ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10880.735210/2011-79

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

Processo nº	10880.735210/2011-79
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2401-004.608 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	8 de fevereiro de 2017
Matéria	IRPF. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. INCORPORAÇÃO REVERSA
Recorrente	RODOLFO RIECHERT
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. LUCROS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. HOLDINGS. CAPITALIZAÇÃO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO ARTIFICIAL DO CUSTO DE AQUISIÇÃO. EXPURGOS DOS ACRÉSCIMOS INDEVIDOS.

Inaplicável a majoração do custo de aquisição de participação societária alienada por pessoa física, com fulcro no art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995 (art. 135 do RIR/99), na hipótese de capitalização de lucros e reservas em "holdings" investidoras, os quais são meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial, seguida de incorporação reversa e nova capitalização.

As capitalizações indevidas devem ser expurgadas, considerando-se como ganho de capital a diferença positiva entre o valor de alienação e o respectivo custo de aquisição atribuído pela fiscalização. É válida a apuração do custo de aquisição das ações alienadas pela pessoa física com base na sua participação no acervo líquido da última "holding" incorporada, líquido dos dividendos distribuídos, conforme metodologia adotada pela autoridade lançadora.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE. FALTA DE COMPROVAÇÃO.

Não demonstrada pela autoridade lançadora a ocorrência das condições que permitam a majoração da multa de ofício proporcional até o importe de 150%, em especial o dolo na conduta do contribuinte, cabe afastar a qualificação da penalidade, reduzindo-a ao patamar trivial no percentual de 75%.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA DE LIQUIDAÇÃO E CUSTÓDIA (SELIC). INCIDÊNCIA.

Incidem juros de mora, à taxa Selic, sobre a multa de ofício não recolhida no prazo legal.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, para, no mérito, por voto de qualidade, dar-lhe provimento parcial, para desqualificar a multa de ofício, nos termos do voto do relator. Vencidos os conselheiros Carlos Alexandre Tortato, Rayd Santana Ferreira, Andrea Viana Arrais Egypto e Luciana Matos Pereira Barbosa, que davam provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Márcio de Lacerda Martins e Miriam Denise Xavier Lazarini que negavam provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier Lazarini - Presidente

(assinado digitalmente)

Cleberson Alex Friess - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Miriam Denise Xavier Lazarini, Maria Cleci Coti Martins, Carlos Alexandre Tortato, Cleberson Alex Friess, Luciana Matos Pereira Barbosa, Rayd Santana Ferreira, Márcio de Lacerda Martins e Andréa Viana Arrais Egypto.

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário interposto em face da decisão da 21ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I (DRJ/RJ1), cujo dispositivo tratou de considerar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido. Transcrevo a ementa do Acórdão nº 12-47.752 (fls. 1.240/1.267):

> *ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF*
>
> *Ano-calendário: 2006, 2009*
>
> *ENQUADRAMENTO LEGAL GENÉRICO.*
>
> *O fato de constarem do auto de infração vários dispositivos legais concernentes a aspectos gerais relativos à tributação dos rendimentos de ganho de capital não macula o lançamento, quando restar caracterizado que não houve prejuízo ao contribuinte, seja porque a descrição da infração lhe possibilita ampla defesa, seja porque a impugnação apresentada revela pleno conhecimento da infração imputada.*
>
> *CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS. MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE DE MÚLTIPLO PROVEITO DO MESMO LUCRO. OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES.*
>
> *É indevida a capitalização de lucros apurados na empresa investidora através do Método de Equivalência Patrimonial, quando este mesmo lucro permanece inalterado na empresa investida, disponível nesta como lucros e/ou reservas de lucros tanto para que se efetue capitalizações como para retiradas pelos sócios.*
>
> *Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização indevida de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.*
>
> *MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.*
>
> *É aplicável a multa qualificada quando restar caracterizado o evidente intuito de fraude do Contribuinte no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais.*
>
> *JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE MULTA DE OFÍCIO.*

> *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*

2. Extrai-se do Termo de Verificação Fiscal, às fls. 961/1.003, que o crédito tributário refere-se ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, com fato gerador em 31/12/2006 e 30/09/2009, incidente sobre o Ganho de Capital na alienação de ações do Banco Pactual S/A pelos acionistas pessoas físicas, acrescido da multa de ofício proporcional qualificada e dos juros de mora. O Auto de Infração está juntado às fls. 954/960.

3. Segundo a fiscalização, a organização societária previa a participação indireta dos sócios pessoas físicas nas ações do Banco Pactual S/A, mediante a utilização de sociedades investidoras ("holdings").

3.1 Com o propósito de alienação das ações do Banco Pactual S/A ao adquirente UBS AG, foi procedida a prévia extinção das "holdings", as quais detinham a participação societária no banco, por meio de sucessivas incorporações reversas (incorporação da investidora por parte da investida), resultando, ao final, na alienação das ações do Banco Pactual S/A diretamente pelos acionistas pessoas físicas.

3.2 A reorganização societária implicou um aumento irregular do custo de aquisição das ações alienadas, consistente na capitalização nas investidoras ("holdings") em multiplicidade dos lucros e resultados apurados na sociedade investida (Banco Pactual), utilizando-se do Método de Equivalência Patrimonial (MEP), levando assim à redução indevida do ganho de capital tributável obtido pelo acionista pessoa física.

4. Para melhor compreensão dos fatos jurídicos, reproduzo a seguir trecho do relatório que compõe a decisão de primeira instância, que resume satisfatoriamente os aspectos principais da acusação contida no Termo de Verificação Fiscal (fls. 1.242/1.245):

> *"(...)*
>
> *Verificou-se um acréscimo no custo das ações alienadas do Banco Pactual S/A pertencentes ao acionista Rodolfo Riechert da ordem de 410%, na data da alienação em dezembro de 2006, enquanto o aumento de patrimônio líquido do Banco Pactual S/A, entidade que concentrava toda a riqueza efetiva do grupo, no mesmo período, foi de 89% conforme Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica DIPJ da instituição financeira relativa ao ano-calendário de 2006. Constatou-se, assim, uma total discrepância entre a evolução da riqueza da instituição financeira alienada com o acréscimo patrimonial do custo das respectivas ações pertencentes a um dos seus acionistas.*
>
> *Tais processos de reorganizações societárias não teriam como produzir efeitos econômicos que justificassem o acréscimo patrimonial da pessoa física, tendo como objeto tão-somente a majoração irregular do custo de aquisição das ações alienadas do Banco Pactual S/A e, consequentemente, a supressão de*

tributos devidos pela pessoa física relativos à operação de alienação do Banco.

Através de contrato firmado em 09/05/2006, entre a pessoa jurídica UBS AG, a pessoa jurídica Pactual S.A (controladora direta do Banco Pactual S.A.) e as pessoas físicas que possuíam participação indireta sobre o patrimônio do Banco Pactual S.A., ficou definido, entre outras cláusulas, que as holdings detentoras de todas as ações do Banco Pactual S.A seriam extintas mediante a reorganização, para que os sócios pessoas físicas assumissem a condição de proprietários diretos das ações negociadas.

O pagamento pela compra das ações do Banco Pactual S.A. foi dividido em parcelas, sendo a primeira paga na data de "Fechamento" da compra e venda das ações, ocorrido em dezembro de 2006, e a segunda em data posterior denominada de "Pagamento Diferido". Além desses pagamentos, os alienantes das ações receberiam ainda outros valores denominados "Pagamentos Especiais; Usufruto".

Os sócios pessoas físicas providenciaram uma reestruturação societária no ano-calendário 2006, mediante incorporações às avessas das holdings controladoras do Banco, para permitir que a transferência das ações do Banco Pactual S.A. ao UBS AG fosse feita diretamente pelos sócios pessoas físicas.

Em 28/12/2004 e em 31/12/2005, foram realizados os aumentos do capital social de Pactual Participações Ltda nos montantes de R$ 210.000.000,00 e R$ 130.000.000,00, respectivamente, passando de R$ 125.000.321,05 para R$ 335.000.321,71 em 28/12/2004 e R$ 465.000.320,61 em 31/12/2005, mediante capitalização de parte dos lucros retidos na conta lucros acumulados da sociedade.

Em 31/12/2005 a Pactual Participações Ltda é incorporada por Pactual Participações S/A, cujo capital social passou de R$ 26.969.514,00 para R$ 70.118.786,40 (aumento de R$ 43.149.272,40). Posteriormente, a Pactual Participações S/A transformou-se em Nova Pactual Participações Ltda.

Em 13/10/2006, foi realizado o aumento do capital social da Nova Pactual Participações Ltda no montante de R$ 686.000.000,00, passando de R$ 70.118.786,40 para R$ 756.118.786,40, mediante capitalização dos créditos detidos pelos sócios quotistas contra a sociedade.

Em 13/10/2006 a Pactual Holdings S/A, aumentou seu capital social em R$ 202.500.000,00, mediante a capitalização de créditos detidos contra a sociedade e a capitalização da reserva legal da Companhia.

Em 13/10/2006 a Pactual Holdings S/A é incorporada por Pactual S/A, passando o capital social da incorporadora de R$ 34.498.190,25 para R$ 64.248.147,47. Também nesta data, a Nova Pactual Participações Ltda é incorporada por Pactual S/A,

cujo capital social passou de R$ 64.248.147,47 para RS 97.841.295,93.

Em 01/11/2006, o capital social da Pactual S/A foi aumentado em R$ 3.862.542,92, passando para R$ 101.698.838,85, com a conseqüente emissão de duas ações preferenciais subscritas pelos acionistas André Santos Esteves e Gilberto Sayão da Silva e integralizadas mediante a capitalização de créditos por eles detidos contra a sociedade.

Em 03/11/2006 a Pactual S/A aumenta seu capital social em R$ 996.087.876,00, passando este para R$ 1.097.786.714,85, mediante a capitalização de créditos detidos pelos acionistas contra a Companhia.

Em 01/12/2006 a Pactual S/A é incorporada pelo Banco Pactual S/A, sendo vertido para o incorporador o patrimônio líquido da incorporada, de R$ 1.149.597.660,18. A partir deste último evento societário, os acionistas pessoas físicas passaram a ter participação direta no Banco Pactual S/A, detendo as ações que, posteriormente, foram alienadas.

Observa-se um padrão nos eventos societários. Após o incremento dos respectivos Patrimônios Líquidos das companhias em decorrência dos ajustes de equivalência patrimonial originados pelo lucro do Banco Pactual S/A, todas as companhias Investidoras (Nova Pactual Participações Ltda, Pactual Holdings S/A e Pactual S/A) tiveram seus lucros e reservas capitalizados e posteriormente foram incorporadas pelas suas Investidas, operações essas inversas ao processo normal que é o da Investidora incorporar a Investida.

Nos processos de incorporação reversa houve majoração irregular no custo das ações alienadas, tendo em vista que o processo de extinção das holdings Pactual Participações Ltda, Nova Pactual Participações Ltda e Pactual Holdings S/A, com a anterior capitalização de dividendos nos valores de R$ 210.000.000,00, R$ 130.000.000,00, R$ 43.149.272,40, R$ 202.500.000,00, R$ 686.000.000,00, não poderiam gerar o aumento no custo das ações alienadas do Banco Pactual S/A, uma vez que, posteriormente, houve acréscimo cumulativo do custo das aludidas ações alienadas com a incorporação do acervo líquido da Pactual Holdings S/A e da Nova Pactual Participações Ltda e, mais tarde, a capitalização dos dividendos da companhia Pactual S/A, anteriormente à sua incorporação pelo Banco Pactual S/A, no montante de R$ 1.063.293.524,60, que representa a soma das parcelas R$ 29.749.957,22, RS 33.593.148,46, RS 3.862.542,92 e R$ 996.087.876,00. Com o evento de incorporação, todo o acervo líquido da Pactual S/A (PL), no montante de RS 1.149.610.206,41, foi incorporado pelo Banco Pactual S/A.

As ações ou quotas recebidas pelo sócio ou acionista, em decorrência do aumento de capital subscrito pela sociedade fundida, incorporada ou cindida, continuam sendo basicamente as mesmas de antes, ainda que qualitativamente tenha sofrido

alteração, da mesma forma como se aceitaria indiscutivelmente como inalterada a participação societária dos sócios ou acionistas que participavam em uma sociedade que tenha incorporado patrimônio de outra.

Conclui-se que o custo da ação alienada por cada acionista tem como base a participação de cada um deles no capital social da Pactual S/A, em 01/12/2006. Todavia, o contrato firmado na compra e venda do Banco Pactual S/A determinava que, entre a data da celebração do negócio e a data da efetivação do mesmo os lucros auferidos seriam objeto de distribuição aos antigos proprietários, de tal forma, que em 22/02/2007, os acionistas alienantes, àquela época exacionistas, receberam de dividendos o montante de R$ 290.754.000,06. Tal montante, portanto, refere-se a lucros auferidos até 01/12/2006 e, para que pudessem ser distribuídos deveriam estar incluídos no patrimônio líquido da Pactual S/A. Por isso, esta parcela deve ser deduzida do custo de aquisição apurado.

Com isso, chega-se ao custo das ações alienadas pelo Contribuinte, que é de R$ 23.512.874,34, correspondente a 2,75% do total da sociedade.

O que evidencia a irregularidade é que o sujeito passivo recebeu novas ações em troca das extintas, por ocasião da extinção da Nova Pactual Participações Ltda, mantendo assim, em sua propriedade a mesma parcela que detinha indiretamente do Banco Pactual S/A, entidade que concentrava a efetiva riqueza econômica e financeira do grupo empresarial, como também aumentou o custo de aquisição de tais ações por meio de dividendos não distribuídos. Os dividendos capitalizados são os mesmos, na medida em que as Reservas e Lucros capitalizados por Nova Pactual Participações Ltda e Pactual S/A nada mais são do que o Resultado da Equivalência Patrimonial do Banco Pactual S/A.

As operações engendradas pelas citadas sociedades empresariais (uma autêntica cadeia de repercussões de equivalência patrimonial), no que concerne à questão da incorporação de lucros e dividendos, somente encontra lastro jurídico-contábil-financeiro no que se refere àqueles gerados pelo Banco Pactual S/A, com repercussão na controladora Pactual S/A. Com efeito, eventuais ajustes promovidos pelo Banco Pactual S/A em função de acréscimos patrimoniais ocorridos nas sociedades Pactual Participações Ltda e Nova Pactual Participações Ltda nada mais eram do que a própria riqueza gerada pelo Banco Pactual S/A, as quais já haviam sido consignadas no patrimônio de Pactual S/A.

A capitalização cumulativa dos lucros de equivalência patrimonial para aumentar o custo de aquisição das ações acima do cabível não pode ser admitida por causa de sua ilicitude, além do que deve ser inibida, para que, futuramente, não só comprometa a eficácia de toda tributação do ganho de capital sobre participações societárias, uma vez que o estratagema

contábil viabilizaria a utilização de "empresas de papel" (holdings) tão-somente para não pagar imposto de renda sobre ganho de capital, distorcendo gravemente a percepção do Fisco acerca da capacidade contributiva dos sócios pessoas físicas.

Com os procedimentos adotados pelos exacionistas, estes informaram no Demonstrativo de Ganho de Capital de suas Declarações de Ajuste Anual o custo majorado de suas ações, inserindo, dessa forma, elementos inexatos com o fim de pagar menos imposto de renda, conduta que se insere no contexto de fraude à fiscalização tributária, sendo o tipo doloso (art.72, da Lei 4.502/64). Todo o arcabouço montado foi no sentido de prejudicar o direito do Fisco, configurando, em tese, crime contra a Ordem Tributária definido no inciso I, dos artigos Iº e 2º da Lei 8.137/90.

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

O abuso do direito pode ser definido como o exercício egoístico, normal do direito, sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou voluntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao critério econômico e social do direito em geral.

Foi aplicada a multa de 150% com base no art. 957, II, do RIR/99, tendo em vista a intenção do fiscalizado de majorar o custo de suas ações e permanecer com esse valor de custo majorado, mesmo após o recebimento de dividendos previstos no contrato de compra e venda das ações do Banco Pactual S/A em fevereiro de 2007, momento em que deveria recalcular o imposto apurado referente à primeira parcela, deduzindo-se tal valor do custo.

(...)"

5. Cientificado da autuação via postal em 3/11/2011, às fls. 1.010/1.011, o contribuinte impugnou a exigência fiscal (fls. 1.133/1.167).

6. Intimado da decisão do colegiado de primeira instância em 13/7/2012, às fls. 1.269/1.272, por intermédio de procurador constituído nos autos, o recorrente apresentou recurso voluntário no dia 26/7/2012 (fls. 1.276/1.320).

6.1 Em breve resumo, enumero os argumentos de fato e direito apresentados pelo recorrente:

> (i) a estratégia de reestruturação societária efetuada para a realização do negócio com a UBS Brasil, mediante a variante disponível das incorporações reversas, foi a mais conveniente do ponto de vista prático, operacional, negocial e fiscal, não tendo como finalidade a obtenção exclusiva e/ou ilícita de vantagens tributárias para os acionistas;
>
> (ii) segundo a legislação tributária, via de regra o custo de aquisição de ações de uma pessoa física correspondente ao custo original do investimento acrescido do montante dos lucros ou reservas capitalizados;
>
> (iii) é legítima a capitalização de lucros nas "holdings", que resultaram em acréscimo de custo dos investimentos dos acionistas nas empresas incorporadas, tendo em conta o previsto no § 1º do art. 130 e no art. 135 do Regulamento do Imposto sobre a Renda, veiculado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99);
>
> (iv) o auto de infração tem origem, na verdade, no inconformismo da fiscalização quanto às consequências econômicas que a aplicação da lei trouxe ao caso concreto; contudo, as eventuais distorções econômicas verificadas escapam ao aspecto jurídico da tributação, não devendo ser consideradas para fins de cobrança do imposto;
>
> (v) o procedimento adotado pela fiscalização, no sentido de avaliar o custo dos investimentos a partir da situação patrimonial da Pactual S/A, carece de embasamento legal. Mesmo na hipótese de um processo tradicional de incorporação, os lucros capitalizados na pessoa jurídica ("holding") na qual o recorrente tinha investimentos diretos antes da reestruturação societária deveriam ser considerados no custo das ações vendidas;
>
> (vi) não houve fraude e abuso de direito na reestruturação societária e, portanto, inaplicável a multa qualificada; e
>
> (vii) descabida a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

7. A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso voluntário (fls. 1.325/1.354).

7.1 O órgão da União defende: a existência de um aumento artificial do custo de aquisição das ações do Banco Pactual S/A, em descompasso com as legislações tributária e contábil, a correta apuração pela fiscalização do custo de aquisição das ações alienadas, a manutenção da multa qualificada e, por fim, a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. Em outras palavras, requer a negativa de provimento ao recurso voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Cleberson Alex Friess - Relator

Juízo de admissibilidade

8. Uma vez realizado o juízo de validade do procedimento, verifico que estão satisfeitos os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário e, por conseguinte, dele tomo conhecimento.

Mérito

a) Custo de aquisição das ações do Banco Pactual S/A

9. A matéria aqui tratada é velha conhecida das Turmas deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), visto que a quase totalidade dos acionistas pessoas físicas do Banco Pactual S/A foi atuada, pelos mesmos fatos jurídicos, pela equipe de fiscalização da RFB.

9.1 De modo que diversos julgados, tanto nos colegiados pertencentes à Câmara Baixa quanto na 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), examinaram as operações que resultaram na alienação de participações societárias do Banco Pactual S/A à UBS AG, uma sociedade constituída sob as leis da Suíça. [1] [2]

10. Pois bem. A controvérsia gira em torno da validade do procedimento adotado pelo recorrente para a apuração do custo de aquisição das suas ações vendidas do Banco Pactual S/A.

11. Depreende-se dos documentos que instruem os autos que o Banco Pactual S/A era a única empresa operacional do grupo e, portanto, a entidade que gerava riqueza econômica. As empresas "holdings" eram puras, ou seja, tinham como única atividade e fonte de receitas a participação acionária direta ou indireta no controle da pessoa jurídica operacional.

12. Em linhas gerais, o contribuinte possuía 2,75% (dois vírgula setenta e cinco centésimos) das ações da "holding" Nova Pactual Participações Ltda, investidora que detinha 78,17% (setenta e oito vírgula dezessete centésimos) de participação societária na "holding"

[1] No âmbito da Câmara Baixa, em rol não exaustivo, identiquei os seguintes julgados: Acórdãos nºs 2301-004.483, 2301-004.482, 2301-004.481, 2301-004.480, 2301-004.479, 2301-004.478, 2301-004.477, 2301-004.476, 2301-004.475, 2201-002.635, 2802-003.285, 2201-002.637, 2201-002.638, 2201-002.636, 2201-002.530, 2202-002.429, 2202-002.428 e 2102-01.938.

[2] Na 2ª Turma da CSRF, relativamente a decisões no ano de 2016: Acórdãos nºs 9202-003.698, 9202-003.699, 9202-003.700, 9202-003.701, 9202-003.764, 9202-003.765, 9202-003.766, 9202-003.768, 9202-003.821 e 9202-003.959.

Pactual S/A, a qual, por sua vez, era detentora de praticamente 100% das ações do Banco Pactual S/A.

12.1 Os restantes 21,82% (vinte e um vírgula oitenta e dois centésimos) da participação societária na Pactual S/A pertenciam a "holding" Pactual Holdings S/A, cujo capital social cabia aos acionistas principais, o Sr. André Santos Esteves e Sr. Gilberto Sayão da Silva.

13. Com o propósito de viabilizar a alienação do Banco Pactual S/A, foram promovidas uma série de reestruturações societárias sob a forma de incorporação às avessas, mediante sucessivas e prévias capitalizações de lucros e reservas nas "holdings" Nova Pactual Participações Ltda, Pactual Holdings S/A e Pactual S/A, contabilizadas pelo método de equivalência patrimonial.

13.1 O incremento dos respectivos patrimônios líquidos das "holdings" decorria do reflexo do resultado operacional obtido pelo Banco Pactual S/A, porquanto refletido na contabilidade de todas as empresas controladoras/investidoras pelo método da equivalência patrimonial.

14. De forma resumida, e especificamente em relação ao recorrente, Sr. Rodolfo Riechert, o aumento do custo das suas ações vendidas levou em consideração, em primeiro lugar, a capitalização de lucros apurados pela Nova Pactual Participações Ltda, com esteio na equivalência patrimonial, no importe de R$ 29.299.377,00 (vinte e nove milhões, duzentos e noventa e nove mil, trezentos e setenta e sete reais).

14.1 Na sequência, a Nova Pactual Participações Ltda foi incorporada pela Pactual S/A, com o recebimento pelas pessoas físicas da participação na mesma proporção que detinham na "holding" extinta.

15. Em um segundo momento, houve capitalização de dividendos pela "holding" Pactual S/A, igualmente com amparo na equivalência patrimonial, no valor de R$ 27.392.415,00 (vinte e sete milhões, trezentos e noventa e dois mil, quatrocentos e quinze reais).

15.1 Após, a Pactual S/A foi incorporada pelo Banco Pactual S/A, com o recebimento pelas pessoas físicas da participação na mesma proporção que detinham na "holding" extinta.

16. Para o recorrente, o procedimento de apuração do custo das ações encontra lastro no art. 135 do RIR/99. Tal dispositivo regulamentar possui sua matriz legal no parágrafo único do art 10 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, o qual transcrevo segundo o texto vigente à época dos fatos geradores: [3]

> ***Lei nº 9.249, de 1995***
>
> *Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à*

[3] A Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, de nova redação ao art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, e renumerou o parágrafo único para o § 1º.

> *incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.*
>
> *Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.*
>
> ***RIR/99***
>
> *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).*

17. Como se percebe da leitura do "caput" do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, foi desejo do legislador ordinário tributar os lucros e dividendos calculados com base nos resultados da empresa exclusivamente na pessoa jurídica, com isenção quando do recebimento pelos beneficiários, pessoa física ou jurídica.

17.1 Todavia, a fim de estimular a realização de investimentos e capitalização na empresa, como opção trazida aos sócios frente à isenção na distribuição dos lucros, possibilitou-se o ajuste no custo de aquisição das participações societárias, conforme parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, na proporção em que incorporados os lucros e as reservas mediante aumento de capital, com repercussão na tributação do imposto sobre a renda, tendo em vista a redução do ganho de capital quando da futura decisão pela alienação das ações.

18. Por sua vez, o lucro nada mais é que uma parcela de incremento do ativo da empresa obtido ao longo do ano-calendário, como consequência das atividades exercidas pela pessoa jurídica.

19. Quanto ao método da equivalência patrimonial, é uma forma de atualização contínua do valor do investimento, refletindo a situação da investida no patrimônio da investidora, ou seja, a essência econômica da participação societária.

19.1 Na hipótese da interposição de "holdings" puras entre as pessoas físicas e a pessoa jurídica que efetivamente obtém os resultados da atividade empresarial, como ora se cuida, uma mesma parcela do ativo não significa a geração de lucros autônomos, isolados e independentes nas sociedades investidoras, representando tão somente um reflexo contábil decorrente da aplicação do método de equivalência patrimonial, não podendo ser distribuída, por consequência, diversas vezes como resultado econômico, nem aceitável capitalizá-la mais de uma vez.

19.2 Em outras palavras, inevitavelmente é o lucro auferido pela pessoa jurídica operacional, no caso o Banco Pactual S/A, que representa a disponibilidade passível de distribuição.

20. Quando avaliada isoladamente cada operação de reorganização societária levada a efeito para a alienação das ações do Banco do Pactual S/A, poder-se-ia enxergar uma sinalização de aparente conformação com o art. 135 do RIR/99.

20.1 No entanto, visto o engendramento efetuado no conjunto, há uma situação flagrantemente irreal e artificial, não condizente com o estabelecido juridicamente pelo dispositivo de lei que lhe dá respaldo, para fins de permitir a alteração do custo de aquisição da participação societária.

21. O parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, antes reproduzido, não autoriza uma interpretação meramente literal, desvinculada da "cabeça" do mesmo artigo, levando ao desprezo da consistência do sistema normativo de tributação.

21.1 Não há validação da possibilidade de eliminação do ganho de capital pela simples interposição de um ciclo de capitalizações e incorporações às avessas na cadeia das operações negociais, com aplicação do método da equivalência patrimonial.

21.2 A regra jurídica contida no dispositivo de lei está associada à capitalização de lucros passíveis de efetiva distribuição aos sócios ou acionistas sem a incidência da tributação, conforme estabelece o "caput".

22. De mais a mais, qualquer interpretação não pode revelar-se desprovida de congruência com os princípios norteadores da incidência do imposto sobre a renda.

22.1 Não me parece razoável cogitar que o legislador ordinário, afastando-se da realidade econômica dos fatos jurídicos que são inerentes aos impostos pessoais, delineou uma regra jurídica de tributação com desrespeito explícito ao princípio da igualdade estabelecido na Carta da República de 1988, bem como ao seu corolário, o princípio da capacidade contributiva, o qual impõe critério legítimo de discriminação entre contribuintes, quer na sua feição relativa (condições pessoais do contribuinte) ou na concepção absoluta (índice de riqueza).

23. As sucessivas capitalizações pelas "holdings" dos resultados advindos da aplicação do método da equivalência patrimonial, aliadas às incorporações reversas realizadas, ocasionaram um aumento do custo de aquisição das participações societárias mediante reflexos/imagens de recursos, em notório descompasso com a realidade do incremento das disponibilidades econômicas da pessoa jurídica operacional, Banco Pactual S/A.

23.1 Tal majoração de custo à margem, portanto, do contexto de opção entre distribuição de dividendos passíveis de isenção e capitalização de lucros auferidos nas atividades da pessoa jurídica, afasta-se do pressuposto legal que autoriza a aplicação do art. 135 do RIR/99 (art. 10, parágrafo único, da Lei nº 9.249, de 1995).

23.2 É inadmissível que o aumento do custo de aquisição das ações possa superar a riqueza produzida pelo Banco Pactual S/A.

24. Para viabilizar a aplicação do dispositivo de lei, seria necessário que toda a cadeia societária realizasse a capitalização dos lucros efetivamente passíveis de distribuição isentos de tributação. Com essa linha de pensamento, copio excertos das razões de decidir do Acórdão nº 9202-003.701, de lavra da Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, que tenho como acertadas:

> *(...)*
>
> *A distribuição de lucros deve se dar a partir da pessoa jurídica operacional, seguida de subscrição de aumento de capital nas empresas componentes de um grupo econômico (a pessoa jurídica operacional e suas holdings), tendo por efeito patrimonial o aumento de capital em toda a cadeia societária. Nesse passo, não é possível distribuir mais de uma vez o mesmo lucro (o lucro e seus reflexos por equivalência patrimonial), tampouco capitalizá-lo mais de uma vez. Isso porque as disponibilidades passíveis de distribuição estão no patrimônio da pessoa jurídica operacional, que somente pode distribuir o lucro para sua proprietária direta, a holding. Esta, por sua vez, somente pode distribuir o lucro aos acionistas, pessoas físicas, após o recebimento dos recursos da pessoa jurídica operacional, e os acionistas somente podem aumentar capital na holding em que possuam participação direta. Finalmente a holding, com os recursos recebidos, poderá aumentar o capital da pessoa jurídica operacional.*
>
> *Assim, somente haverá capitalização de lucros passíveis de distribuição se toda a cadeia societária (holdings e empresa operacional) realizar a capitalização. Caso ocorra apenas a capitalização dos lucros de holdings, o parágrafo único, do art. 10, da Lei n° 9.249, de 1995, não incide, devendo ser mantido o valor da participação societária pelos proprietários, porque os efetivos lucros da pessoa jurídica operacional ainda poderão ser distribuídos sem tributação (para os próprios sócios) ou para futuros adquirentes.*
>
> *(...)*

24.1 O lucro efetivamente auferido pelo Banco Pactual S/A foi mantido em seu patrimônio líquido, quando das incorporações reversas, não havendo capitalização e permanecendo disponível para distribuição isenta.

25. Dessa feita, a rigor são indevidos os dois aumentos de custo de aquisição, decorrentes das capitalizações ocorridas no ano de 2006, devendo ser glosados, não havendo respaldo jurídico para avalizar, como pleiteia o recorrente, tão somente a primeira capitalização do lucro obtido por meio da aplicação do método da equivalência patrimonial, ocorrida antes da incorporação pela Pactual S/A da Nova Pactual Participações Ltda.

25.1 Os meros expurgos das capitalizações indevidas do custo de aquisição informado pela pessoa física fiscalizada acarretariam, certamente, um valor de custo para apuração do ganho de capital menor do que o considerado pela autoridade lançadora, o que seria prejudicial ao autuado.

26. À vista disso, não identifico impropriedade no critério utilizado pela autoridade fiscal para apurar o valor do investimento alienado, a ponto de invalidá-lo, não só diante da complexidade das operações envolvidas, como pela impraticabilidade da aplicação dos efeitos das capitalizações, realizadas sem suporte econômico, na composição do custo de aquisição vinculado às ações alienadas.

27. Expôs a fiscalização dois métodos alternativos para mensurar o custo individual das ações vendidas, os quais mantiveram a congruência e chegaram a valores bastantes próximos.

27.1 O custo total das ações alienadas considerado pela autoridade lançadora tomou por base a participação de cada acionista no acervo líquido da Pactual S/A, em 1º/12/2016, "holding" que detinha 100 % das ações do Banco Pactual S/A (fls. 978/991).

27.2 De forma acertada, excluiu o valor correspondente à distribuição de dividendos recebidos "a posteriori" pelos alienantes em 22/2/2007, por determinação contratual e referentes a lucros auferidos até 1º/12/2006, montante adicionado ao patrimônio da Pactual S/A, porém não podendo integrar o custo de aquisição.

28. O critério adotado pela fiscalização buscou coerentemente aproximar-se do valor mais fidedigno para o custo de alienação, equivalente ao capital social inicialmente aplicado pelos sócios, acrescido da disponibilidade existente no grupo e passível de capitalização. Por isso, parece-me adequada e legal a metodologia utilizada, levando em consideração a origem primária da riqueza produzida pela única empresa operacional do grupo, o Banco Pactual S/A.

29. Ao tomar como parâmetro as cotas da pessoa física nas ações que integravam o patrimônio líquido da última "holding" incorporada, Pactual S/A, líquido dos dividendos distribuídos, resultou em um custo de aquisição no valor de R$ 23.512.874,34 (vinte e três milhões, quinhentos e doze mil, oitocentos e setenta e quatro reais, trinta e quatro centavos).

30. Por sua vez, a respeito do método utilizado na aferição do custo de aquisição, não há que se falar em arbitramento ao alvedrio da lei, haja vista que nenhum critério alternativo ou substitutivo ao legal foi usado pela fiscalização para a apuração da base de cálculo, diante da inaplicabilidade do art. 135 do RIR/99.

31. Exposto nesses termos, reconheço a validade do procedimento adotado pela fiscalização, mantendo o valor atribuído ao custo de alienação.

b) Multa qualificada

32. Faz parte do auto de infração a imposição de multa qualificada, no percentual de 150%, incidente sobre o tributo lançado, no contexto da constatação de fraude à fiscalização tributária.

33. A aplicação dessa multa no lançamento de ofício é regulada pelo art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Reproduzo abaixo os dispositivos, com as redações à época dos fatos geradores:

> ***Lei nº 9.430, de 1996 (redação anterior à Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)***
>
> *Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:*

(...)

II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(...)

Lei nº 9.430, de 1996 (redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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

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

(...)

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

(...)

34. Por sua vez, os arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, acima mencionados, estão assim redigidos:

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

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

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

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

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

35. A par do critério básico de aplicação da multa de ofício, equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) sobre o valor principal, a legislação prevê a denominada multa qualificada, em que há uma duplicação do percentual padrão, quando evidenciada pela fiscalização sonegação, fraude ou conluio, cuja gravidade do comportamento lesivo do infrator enseja um reprimenda punitiva mais severa, como forma de castigar o transgressor e desestimular condutas afins por parte de outros sujeitos passivos.

36. Para essa elevação do percentual básico é condição indispensável a acusação identificar elementos subjetivos na conduta do infrator, porquanto tanto a simulação quanto a fraude pressupõem o dolo, sendo insuficiente para cogitar da hipótese tão somente a materialidade da conduta.

37. Vale dizer que a sonegação, fraude ou mesmo o conluio devem possuir base probatória autônoma, pela qual se demonstra a vontade livre e consciente do infrator em praticar as condutas ilícitas, em prol de, ao final e ao cabo, viabilizar a supressão ou redução do tributo.

38. Pois bem. Não me parece que a autoridade fiscal desincumbiu-se do ônus de comprovar o agir doloso por parte do contribuinte com o intuito de fraude, o qual, como é sabido, não pode ser presumido.

39. A forma negocial escolhida pelas partes, com utilização de "camadas de 'holdings'" e incorporações às avessas, teve por objetivo a economia fiscal, mediante a redução do custo de aquisição dos investimentos. Entretanto, estou convencido que o recorrente e os demais acionistas não levaram em conta exclusivamente o aspecto tributário na operação de alienação.

39.1 A meu ver, outras razões lícitas dão amparo a tal opção pela forma de estruturação do grupo empresarial, como organização, controle, estratégia e conveniência operacional para a realização da alienação de ações do Banco Pactual S/A, evidenciando uma forte probabilidade da existência de motivação negocial e busca dos efeitos econômicos decorrentes.

39.2 Lembro que as "holdings" foram criadas bem antes dos fatos apurados pela autoridade lançadora, não havendo indícios sérios e contundentes de que a arquitetura planejada visava escapar da tributação de uma forma ilícita.

40. Por outro lado, é incontroverso que houve transparência dos fatos narrados, possibilitando a identificação da intenção real das partes no que tange às operações realizadas. Todos os documentos e informações solicitados pela fiscalização foram disponibilizados, não havendo notícia de omissão ou dificuldades criadas pelo recorrente para que a extensão dos negócios chegasse ao conhecimento do Fisco, nem alegações de idoneidade da documentação ou falta de verdade nos esclarecimentos prestados.

40.1 De maneira que a autoridade fiscal identificou e reuniu os elementos necessários para qualificar os fatos, procedendo ao lançamento tributário segundo a sua interpretação da aplicação da lei tributária.

41. Acrescento ainda que não restou indubitável das provas trazidas aos autos que o contribuinte agiu com o dolo de infringir as normas tributárias, em especial com o intuito de burlar o prescrito no art. 135 do RIR/99.

41.1 Nesse sentido, observo que no Acórdão nº 2102-01.938, por exemplo, da relatoria da Conselheira Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, a 1ª Câmara da 2ª Turma Ordinária da 2ª Seção, por unanimidade, deu provimento integral ao recurso voluntário de contribuinte, relativamente a fatos jurídicos semelhantes àqueles sob apreciação neste processo administrativo.

41.2 É certo que se trata de uma decisão solitária, na medida em que os demais acórdãos existentes no âmbito do Carf não convalidaram o procedimento efetuado pelos acionistas pessoas físicas na venda de suas ações do Banco Pactual S/A, mantendo o crédito tributário, muitas vezes pelo voto de qualidade, a partir da reavaliação do custo das participações societárias, nos moldes em que realizada pela fiscalização.

41.3 De qualquer modo, salta aos olhos que a matéria tributária de fundo não contém um viés interpretativo único, podendo ser objeto de contestação jurídica, tanto que alguns julgadores reconheceram a legitimidade da redução do imposto sobre renda em face das normas de direito tributário.

42. É de se admitir, portanto, uma plausibilidade segura de que o contribuinte tinha a convicção, embora equivocada, de estar agindo segundo o permissivo legal, no contexto de um planejamento tributário lícito e permitido, como vem defendendo desde o início do contencioso administrativo, com a inexistência de ocultação dos fatos ou do propósito negocial acordado entre as partes.

43. Como cediço, a divergência na interpretação da legislação tributária, que resulta na falta de recolhimento do tributo, não se equipara ao dolo. No caso dos autos, restam ausentes os elementos, em linguagem de provas, que demonstrem a existência de uma conduta consciente do sujeito passivo de saber e querer a prática de um ilícito tributário, elemento subjetivo imprescindível para que se possa caracterizar o intuito de fraude ou a sonegação.

44. Não demonstrada a ocorrência das condições que permitam a majoração da multa de ofício, até o importe de 150%, deve-se afastar a qualificação da penalidade oficiosa, reduzindo a multa para o patamar trivial em casos de lançamento de ofício, no percentual de 75%.

c) Incidência de juros sobre a multa de ofício

45. Ressalvo minha posição particular no sentido de que a cobrança de juros de mora sobre multa de ofício não é matéria que compõe o lançamento de ofício, o que resultaria, a rigor, na impossibilidade de apreciá-la no âmbito restrito ao litígio instaurado com a impugnação da exigência fiscal.

46. Todavia, é sabido que a maioria dos conselheiros da Turma é adepta do conhecimento da matéria. Portanto, por economia processual, passo diretamente a análise do mérito.

47. A incidência de juros de mora sobre multas encontra suporte no art. 161 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que veicula o Código Tributário Nacional (CTN). a seguir reproduzido:

> *Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*
>
> *§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.*
>
> *§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.*

48. O art. 161 está inserido no Capítulo IV do Título III do Livro Segundo do CTN, que versa sobre extinção do crédito tributário, especificamente na Seção II, a qual trata do pagamento, uma das formas de extinção do crédito tributário. A análise sistêmica não pode levar a outra conclusão senão que a expressão "crédito não integralmente pago no vencimento" refere-se ao crédito tributário em atraso, composto por tributo e multa, ou tão somente pela penalidade pecuniária.

48.1 É certo que multa não é tributo. Porém, a obrigação de pagar a multa tem natureza tributária, tendo recebido do legislador o mesmo regime jurídico, isto é, aplicando-se os mesmo procedimentos e critérios da cobrança do tributo, a teor do previsto no § 1º do art. 113 do CTN:

> *Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.*
>
> *§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.*

48.2 Completo a avaliação inicial destacando que o crédito tributário possui a mesma natureza da obrigação tributária principal, na dicção do art. 139 do CTN:

> *Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.*

49. Por seu turno, o § 1º do art. 161 do CTN estabelece que os juros de mora serão calculados à taxa de um por cento ao mês, salvo se a lei dispuser de modo diverso.

50. Em nível de lei ordinária, o art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, está assim redigido:

> *Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*

> *§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subseqüente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.*
>
> *§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.*
>
> *§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subseqüente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (grifou-se)*

50.1 Já o § 3º do art. 5º da Lei nº 9.430, de 1996, citado no § 3º do seu art. 61, acima reproduzido, contém a seguinte redação:

> *Art. 5º (...)*
>
> *§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subseqüente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.*

51. A expressão "débitos (...) decorrentes de tributos e contribuições", contida no **caput** do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, tem sido alvo de interpretações distintas. Acredito inapropriada, com a devida vênia, uma simples exegese literal e isolada desse dispositivo, devendo-se compreender o conteúdo e o alcance da norma jurídica nele contido como parte de um conjunto normativo mais amplo.

51.1 Como visto, o débito, ou o crédito tributário, não é composto apenas pelo tributo. Constatado o inadimplemento do tributo pelo sujeito passivo, no prazo concedido pela legislação, há a aplicação da multa punitiva, a qual passa a integrar o crédito fiscal. O atraso na quitação da dívida atinge não só o tributo como a multa de ofício.

51.2 Logo, tendo em conta que a finalidade dos juros de mora é compensar o credor pela demora no pagamento, tais acréscimos devem incidir sobre a totalidade do crédito tributário.

51.3 Ademais, o raciocínio exposto não implica a incidência da multa de mora sobre a multa de ofício, como parece dizer o art. 61. Ambas com viés punitivo, multa de mora e de ofício se excluem mutuamente, de maneira tal que a aplicação de uma afasta, necessariamente, a incidência da outra.

52. Desse modo, concluo que é devida e permitida por lei a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício lançada e não recolhida dentro do prazo, calculada com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic).

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do recurso voluntário e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para reduzir a multa ao patamar trivial em casos de lançamento de oficio (75%).

É como voto.

(assinado digitalmente)

Cleberson Alex Friess.