



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

Processo nº 19515.721610/2011-30
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-002.636 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de janeiro de 2015
Matéria IRPF
Recorrente GUILHERME DA COSTA PAES
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2007, 2010

Ementa:

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.

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

Autenticado digitalmente em 03/02/2015 por EDUARDO TADEU FARAH, Assinado digitalmente em 05/02/2015

por MARIA HELENA COTTA CARDOZO, Assinado digitalmente em 04/02/2015 por NATHALIA MESQUITA CEIA, Assi

nado digitalmente em 03/02/2015 por EDUARDO TADEU FARAH

Impresso em 04/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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, 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. A Conselheira NATHÁLIA MESQUITA CEIA fará declaração de voto.

Assinado Digitalmente

MARIA HELENA COTTA CARDOZO - Presidente.

Assinado Digitalmente

EDUARDO TADEU FARAH - Relator.

EDITADO EM: 03/02/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARIA HELENA COTTA CARDOZO (Presidente), VINICIUS MAGNI VERCOZA (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

Trata o presente processo de lançamento de ofício relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, anos-calendário 2006 e 2009, consubstanciado no Auto de Infração, fls. 374/382, pelo qual se exige o pagamento do crédito tributário total no valor de R\$ 5.367.471,08, calculado até 31/10/2011.

A fiscalização apurou omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa, com aplicação da multa qualificada de 150%. A autoridade recorrida descreveu a infração da seguinte forma:

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

<i>Fato Gerador</i>	<i>Valor Tributável ou Imposto (R\$)</i>	<i>Multa (%)</i>
<i>31/12/2006</i>	<i>19.990.675,40</i>	<i>150</i>
<i>30/09/2009</i>	<i>30.699.725,93</i>	<i>150</i>

Segundo o Termo de Verificação Fiscal de fls. 230/247, 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 17.011.162 (dezessete milhões, onze mil, cento e sessenta e duas) ações ordinárias. Tal alienação

resultou na apuração de um ganho de capital no valor aproximado de R\$ 51,43 milhões e de um imposto de renda pessoa física da ordem de R\$ 7,60 milhões, sendo R\$ 3,00 milhões no ano de 2006 e R\$ 4,60 milhões 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 315,64%, 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 da capitalização da empresa Nova Pactual Participações, no valor de R\$ 14.883.266,00, foi apurado o valor correto do custo de aquisição das ações alienadas, que somou R\$ 24.390.072,67 (R\$ 39.273.338,67 - R\$ 14.883.266,00).

Cientificado do lançamento, o contribuinte apresenta Impugnação alegando, conforme se extrai do relatório de primeira instância, *verbis*:

1. antes da reestruturação, o impugnante era titular de investimentos representativos de 1,9188% 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\$14.883.266,00; ii) aumento de capital da Pactual Holdings, na mesma data, mediante a capitalização de 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\$14.491.316,00; 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\$ 78.654.288,42, sendo que uma parcela foi paga a vista, em 2006 (R\$ 30.569.095,57), e outra parcela, em 2009 (R\$ 45.257.004,00);

5. do montante de R\$ 45.257.004,00, parte foi paga em dinheiro (R\$ 34.395.322,69) e o restante (R\$10.861.680,85), 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\$ 39.273.338,67;

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 nas 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. é comum em vendas de instituições financeiras com as características do Banco Pactual, que os acionistas assumam 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 incluíam 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 devidos por seus quotistas, créditos estes decorrentes do direito ao recebimento de lucros e, como nela se observa a capitalização dos referidos lucros gerou significativa alteração nos percentuais de participações dos acionistas no capital da referida empresa

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. não se diga, pois, que a capitalizações de lucros verificadas antes das incorporações representaram mero artifício para elevação do custo dos investimentos dos acionistas, pois essa elevação ocorreria independentemente da capitalização prévia dos lucros e, no caso concreto, era essencial à adequada distribuição dos lucros da Nova Pactual Participações;

35. 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;

36. 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;

37. 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;

38. 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;

39. 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;

40. 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;

41. 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;

42. 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;

43. 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;

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

45. 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”;

46. 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;

47. 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;

48. 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;

49. 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;

50. 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;

51. 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;

52. 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;

53. 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;

54. 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;

55. 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;

56. 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;

57. 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;

58. 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;

59. 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;

60. 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”;

61. 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;

62. 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;

63. 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, entre outros, os documentos de fls. 432/568.

A 16ª Turma da DRJ em São Paulo/SPI julgou integralmente procedente o lançamento, consubstanciado nas ementas abaixo transcritas:

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 20% 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.

Impugnação Improcedente

O contribuinte foi cientificado da decisão de primeira instância em 11/10/2012 (fl. 606) e, em 05/11/2012, interpôs o recurso de fls. 609/658, sustentando, essencialmente, os mesmos argumentos postos em sua Impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo Tadeu Farah

O recurso é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade.

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 recorrente para a apuração do custo de aquisição das ações do Banco Pactual que foram alienadas a 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, cujo objetivo era 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. Por fim, assevera que “... 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”.

Pois bem, para o deslinde da controvérsia, cumpre reproduzir, de antemão, trecho do Termo de Verificação Fiscal (fls. 230/249):

Ao observarmos, os negócios perpetrados pelo "GRUPO PACTUAL", entre os dias 13.10.06 e 01.12.06, verificamos de

pronto o seguinte padrão: o aumento de capital em uma determinada empresa, através de créditos detidos por seus sócios pessoas físicas, e sua subsequente incorporação em outra empresa que, por sua vez, sofrerá novo aumento de capital e nova incorporação.

E, ainda, que os ativos das empresas incorporadas se constituíam quase que integralmente, ou integralmente no último caso, do investimento na incorporadora.

Através dessa manobra o contribuinte promoveu, em 2006, um aumento do Custo de Aquisição de sua participação no "BANCO" de incríveis 315,64%, (que passou de R\$ 9.448.831,67 para R\$ 39.273.338,67), enquanto que no mesmo período o patrimônio líquido do "BANCO" experimentou um aumento de 84,45% (de R\$ 625.223.115,04, conforme informado em sua DIPJ, para R\$ 1.153.225.211,81 na data da alienação, conforme fl. 82 de seu balancete analítico, anexa).

Essas incorporações, não seguiram o padrão normal que é aquele onde a investidora incorpora a investida, mas o inverso, onde as investidas incorporam suas investidoras em operações conhecidas como incorporações reversas.

Não há obste legal que impeça os contribuintes de optar por qualquer uma das formas de incorporação, sendo que é comum a utilização da forma reversa em alguns planejamentos tributários com objetivo de se aproveitar o prejuízo fiscal da incorporadora, o que não seria possível através da forma tradicional devido à expressa vedação imposta pelo art. 514 do RIR/99.(1)

A par da licitude da vontade e realidade dos atos societários examinados que permearam a reorganização societária quanto a sua adequada cronologia, execução e tempestividade de arquivamento no registro de comércio, no presente caso essas capitalizações seguidas das incorporações reversas serviram, como se demonstrará a seguir, para a elevação indevida do custo da participação que o Contribuinte possuía no "BANCO", reduzindo assim o valor do Ganho de Capital na posterior alienação dessa participação e conseqüentemente o valor do imposto devido.

(...)

Procurar dar outra conotação ao art.135 do RIR/99 seria presumir que o mesmo tenha pretendido extinguir a figura do Ganho de Capital e por decorrência a sua tributação, uma vez que, como foi visto acima, o seu valor ficaria exclusivamente a critério do contribuinte que poderia inclusive transformá-lo em prejuízo.

IV.i - Operação Simulada

Pretendeu-se simular, através das operações acima descritas, que o Custo de aquisição da participação societária detida pelo CONTRIBUINTE junto ao BANCO PACTUAL S/A e alienada a

UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. seria de R\$ 39.273.338,67, quando conforme demonstrado, o valor total do investimento efetuado pelo Contribuinte na referida participação alcançou o valor de R\$ 24.390.072,67(R\$ 39.273.338,67- R\$ 14.883.266,00).

(...)

VII-CONCLUSÃO

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 através dos artifícios contábeis, acima detalhados, que, resumidamente consistiram, na elevação do capital em empresas investidoras, via equivalência patrimonial com as empresas investidas e a quase simultânea incorporação reversa daquelas por estas últimas. Com isto, a cada incorporação realizada, o Contribuinte aumentava o custo da participação que intencionava vender e assim, subtrair parte do ganho de capital que ocorreria na alienação. Entretanto, os aumentos de capital promovidos pelo Sr. Guilherme da Costa Paes e utilizados como justificativa para esses aumentos de custo tiveram por gênese um único fato econômico: o Lucro obtido pelo Banco Pactual S/A, os demais aumentos de custo foram efetuados 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.

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.

Como bem pontuou 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, o contribuinte pode promover o acréscimo ao custo de aquisição de investimento por meio da 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, repise-se, 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, envolvendo outros sócios/acionistas, 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 conseqüente 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

....

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 Principio 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 Principio 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 (fls. 245/246).

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.

No que tange à multa qualificada, entendeu a autoridade autuante que a forma utilizada pelo contribuinte para a implementação da alienação de sua participação societária

demonstra, inequivocamente, a intenção de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária das circunstâncias materiais do fato gerador, configurando-se a sonegação definida no art. 71 da Lei nº 4.502/1964.

Com a devida vênia, entendo que a operação praticada pelo contribuinte foi determinante para a apuração da omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas, contudo, penso que não pode ser indicativo de evidente intuito de fraude. A propósito, valho-me dos bem lançados fundamentos do Conselheiro Nelson Mallmann quando discorreu sobre o evidente intuito de fraude no Acórdão nº: 104-21.480, de 23 de março de 2006:

O evidente intuito de fraude floresce nos casos típicos de adulteração de comprovantes, adulteração de notas fiscais, conta bancária em nome fictício, falsidade ideológica, notas calçadas, notas frias, notas paralelas, etc.,

A existência de correntes doutrinárias divergentes, bem como de precedentes jurisprudenciais favoráveis ao negócio jurídico praticado pelo contribuinte, demonstram, na verdade, uma hipótese de erro de proibição. Com efeito, 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.

Nessa ordem de ideias, só posso concluir pela inaplicabilidade da multa de ofício qualificada, devendo a penalidade ser reduzida ao percentual de 75%.

Por fim, os juros de mora sobre a multa são devidos em função do § 3º do art. 113 do CTN, já que tanto a multa quanto o tributo compõe o crédito tributário, sendo, portanto, aplicáveis os mesmos procedimentos e critérios de cobrança. Esse entendimento está pacificado na CSRF: Acórdão nº 920201.806 e Acórdão nº 920201.991.

Ressalte-se que o próprio 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).

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

Assinado Digitalmente
Eduardo Tadeu Farah

Conselheira Nathália Mesquita Ceia.

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

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

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

No caso em questão, a discussão se trava quanto à possibilidade de incremento do custo de aquisição do investimento detido pelo Recorrente, especialmente em face da capitalização de lucros/reserva de lucros resultantes única e exclusivamente de equivalência patrimonial. Logo, trata-se de tema que impacta a base de cálculo do imposto de renda.

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

Custo de Participações Societárias Adquiridas com Incorporação de Lucros e Reservas

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

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

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

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

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

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

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

Porém, esse não é o único argumento pelo qual o auto de infração não deve ser mantido. A diferenciação entre os efeitos econômicos e jurídicos para fins tributários também é de importante análise para esses fins.

2. Tributação Jurídica x Econômica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Afastamento da multa de ofício qualificada

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

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

3.1. Estrutura do Grupo Pactual em holdings

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

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

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

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

3.2. Incorporação inversa

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. Atos societários sucessivos

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

Como demonstrado pelo Recorrente, o fato dos atos societários terem sido praticados de forma sucessiva e em curto espaço de tempo decorrem única e exclusivamente do caráter negocial da operação. Ou melhor, os então acionistas do Grupo Pactual possuíam uma “janela de oportunidade” para alienar o Banco Pactual.

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

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

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

3.4. Estratégia de alienação do investimento

A fiscalização ainda no auto de infração buscou simular operações onde haveria pagamento a maior ou a menor de imposto. De fato, a operação adotada pelo Recorrente resulta no pagamento de menos imposto quando comparada a outra, porém ambas encontram respaldo na legislação, não há óbices ou ilícitos em adotar uma ou outra. Não pode a fiscalização exigir do contribuinte o comportamento que resulte em pagamento maior de tributos quando há alternativa lícita e legal que resulte em menos pagamento de tributo. Isso seria interferir na vontade, nas intenções, na vida privada dos contribuintes.

Desta forma, não pode a fiscalização impor ao contribuinte que efetue o negócio jurídico da forma que mais onerosa, especialmente quando a operação tem fundado propósito negocial, quer para fins civis quanto para fins comerciais e econômicos.

3.5. Abuso de direito, fraude ou simulação

Apesar da argumentação da fiscalização no sentido de restar caracterizado abuso de direito fraude ou simulação, o caso não se trata de abuso de direito, mas sim de divergência de interpretação da norma. A norma pode ser interpretada de várias formas a depender do operador do direito que a esteja manejando. A interpretação literal e a interpretação teleológica são formas de interpretação aceitas pelo ordenamento jurídico pátrio e lançar mão de uma ou de outra para observar a norma não caracteriza de forma alguma abuso de direito.

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

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

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

Em resumo, pelos fatos e argumentos acima narrados, a aplicação de multa de ofício qualificada não condiz com a realidade fática e deve ser afastada.

4. Juros de Mora sobre a Multa de Ofício

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

A cobrança de juros sobre multa de ofício ocorre em face do Parecer MF nº. 28, de 02.04.1998, emitido pela Coordenação Geral do Sistema de Tributação (COSIT), cuja conclusão deixa exposto que:

“O referido Parecer conclui, com base no disposto nos arts. 29 e 30 da Medida Provisória n. 1.621-31, de 13.1.98, no art. 84 da Lei n. 8.981/95 e no art. 13 da Lei n. 9.065/95, que as multas de ofício, associadas a fatos geradores ocorridos até 21.12.94, que não tenham sido objeto de parcelamento requerido até 31.8.95, estão sujeitas à incidência de juros de mora, se recolhidas em atraso. Conclui, igualmente, com apoio no art. 61 e seu parágrafo 3º, da Lei n. 9.430/96, que, com relação aos

fatos geradores ocorridos a partir de 1.1.97, incidirão juros moratórios sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições – inclusive, pois, relativos às multas de ofício não pagas nos respectivos vencimentos.”

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

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

(assinado digitalmente)

NATHÁLIA MESQUITA CEIA