



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

Processo nº 12448.734758/2011-36
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2102-004.481 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de fevereiro de 2016
Matéria IRPF
Recorrente CARLOS EDUARDO DE MEDEIROS ROCHA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. LUCROS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM HOLDINGS. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

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

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO.

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

JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE

O art. 161 do Código Tributário Nacional CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o caput do artigo. É legítima a incidência de juros

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

Recurso Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

João Bellini Júnior - Presidente.

Alice Grecchi - Relatora.

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

Relatório

Para descrever a sucessão dos fatos deste processo até a apresentação da impugnação pelo contribuinte, adoto de forma livre o relatório do Acórdão proferido pela 21ª Turma da DRJ/RJ1, nº 12.47.753, constante em fls. 1.456/1.483:

Trata-se de lançamento de crédito tributário do Imposto de Renda da Pessoa Física – IRPF relativo aos anos-calendário 2006 e 2009, efetuado por meio do Auto de Infração lavrado em 10/10/2011 (fls. 1.323/1.329), em face do contribuinte acima identificado, no montante de R\$ 4.986.928,43, sendo R\$ 1.775.677,74, de imposto; R\$ 547.734,08 de juros de mora calculados até 30/9/2011 e R\$ 2.663.516,61 de multa proporcional calculada sobre o principal.

Consistiu a infração apurada na Omissão de Ganhos de Capital na Alienação de Ações/Quotas não Negociadas em Bolsa, cujos fatos geradores ocorreram em 31/12/2006 e 30/09/2009.

DO PROCEDIMENTO FISCAL E DO LANÇAMENTO

No curso do procedimento fiscal iniciado através do Termo de Início de Fiscalização do qual o Contribuinte foi cientificado em 16/6/2010 (fls. 20/23) foram emitidas intimações pela Auditoria-fiscal e apresentados documentos e esclarecimentos pelo Contribuinte. Relativamente a todo o procedimento fiscal desenvolvido, foi lavrado o Termo de Verificação Fiscal (fls.

1.279/1.322), parte integrante e indissociável do Auto de Infração, no qual foram consignadas, em síntese, as informações a seguir:

A ação fiscal teve como objeto a análise da operação de alienação das ações do Banco Pactual S/A, CNPJ nº 30.306.294/000145, de propriedade do sócio Sr. Carlos Eduardo de Medeiros Rocha, precedida por reorganização societária ocorrida entre sociedades holdings, as quais detinham todas as ações do Banco Pactual.

A referida reorganização consistiu na extinção das holdings que detinham participação societária no Banco, por meio de sucessivas incorporações às avessas, culminando com a alienação das ações do Banco Pactual diretamente pelos acionistas pessoas físicas da instituição. Por meio da reorganização societária foi adotado um planejamento tributário inconsistente, por meio do qual se verificou a majoração ilícita do custo das ações alienadas, gerando, como consequência, a redução indevida do ganho de capital tributável obtido pelo acionista pessoa física.

Verificou-se um acréscimo no custo das ações alienadas do Banco Pactual S/A pertencentes ao acionista Carlos Eduardo de Medeiros Rocha da ordem de 521%, 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 R\$ 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, R\$ 33.593.148,46, R\$ 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 R\$ 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 ex-acionistas, 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\$ 5.557.586,08, correspondente a 0,65% 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 ex-acionistas, 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 I o 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 ideia 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 recalculá-lo

imposto apurado referente à primeira parcela, deduzindo-se tal valor do custo.

Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais – Processo nº 12448.734759/201181, a qual se encontra em anexo, para comunicação ao Ministério Público da prática de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária.

DA IMPUGNAÇÃO

Cientificado do Lançamento em 20/10/2011, conforme Aviso de Recebimento dos Correios de fl. 1.330, o Contribuinte, por meio de seu advogado, apresentou Impugnação em 17/11/2011 (fls. 1.348/1.381), trazendo, em síntese, as seguintes alegações:

Do Auto de Infração

1. Antes da reestruturação, o impugnante era titular de investimentos representativos de 0,38% da Nova Pactual Participações Ltda (NPP), sociedade holding titular de investimentos representativos de 78,18% do capital de Pactual S.A. (PSA), também uma sociedade holding e titular de investimentos representativos de 100% do capital do Banco Pactual. Os demais 21,82% do capital social da NPP eram de propriedade de Pactual Holdings S.A., sociedade holding na qual o Impugnante não tinha qualquer participação.

2. Após a implementação da reestruturação, o Impugnante considerou que o custo de seus investimentos no Banco Pactual passou a ser de R\$ 17394185,5 e esse foi o valor utilizado como base para a quantificação de seu ganho de capital.

3. O Auto de Infração 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, entretanto, não há a indicação do dispositivo legal que teria sido infringido, o que nem poderia ser feito, pois os efeitos da reestruturação decorreram justamente da aplicação dos dispositivos legais em vigor.

Das Operações que Precederam a Venda do Banco Pactual e do Propósito das Mesmas

4. O Grupo Pactual era composto por diversas holdings, existentes há mais de 10 anos e constituídas em uma época em que os acionistas sequer cogitavam alienar seus investimentos no Banco Pactual. Os objetivos das holdings eram exclusivamente os de organizar o exercício do controle do Banco Pactual e propiciar uma distribuição adequada de seus resultados. Dessa forma, a alienação do Banco Pactual a terceiros faria com que as holdings se tornassem totalmente desnecessárias.

5. O caminho trilhado pelos acionistas para se tornarem vendedores do Banco Pactual foi o mais lógico, rápido e econômico dentre todos

disponíveis, sendo o acréscimo do custo de seus investimentos mera consequência de aplicação das normas em vigor.

6. Havia algumas opções para a realização do negócio diretamente pelos acionistas, tendo sido a opção pela incorporação reversa das holdings pelo Banco Pactual a mais conveniente do ponto de vista prático, operacional, negocial e fiscal. Desde que o art. 8º da Lei nº 9.532/1997 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. A rapidez com que as holdings foram eliminadas bem demonstra a eficiência da opção adotada pelos acionistas.

7. Assim, não procede a assertiva constante do TVF de que a Reestruturação foi realizada com o objetivo de ser utilizada pelos acionistas para aumentar indevidamente o custo de aquisição de seus investimentos no Banco Pactual.

Dos Efeitos das Incorporações Inversas 8. A Lei nº 6.404/1976 (LSA) define, em seu art. 227, a incorporação como a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Como regra, cabe à incorporadora aumentar seu capital social, sendo o aumento realizado pelo patrimônio líquido da incorporada e tocando aos acionistas desta última as ações representativas desse aumento de capital (art. 224, inciso I).

9. A incorporadora recebe um conjunto patrimonial e paga aos acionistas da incorporada pelo mesmo, em ações representativas do aumento de seu capital. 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 tem o mesmo custo de seus investimentos na incorporada, declarados extintos na incorporação.

10. 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.

11. 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. Por essa razão, é indiferente que, antes da incorporação, os lucros da incorporada sejam ou não capitalizados.

12. Nas incorporações inversas, a capitalização de lucros das incorporadas nos processos de incorporação por vezes não é perceptível de imediato, pois pode ocorrer de o capital da incorporadora permanecer o mesmo antes e depois da operação.

Com efeito, tome-se, por exemplo, situação em que: (i) a incorporadora/controlada tenha sido constituída no ano I, com o capital de R\$ 100.000,00; (ii) sua única acionista seja a incorporada/controladora, uma empresa sem nenhum passivo cujo único ativo sejam os investimentos na incorporadora/controlada (R\$ 100.000,00); (iii) a incorporadora/controlada tenha auferido lucros de R\$ 50.000,00 e promovido a capitalização dos mesmos.

13. Na incorporação, caberia à incorporadora/controlada aumentar seu capital em R\$ 150.000,00 (valor de patrimônio líquido da incorporada/controladora), atribuindo as ações representativas desse aumento aos acionistas da incorporada/controladora; em contrapartida desse aumento, os ativos da incorporada/controladora seriam transferidos à incorporadora/controlada mas, como a legislação brasileira não confere às ações representativas do capital da própria emitente a natureza de um ativo, as referidas ações seriam declaradas extintas e o capital social da incorporadora/controlada permaneceria inalterado. Assim, a situação patrimonial da incorporadora/controlada seria exatamente a mesma, antes e depois da incorporação.

14. Mesmo quando o capital da incorporadora/controlada permanece inalterado após a incorporação, ocorre aumento de seu capital e desaparecem as contas que refletem os lucros e reservas da controladora/incorporada, cuja capitalização seria apta a gerar acréscimo de custo para seus acionistas.

15. Antes da incorporação, os acionistas da investidora/incorporada seriam titulares de ações de empresa apta a distribuir dividendos no valor de R\$ 50.000,00, quando tivesse disponibilidades de caixa, e em condições de capitalizar seus lucros, elevando para R\$ 150.000,00 o custo dos investimentos.

16. Com a incorporação da investidora/incorporada, seus acionistas passariam a participar de empresa (a investida/incorporadora) sem lucros disponíveis e com capital social de R\$ 150.000,00. Assim, se o custo dos investimentos dos acionistas da investidora/incorporada não fosse elevado para R\$ 150.000,00, eles perderiam, com a incorporação, a oportunidade de receber dividendos ou mesmo bonificações que possibilitassem o aumento do custo de seus investimento até o montante do patrimônio líquido da invertida/incorporadora; ou seja, se o custo não fosse ajustado, o acionista passaria a registrar um deságio nos seus investimentos.

Esse fato evidencia, por si só, a ocorrência da capitalização dos lucros das incorporadas nos processos de incorporação e justifica o ajuste do custo dos investimentos dos acionistas da incorporada, com base no § único do art. 130 ou no art. 135 do RIR.

17. 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.

18. Os lucros de Nova Pactual foram distribuídos em bases desproporcionais e reaplicados na empresa, acertando as participações dos acionistas no patrimônio líquido antes da incorporação. Com esse procedimento, a participação indireta do Impugnante no Banco subiu de 0,30% (0,38% de 78,18%) para 0,65% (0,83% de 78,18%).

19. O capital de Participações foi aumentado em R\$ 686.000.000,00, mediante a conversão de créditos detidos por seus quotistas, créditos estes decorrentes do direito ao recebimento de lucros e, como nela se observa, a capitalização dos referidos lucros gerou significativa alteração nos percentuais de participações dos acionistas no capital da referida empresa.

20. As capitalizações de lucros verificadas antes das incorporações não representaram mero artifício para elevação do custo dos investimentos dos acionistas, pois (i) essa elevação ocorreria independentemente da capitalização prévia dos lucros e, no caso concreto, (ii) era essencial à adequada distribuição dos lucros de Participações.

Do Aumento de Custo Resultante da Reestruturação 21. Nas incorporações inversas, os acionistas da incorporada recebem ações da incorporadora por custo idêntico ao das ações da incorporada por eles detidas. Por outro lado, ocorre capitalização de lucros ou reservas eventualmente existentes na incorporada, passando o novo custo de aquisição das ações dos acionistas da incorporada a corresponder ao valor original de seu investimento, acrescido do montante dos lucros e reservas de lucros da incorporada, capitalizados no processo de incorporação.

22. O aumento do custo de aquisição dos investimentos do Impugnante no Banco Pactual se verificaria, quer houvesse deliberação expressa e específica no sentido da capitalização dos lucros das holdings como houve quer não.

23. Em se tratando da alienação de quotas ou ações e em sendo o alienante uma pessoa física, o custo de aquisição corresponde ao custo original do investimento acrescido do montante dos lucros e reservas de lucros capitalizados, nos termos do § 1º do art. 130 e do art. 135 do RIR.

24. A legislação em vigor prevê que a capitalização de lucros gera acréscimo de custo para os acionistas pessoas físicas, sem cogitar da natureza do lucro. O ajuste do custo dos investimentos do Impugnante decorre da aplicação da lei e não há como rejeitá-lo.

25. A Fiscalização limita-se a alegar que houve uma interpretação incorreta do art. 135 do RIR, por parte do Impugnante. Isso evidencia que, na verdade, o Auto baseia-se no inconformismo da Fiscalização quanto às consequências que a aplicação da lei trouxe no caso concreto.

26. As distorções apresentadas através dos quadros demonstrativos do TVF decorrem do texto da lei. De certa forma, a própria fiscalização reconhece esse fato, quando, para demonstrar a distorção, apresenta exemplos elaborados rigorosamente a partir da aplicação da lei.

27. Os ganhos de equivalência patrimonial integram o resultado do exercício da investidora e, conforme estabelece o §6º do art. 202 da LSA, os lucros do exercício devem ser integralmente distribuídos, ressalvada a possibilidade de serem retidos, nos termos dos arts. 193 a 197 da mesma lei.

28. A opção de eliminarem-se holdings mediante incorporações reversas era o caminho lógico, natural e admitido por lei para viabilizar a

venda das ações do BANCO pelos ACIONISTAS e o aumento do custo das ações do IMPUGNANTE foi mera consequência da adoção dessa opção, legítima e essencial à realização do negócio, diga-se de passagem.

29. O art. 22 da Lei nº 9.249/95, admite que, nas extinções de pessoas jurídicas, os bens de sua propriedade sejam restituídos a seus sócios ou acionistas pelos correspondentes valores contábeis.

30. Não cabe à fiscalização deixar de aplicar a lei por considerar que ela gera distorções injustificáveis. 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”.

Do Equívoco quanto ao Montante do Ganho de Capital Reduzido em Razão da Reestruturação

31. O montante dos lucros capitalizados soma-se ao custo dos investimentos a que correspondem, ainda que eles tenham sido reconhecidos em razão da aplicação do MEP. Assim, após a capitalização dos lucros existentes em Participações, o custo dos investimentos do Impugnante atingiu R\$ 10.919.650,00. Esse é, pois, o valor que deveria ter servido de ponto de partida para quantificação do ganho de capital auferido na venda das ações do BANCO, caso os efeitos da Reestruturação fossem negados.

32. Mesmo que a Reestruturação tivesse sido levada a efeito nas bases que o TVF consideraria adequada, os R\$ 10.919.650,00 corresponderiam ao custo dos investimentos do Impugnante no Banco.

33. A sustentação da Fiscalização de que o custo das ações do Banco deveria ser definido com base no valor do capital de Pactual, dele expurgada uma parcela dos lucros do Banco que seria distribuída aos Acionistas, em razão de usufruto então constituído, chega a causar perplexidade, se confrontada com as normas legais que tratam da matéria, segundo as quais o custo do investimento corresponde ao preço pago por sua aquisição, acrescido dos lucros e reservas de lucros atribuídos aos mesmos, em razão da realização de aumentos de capital da investida.

34. O procedimento adotado no Auto no sentido de partir da situação patrimonial de Pactual para definir o custo dos investimentos do Impugnante no Banco carece de base legal, como também carece o ajuste feito ao valor então encontrado, em razão da existência de usufruto sobre as ações do Banco.

Da Inexistência de Fraude e Abuso de Direito

35. Depreende-se do Auto que a fraude não estaria presente em ato específico, mas sim no resultado que, com a Reestruturação, o impugnante procurou atingir, qual seja, uma injustificada redução do montante do imposto a pagar.

36. A Reestruturação não foi realizada com esse propósito específico e seria levada a efeito, independentemente da economia fiscal que dela decorreu. O Auto não nega efeitos à Reestruturação, apenas rejeita um dos efeitos fiscais, qual seja, o cômputo no custo dos investimentos dos lucros capitalizados por Participações.

37. Assim, não há que se falar em fraude à lei, abuso de forma ou ilícito semelhante, mas sim em aplicação inadequada das normas legais que versam sobre a determinação do custo de investimentos, para efeitos de determinação de ganhos de capital.

38. Mesmo que os atos fossem praticados com abuso de direito, não poderiam ser classificados como fraudulentos e qualificados como ilícitos de natureza penal, pois para que haja abuso de direito os atos que sejam assim classificados devem observar a legislação em vigor. Se não observaram, o ilícito será de outra natureza.

39. Em 2001, a RFB reconheceu publicamente que a legislação em vigor não lhe oferecia armas para combater o planejamento fiscal, o que levou o Congresso a publicar a Lei Complementar 104/2001 que introduziu no CTN o parágrafo único do art. 116, que depende ainda de regulamentação.

40. O escopo das referidas normas foi atingir atos que, embora lícitos, fossem praticados com abuso de forma ou de direito. Aqueles praticados com observância da lei, mas com abuso de forma não podem ser rejeitados pela fiscalização, na medida em que a norma que lhe atribui esse poder ainda carece de regulamentação ou pelo menos não representam fraude ou simulação.

41. Não há no TVF, elemento que possa caracterizar a alegada fraude. Questiona o impugnante: onde está a informação falsa oferecida à fiscalização? Onde está a omissão quanto a fato que deveria ser obrigatoriamente declarado à fiscalização? Também não há uma única indicação de que os atos praticados foram ilógicos ou menos convenientes, em termos negociais, do que outros.

42. O único ponto suscetível de comportar discussão está na aplicação das regras do art. 130 e 135 do RIR. Se permanecer o entendimento de que o referido dispositivo legal não engloba a capitalização de lucros derivados da aplicação da MEP, o custo dos investimentos do impugnante no Banco foram superdimensionados, mas apenas por equívoco na interpretação da lei. Mas alegar que a Reestruturação foi concebida com evidente intuito de fraude é um absurdo.

43. Jamais se poderia ver fraude em procedimentos com as características da Reestruturação. Transcreve o Impugnante doutrina a respeito da matéria e destaca, por fim, que a participação do impugnante era extremamente reduzida, não tendo ele votos suficientes para fazer com que a Reestruturação ocorresse dessa ou daquela forma.

44. Não se alegue que a mera intenção do sujeito passivo de obter economia tributária caracterizaria “dolo” capaz de deflagrar a multa qualificada.

45. A participação do impugnante era extremamente reduzida, não tendo ele votos suficientes para fazer com que a Reestruturação ocorresse dessa ou daquela forma.

Da Inaplicabilidade da Multa Agravada

46. A aplicação da multa de 150% só justifica-se quando há evidente intuito de fraude, ou seja, quando o contribuinte age de má-fé e com claro propósito de violar conscientemente a lei.

47. A jurisprudência administrativa reserva a multa majorada apenas para casos em que haja tentativas de enganar, esconder, iludir a fiscalização. (Apresenta uma série de exemplos de acórdãos)

48. Por outro lado, jurisprudência administrativa é uníssona em rejeitar a qualificação da multa quando não for demonstrada pela autoridade fiscal, com precisão, a existência de falsidade ou omissões que a justifiquem. São citadas a Súmula nº 14 do Carf e diversas decisões proferidas pelo órgão administrativo.

49. Assim, tendo em vista que a fiscalização não comprovou e sequer apontou um único ato praticado pelo impugnante que pudesse configurar a fraude, fica evidente que não se verificaram no caso concreto os pressupostos para aplicação da multa qualificada.

50. Se o impugnante acreditava e acredita que a lei permitia a elevação do custo de seus investimentos, seu procedimento, ainda que equivocado, não denota consciente intuito de fraude.

Dos Juros sobre a Multa

51. 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.

Do Pedido

52. Requer o Impugnante, por fim, que seja julgado totalmente improcedente o Auto, com a consequente extinção do crédito tributário dele decorrente.

(g.n.)

A Turma de Primeira Instância, julgou improcedente a impugnação.

O contribuinte foi cientificado do Acórdão nº 12-47.753 da 21ª Turma da DRJ/RJ1 em 09/07/2012 (fl. 1.485).

Sobreveio Recurso Voluntário em 26/07/2012 (fls. 1.491/1.535), no qual, o contribuinte, em suma, ratificou as razões da impugnação.

É o relatório.

Passo a decidir.

Voto

Conselheira Relatora Alice Grecchi

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

Inicialmente, cumpre esclarecer que a matéria aqui tratada não é nova neste E. Conselho. Vários julgados analisaram as operações que resultaram na alienação de participações societárias do Banco Pactual à UBS. A fim de elucidar a questão, cito como exemplo, os acórdãos 2102-01.938, 2202-002.164, 2202-002.165, 2202-002.166, 2202-002.167, 2202-002.258, 2202-002.260, 2202-002.262, 2202-002.263, 2202-002.428 e 2802-003.285. Dá análise destes, verifica-se que apenas o primeiro dos acórdãos citados considerou totalmente indevido o lançamento; os demais deram parcial provimento ao recurso voluntário apenas para cancelar a qualificadora da multa.

O contribuinte alienou a participação societária que possuía no BANCO PACTUAL, representada por 7.371.501 (sete milhões, trezentas e setenta e um mil, quinhentas e uma) ações ordinárias, à empresa UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

pessoas físicas, após o recebimento dos recursos da pessoa jurídica operacional, e os acionistas somente podem aumentar capital na holding em que possuam participação direta. Finalmente a holding, com os recursos recebidos, poderá aumentar o capital da pessoa jurídica operacional.

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

[...]

Com efeito, como bem analisou a decisão de primeira instância, o procedimento adotado na reestruturação empresarial que culminou na alienação do Banco Pactual consistiu na atribuição às incorporações de efeitos que a estas não são atinentes, que geraram uma majoração indevida dos custos das ações alienadas e a conseqüente omissão de ganhos de capital. Isso porque, o aumento do custo de aquisição das ações não pode superar a

riqueza produzida pela sociedade. Desse modo, o planejamento tributário adotado capitalizou os mesmos dividendos por duas vezes, considerando que as reservas e lucros capitalizados por Nova Pactual Participações S/A e Pactual S/A são o resultado da equivalência patrimonial do Banco Pactual.

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

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

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

Entretanto, conclui a fiscalização, de forma acertada, que os aumentos de capital promovidos pelo interessado e utilizados como justificativa para esses aumentos de custo tiveram origem em um único fato econômico: o lucro obtido pelo Banco Pactual S/A, sendo que os demais aumentos de custo foram destituídos de qualquer amparo material e econômico. Pretendeu-se aumentar o custo do Banco Pactual não através de recursos, mas através de reflexos/imagens de recursos, o que se torna patente ao compararmos o aumento do patrimônio líquido do Banco Pactual no período de 31/12/2005 a 31/11/2006 (89%) ao acréscimo do custo de aquisição das ações do contribuinte na ordem de 521% (variando de R\$ 2.802.026,00 em 31/12/2005, para R\$ 17.394.185,50, na data da alienação ocorrida dezembro de 2006).

Tal desproporção se deu através de planejamento tributário desenvolvido a partir de reorganizações societárias envolvendo incorporações reversas sucessivas das Holdings que formavam o grupo empresarial precedido por capitalizações de lucros e reservas destas investidoras.

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

Todavia, no que tange a multa qualificada, da análise especificamente do Termo de Verificação Fiscal, constante em fls. 1.279/1.321 entendo que a fiscalização não logrou êxito em comprovar o dolo do contribuinte em sonegar e fraudar o erário Público, tal qual previsto nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502 de 1964, limitando-se apenas a argumentar

que através das operações societárias realizadas entre as empresas envolvidas, pretendeu o contribuinte simular e elevar o custo de aquisição da sua participação detida junto ao Banco PACTUAL S/A e alienada à UBS BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA.

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

Ou seja, o dolo é elemento específico da sonegação, da fraude e do conluio, que a diferenciada declaração inexata ou da falta ou pagamento a menor do tributo ou da

omissão de rendimentos, seja ela pelos mais variados motivos que se possa alegar. Dessa forma, o intuito doloso deve estar plenamente demonstrado, sob pena de não restarem evidenciados os ardis característicos da fraude, elementos indispensáveis para ensejar o lançamento da multa qualificada.

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

No planejamento tributário, quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

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

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

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

"Processo nº 12448.736211/201175

Recurso nº Voluntário

Acórdão nº 2802003.285 - 2ª Turma Especial

Sessão de 20 de janeiro de 2015

Matéria IRPF

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA
IRPF - Exercício: 2007, 2010*

*GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. LUCROS
ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE
EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM HOLDINGS.
INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO DO CUSTO DE
AQUISIÇÃO EM DESCOMPASSO COM O PARÁGRAFO
ÚNICO DO ART. 10 DA LEI 9.249/95 (ART. 135 DO RIR/99).*

*A sucessiva capitalização de lucros que são meros reflexos da
aplicação do método de equivalência patrimonial nas holdings,
seguidas de correspondentes incorporações reversas, não
ampara a aplicação do parágrafo único do art. 10 da Lei nº
9.249/95 (art. 135 do RIR/99) para fins de majoração do custo
da aquisição de ações a serem alienadas e consequente*

apuração de ganho de capital, por configurar conduta abusiva e dissociada dos fins visados pelo referido preceito legal.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICAÇÃO. EXISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL ACERCA DO DOLO. DESCABIMENTO.

Não restando suficientemente evidenciado que o contribuinte pautou sua conduta com o dolo de infringir as normas tributárias, não cabe perseverar a qualificação da multa de ofício.

[...]"

"Processo nº 18471.000009/2006-33

Recurso nº 154.824 Voluntário

Matéria IRPJ E OUTRO - Exs.: 2002 a 2004

Acórdão nº 107-09.601

Sessão de 17 de dezembro de 2008

[...]

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

[...]"

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

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

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

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

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO APLICABILIDADE - O art. 161 do Código Tributário Nacional - CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito ” a que se refere o caput do artigo Recurso especial negado. É legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC. Precedentes do Tribunal Regional da 4ª Região. Recurso Especial Negado." (Acórdão no 9202001.991.de 16/02/2012, relator: conselheiro Elias Sampaio Freire)

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

Processo nº 12448.734758/2011-36
Acórdão n.º **2102-004.481**

S2-C1T2
Fl. 1.553

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

(Assinado digitalmente)

Relatora Alice Grecchi