindo, dessa feita, o ganho de capital e, por consequência, o pagamento do imposto de renda devido.

Diferentemente do que alega o recorrente, não há qualquer impedimento à utilização do art. 135 do RIR/1999 para computar no custo de aquisição os lucros ou reservas de lucros oriundos do aumento de capital ou incorporação dos resultados apurados pela sociedade, contudo, uma vez utilizados os lucros e reservas de capital, não é plausível que eles possam lastrear nova operação, já que, no caso dos autos, não houve geração de lucros autônomos e independentes nas sociedades investidoras.

O método de equivalência patrimonial consiste em atualizar o valor contábil do investimento ao valor equivalente à participação societária da sociedade investidora no patrimônio líquido da sociedade investida. Portanto, pode o contribuinte promover o acréscimo ao custo de aquisição de investimento a capitalização de lucros ou reserva de lucros, mesmo que esses tenham sido apurados única e exclusivamente com base em resultados decorrentes da aplicação do método de equivalência patrimonial. Entretanto, *in casu*, houve o aumento do custo de aquisição pelo efeito multiplicativo dos resultados do Banco Pactual, evidenciando, dessa feita, a elevação artificial do custo de alienação das ações, conforme se infere da comparação do aumento do patrimônio líquido do Banco Pactual no período de 31/12/2005 a 31/11/2006 ao acréscimo do custo de aquisição das ações do contribuinte no mesmo período.

Com efeito, não é dado ao contribuinte criar determinada situação para se encaixilhar na situação legalmente prevista, ou seja, proceder a uma interpretação jurídica da norma descasada com seu aspecto econômico.

O fato de cada uma das transações isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade, perante o fisco, do conjunto de operações, quando fica comprovado que os atos praticados tinham objetivo diverso daquele que lhes é próprio. O princípio da liberdade de auto-organização, mitigado que foi pelos princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva, não mais endossa a prática desses atos.

Conclui-se, pois, que o recorrente majorou artificialmente o 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 incorporações reversas e nova capitalização, em nítida inobservância da primazia da essência sobre a forma, já que seu propósito era de fato reduzir o montante de seu ganho de capital e consequente imposto incidente sobre essa alienação. Essa premissa fica mais evidente quando se constata que os aumentos de capital 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.

Em decisões semelhantes, nos casos de outros envolvidos na operação, o CARF reiteradamente posicionou-se no sentido da ilegitimidade da majoração artificial do custo de aquisição, consoante se observa das ementas transcritas:

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 incorporações reversas e nova capitalização, em nítida inobservância da primazia da essência sobre a forma, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado. (Acórdão nº 2202-002.165)

....
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 incorporações reversas e nova capitalização, em nítida inobservância da primazia da essência sobre a forma, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado. (Acórdão nº 2202-002.428)

.....

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

Na incorporação societária é indevida a majoração do custo de aquisição na capitalização de lucros ou reservas de lucros apurados pela empresa investidora (operacional) refletidos nas investidas (holdings), apurados pelo Método de Equivalência Patrimonial, por se tratar de serem os mesmos lucros refletidos da investidora e das investidas holdings. (Acórdão nº 2201-002.196)

.....

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 incorporações reversas e nova capitalização, em nítido inobservância do Princípio da essência sobre a forma, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado. (Acórdão nº 2202-002.167)

....

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 incorporações reversas e nova capitalização, em nítido inobservância do Princípio da essência sobre a forma, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado. (Acórdão nº 2202-002.166)

Quanto à alegação de erro na base de cálculo, penso que não tem passagem, já que a autoridade fiscal identificou corretamente a base de cálculo, conforme o valor de cotas apontadas pelo próprio recorrente em sua declaração de ajuste anual, tendo, inclusive, compensado o valor tempestivamente recolhido pelo contribuinte.

Portanto, correto o procedimento adotado pela fiscalização de se expurgar o efeito das seguidas capitalizações nas participações, tendo em vista que a operação implicaria em capitalização duplicada, e sem fundamentação econômica.

Por fim, os juros de mora sobre a multa são devidos em função do § 3º do art. 113 do CTN, pois tanto a multa quanto o tributo compõe o crédito tributário, sendo, portanto, aplicáveis os mesmos procedimentos e critérios de cobrança. Esse entendimento encontra-se precedentes da 2ª Turma da CSRF: Acórdão nº 920201.806 e Acórdão nº 920201.991.

Ressalte-se que em recente decisão o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a legalidade dos juros de mora sobre a multa de ofício (AgRg no REsp 1.1335.688/PR; REsp 1.129.990-PR; REsp 834.681-MG).

Processo nº 19515.721608/2011-61
Acórdão n.º **2201-002.638**

S2-C2T1
Fl. 9

Ante ao exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso, para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a a percentual de 75%.

Assinado Digitalmente
Eduardo Tadeu Farah