



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 12448.736150/2011-46
Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9202-005.235 – 2ª Turma
Sessão de 22 de fevereiro de 2017
Matéria IRPF
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
ANDRÉ FERNANDES LOPES DIAS

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

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

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

TAXA SELIC. JUROS DE MORA INCIDENTE SOBRE MULTA DE OFÍCIO. APLICABILIDADE.

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

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Patrícia da Silva (relatora), Ana Paula Fernandes e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe deram provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Patrícia da Silva (relatora), Ana Paula Fernandes e Fábio Piovesan Bozza (suplente convocado), que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Heitor de Souza Lima Júnior.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Patrícia da Silva – Relatora

(assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior – Redator-Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente em exercício), Maria Helena Cotta Cardozo, Patrícia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Fábio Piovesan Bozza (suplente convocado) e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Relatório

Trata-se de Recursos Especiais, de e-fls. 1.111/1.120 e 1.143/1.178, interposto pela Fazenda Nacional e pelo Contribuinte, em face do acórdão nº 2202-002.259, julgado na sessão do dia 16 de abril de 2013, pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção, o qual deu parcial provimento ao Recurso Voluntário.

A decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF Ano-calendário: 2006, 2009 OMISSÃO DO GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. MAJORAÇÃO ARTIFICIAL DO CUSTO DE AQUISIÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS DE LUCROS REFLETIDOS NAS EMPRESAS HOLDINGS PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL.

É indevida a majoração do custo de aquisição na capitalização de lucros ou reservas de lucros apurados na empresa investidora pelo Método de Equivalência Patrimonial refletidos nas empresas holdings investidoras, do mesmo lucro da sociedade investida, disponível para capitalização ou retiradas.

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societário alienada, mediante a capitalização indevida de lucros e reservas refletidos da investidora, decorrentes dos ganhos avaliados pelo método da equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, devem ser expurgados os acréscimos indevidos, ou apurado o custo de aquisição da participação societária em função do patrimônio líquido da sociedade alienada, com a conseqüente tributação do efetivo ganho de capital.

MULTA QUALIFICADA. DOLO OU FRAUDE Incabível a multa qualificada quando não restar comprovado de forma firme e estreme de dúvidas o dolo específico ou fraude do sujeito passivo no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente

a ocorrência do fato gerador, de excluir ou modificar as suas características essenciais.

Incabível a incidência de juros sobre a multa de ofício por falta de previsão legal.

Na origem, trata o presente processo de Auto de Infração relativo a IRPF, anos-calendário 2006 e 2009. A fiscalização apurou omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa, com aplicação da multa qualificada de 150%.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, e-fls. 71/110:

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. André Fernandes Lopes Dias, 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 ó/A pertencentes ao acionista André Fernandes Lopes Dias da ordem de 199,83%, 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, conseqüentemente, 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\$ 756.1, 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\$ 855.014,67, correspondente a 0,10% 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 esquema 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 1º 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, n, 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.

Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais Processo nº 12448.738757/2011-61, a qual se encontra em anexo, para comunicação ao Ministério Público da prática de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária.

Diante de tal lançamento, a Contribuinte apresentou impugnação de e-fls. 917/951, alegando a insubsistência do Auto de Infração.

A 21ª Turma da DRJ de Rio de Janeiro/RJ, conforme acórdão nº 12-47.758, de e-fls. 958/985, julgou procedente o lançamento.

Intimado de tal decisão, houve a interposição de Recurso Voluntário, e-fls. 987/1.031, que foi julgado pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção, na sessão do dia 16 de abril de 2013, sendo dado parcial provimento ao recurso para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75% e excluir da exigência a taxa Selic incidente sobre a multa de ofício.

Após a decisão que deu parcial provimento ao Recurso Voluntário, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial de e-fls. 1.111/1.120, requerendo a reforma do acórdão recorrido para que seja restabelecida a qualificação da multa de ofício bem como a incidência dos juros SELIC sobre a multa de ofício.

Acórdãos ns. 101-96446 e 9101-00.539, utilizados como paradigmas, apresentam as seguintes ementas:

NULIDADE SIGILO BANCÁRIO – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001 INOCORRÊNCIA Não cabe alegação de quebra de sigilo bancário no caso de entrega

espontânea à fiscalização de extratos das respectivas contas obtidos pelo sujeito passivo diretamente dos bancos de que é cliente.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS *Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta corrente de depósitos ou investimentos, mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

PROVAS *As provas somente alcançadas após a impugnação devem ser consideradas em grau de recurso, e sua confirmação pela fiscalização produz o efeito de reduzir a matéria tributável.*

MÚTUO. COMPROVAÇÃO *A efetividade da realização de mútuo há que ser comprovada mediante prova da transferência dos recursos financeiros mutuados.*

LANÇAMENTOS CONEXOS. EFEITOS DA DECISÃO RELATIVA AO LANÇAMENTO PRINCIPAL *Em razão da vinculação entre o lançamento principal e os que lhe são conexos, as conclusões relativas ao lançamento do IRPJ devem prevalecer na apreciação da CSLL, do PIS e da COFINS, exceto quanto às arguições ou elementos de prova específicos.*

PIS E COFINS BASE DE CÁLCULO FATURAMENTO *Para poder pleitear a exclusão, da base de cálculo, das receitas omitidas, cumpre ao contribuinte provar que não são oriundas da atividade fim da empresa.*

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

É aplicável a multa de ofício qualificada de 150 %, naqueles casos em que restar constatado o evidente intuito de fraude. A conduta ilícita reiterada ao longo do tempo, descaracteriza o caráter fortuito do procedimento, evidenciando o intuito doloso tendente à fraude.

JUROS DE MORA SELIC *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº 4)*

ASSUNTO:IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário:2005,2006,2007,2008,2009

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. *Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas,sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço.*

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. *A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído,*

incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC.

Recurso especial negado. (Acórdão referente ao processo nº 16643.000421/2010-95)

Conforme despacho de e-fls. 1.122/1.126, o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional foi parcialmente admitido, para que seja rediscutida a exclusão dos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício.

Conforme termo de vista/cópia (e-fls. 1.135), através da DRF da 7ª Região Fiscal, o Contribuinte deu-se por intimado e dentro do prazo legal, interpôs Recurso Especial e apresentou Contrarrazões ao Recurso Especial da PGFN.

Em seu Recurso Especial de e-fls. 1.143/1.178, o Contribuinte pretende rediscutir: (i) a forma de apuração do custo de aquisição a ser considerado no cálculo do ganho de capital, relativamente à operação de alienação da participação societária do Contribuinte no Banco Pactual S/A a empresa do Grupo UBS.

De acordo com o despacho de e-fls. 1.222/1.225 foi dado seguimento ao Recurso Especial do Contribuinte.

As Contrarrazões apresentadas pelo Contribuinte, e-fls. 1.208/1.214, requer que o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional seja julgado improcedente.

Por sua vez, a Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões, e-fls. 1.227/1.234, requerendo que seja negado provimento ao Recurso Especial do Contribuinte.

Assim, está em análise as seguintes matérias:

(i) a forma de apuração do custo de aquisição a ser considerado no cálculo do ganho de capital, relativamente à operação de alienação da participação societária do Contribuinte no Banco Pactual S/A a empresa do Grupo UBS;

(ii) juros de mora sobre a multa de ofício.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Patrícia da Silva - Relatora

Para fins de análise deste colegiado informo:

Tabela 2			
Empresas	Custo das ações/quotas em 31.12.2005	Créditos capitalizados em 2006	Natureza
PACTUAL PARTICIPAÇÕES S/A	132,00		
NOVA PACTUAL PARTIC. S/A		1.567.362,00	Crédito Capitalizado – Lucros
PACTUAL S/A		996.089,00	Dividendos Capitalizados
Cisão Parcial PSA vertendo acervo a Capital Partners Part. Ltda		(5,00)	
TOTAL	132,00	2.563.446,00	2.563.578,00

Tabela 3 - DEMONSTRATIVO DO GANHO DE CAPITAL

Data da alienação	01.12.06
Quantidade de ações ordinárias nominativas alienadas	1.134.079
Valor da alienação	R\$5.243.626,32
Custo de aquisição das ações do Banco Pactual S/A.	R\$855.014,67
Ganho de capital (total)	R\$4.388.611,65
Valor recebido pela venda em 2006 (38,8651%)	R\$2.037.942,46
Custo das ações correspondente à parcela recebida (38,8651%)	R\$332.302,31
Ganho de capital correspondente à parcela recebida em 2006	R\$1.705.640,15
Valor do IR devido (15%)	R\$255.846,02
Valor do IR apurado pelo sujeito passivo	R\$156.238,85
Diferença sobre o IR devido em 2006	R\$99.607,17
Valor recebido pela venda em 2009 (61,1349%)	R\$3.205.683,86
Custo das ações correspondente à parcela recebida em 2009 (61,1349%)	R\$522.712,36
Ganho de capital correspondente à parcela recebida em 2009	R\$2.682.971,50
Valor do IR devido (15%)	R\$402.445,73
Valor do IR apurado pelo sujeito passivo	R\$245.763,46
Diferença sobre o IR devido em 2009	R\$156.682,27

a) Recurso Especial do Contribuinte.

O Recurso Especial interposto pelo Contribuinte é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade razão pela qual o conheço.

Conforme Exame de admissibilidade de e-fls. 1.222/1.225, O Recurso Especial interposto pelo Contribuinte pretende a rediscussão da seguinte matéria:

(i) a forma de apuração do custo de aquisição a ser considerado no cálculo do ganho de capital, relativamente à operação de alienação da participação societária do Contribuinte no Banco Pactual S/A a empresa do Grupo UBS;

Assim, passo a análise da questão levantada pelo Contribuinte.

(I) a forma de apuração do custo de aquisição a ser considerado no cálculo do ganho de capital, relativamente à operação de alienação da participação societária do Contribuinte no Banco Pactual S/A a empresa do Grupo UBS.

Essa matéria não é nova no âmbito dessa E. CSRF, a título exemplificativo destaco os seguintes acórdãos: 9202-003.699, 9202-003.700 e os mais recentes 9202-003.960 e 9202-003.961.

Nas sessões passadas, cito os acórdãos 9202-003.699 e 9202-003.700, acompanhava o voto do ilustre Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira, porém, recentemente conforme acórdãos 9202-003.960 e 9202-003.961, acompanhei o posicionamento da ilustre Conselheira Ana Paula Fernandes no caso envolvendo a mesma operação.

Assim, reproduzo o voto da ilustre conselheira Ana Paula Fernandes proferido no acórdão 9202-003.961, como forma de manter o meu posicionamento em relação a matéria em questão.

I - RECURSO DO CONTRIBUINTE.

DA FORMA DE APURAÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO A SER CONSIDERADO NO CÁLCULO DO GANHO DE CAPITAL. DO ARBITRAMENTO. DA MANUTENÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Em sessão passada acompanhei o brilhante voto do eminente conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, contudo, com o passar as sessões, analisando detidamente os recursos de cada um dos processos que vêm sendo julgado nesta turma, bem como as sustentações orais proferidas, fui definindo um entendimento divergente.

Observando os casos já julgados, os quais são análogos ao processo que hora passo a julgar, não posso deixar de demonstrar minha enorme preocupação com a pacificação social. Afinal, a regras num Estado Democrático de Direito são definidas para serem cumpridas, mas para isso elas precisam ser claras, objetivas e não levantarem dúvidas a respeito de seu cumprimento. Isso garante a segurança jurídica e demonstra a seriedade de nossas Instituições.

No caso em tela, observo dois pontos a serem analisados no tocante ao auto de infração que deu origem a este processo. Primeiramente a utilização do artigo 135 (RIR) para ganhos advindos do Método de Equiparação Patrimonial - MEP, e em segundo momento a forma de constituição do auto de infração pela via do Arbitramento.

Quanto ao primeiro tópico, observo que há uma discrepância entre a interpretação dada pelo contribuinte e a que foi dada pela fiscalização, no tocante a regra do Imposto de Renda Pessoa Física, que define o que deve e o que não deve ser tributado nestas operações. E isso sim gerou grande dúvida a respeito de sua aplicabilidade.

Entendeu a Receita Federal que a extinção das sociedades holdings por meio de incorporações acompanhadas de capitalizações de lucros e reservas de lucros acumulados teria gerado uma majoração artificial dos custos de aquisição de investimentos detidos pelas pessoas físicas alienantes. E em

razão disso, tratou a Administração Pública por desconsiderar o efeito das capitalizações dos lucros advindos pelo Método de Equivalência Patrimonial.

Observo, portanto, que toda problemática reside na possibilidade ou não de capitalização de lucros advindos da aplicação do Método de Equivalência Patrimonial.

A questão levanta dúvidas. Tanto é verdade que a própria Administração Pública no momento de fiscalizar o imposto devido autuou os contribuintes com cinco teses distintas de interpretação da legislação fiscal-tributária para fins de cálculo do custo de aquisição.

Ora, se a mesma legislação, no caso em tela, especificamente os mesmos dispositivos legais, levou os fiscais, auditores da Receita Federal, a cinco interpretações distintas, isso nos leva a crer que não se trata de simples equívoco interpretativo, mas sim de dúvida razoável causada pela impropriedade do texto legal.

A celeuma citada se refere ao artigo 135 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000, de 1999), cuja regra matriz é o artigo 10 da Lei 9.249/95. Vejamos o que diz o comando legal, no trecho que interessa a lide:

Lei 9.249/95 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 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.

Segundo entendimento esposado por esta Turma anteriormente, o referido artigo não se aplicaria às bonificações decorrentes da capitalização de lucros formados com ganhos provenientes da aplicação do método de equivalência patrimonial, pois os lucros, cuja capitalização seria apta a gerar acréscimo e custo para o investidor, seriam aqueles capazes de atingir o patrimônio da pessoa física (o que excluiria aqueles advindos pelo MEP).

Contudo, o contribuinte alega que esta interpretação está dissociada da lei e dos conceitos de receita e lucro da legislação vigente, e que, ainda que fosse necessário que este atingisse o patrimônio da pessoa física, pois os ganhos do MEP são possíveis de chegar ao seu patrimônio, só não são obrigatórios dependendo de um fato de natureza exclusivamente financeira – disponibilidade de caixa ou da vontade da companhia.

Compulsando os autos e toda legislação aplicável, reconheço que assiste razão ao contribuinte. A literalidade da norma leva a

conclusão de que a capitalização de lucros implica um aumento do custo da correspondente participação societária. Observe-se que a lei fala em capitalização, logo isso se aplica a qualquer capitalização, uma vez que a lei não traz exceções.

Isso decore do fato de que a norma positiva não faz qualquer distinção quanto a forma ou modo que deve ser operacionalizada esta "capitalização" para que esse aumento corresponda a participação societária.

Entender assim gera incoerências no sistema jurídico e disfuncionalidades na tributação de operações? Pode ser que sim. Contudo isso decorre de impropriedade legal, não cabendo a Administração Pública dar a interpretação que lhe assiste para corrigir a impropriedade de um texto de lei, utilizando-se de fundamentos outros que não aqueles que se encontram no comando legal do dispositivo em apreço.

Para esclarecer, quando um investimento é contabilizado pelo Método de Equivalência Patrimonial, os lucros da sociedade investida traduzem-se em receitas da sociedade investidora. E o que são estas receitas? São resultados positivos ou ganhos de equivalência, que não configuram propriamente lucro da investidora, mas se consubstanciam como elemento positivo na formação deste, que a rigor, segundo a explicação de diversos especialistas contábeis, podem vir a existir ou não dependendo do conjunto de receitas de despesas desta sociedade. Os ganhos advindos do MEP advêm de um ativo classificado como investimento, e por esta razão realizam-se financeiramente num prazo mais longo que as demais receitas.

Então se os ganhos de MEP representam uma receita efetiva da investidora porque não estão sujeitas a incidência de imposto de renda e outros tributos? Isso ocorre por que a lei permite sua exclusão da base de cálculo dos mesmos, exclusão essa que não ocorre na base de cálculo do imposto de renda, quando o lucro provém de investimentos em controladas ou coligadas sediadas no exterior (Art. 74 da MP 2.153-35/2001).

Assim, as receitas de MEP não apenas integram o resultado do exercício da investidora como também devem ser distribuídos (Art. 202, §6º da Lei 6.404/76), embora em alguns casos haja autorização legal para que não o seja feito.

E para o bom deslinde desta questão é fundamental compreender, o que isso significa. Ou seja, como regra, os ganhos advindos pelo MEP devem ser distribuídos, mas, como estes correspondem a lucros não realizados, a Lei que regula o funcionamento das Sociedades Anônimas, faculta as companhias que estes lucros sejam mantidos em uma reserva específica, o que o contribuinte aduz ser possível com a finalidade de preservar a saúde financeira destas Sociedades.

Logo, se os ganhos de equivalência são suscetíveis de distribuição (prevista em lei), leva a conclusão que poderiam também gerar aumento de custo, quando capitalizados.

E sua ocorrência vai depender de fatores como Situação financeira da Sociedade ou até mesmo sua conveniência, uma vez que a distribuição de dividendos em bens é uma possibilidade legal prevista na Lei das Sociedades Anônimas.

A doutrina do Direito tributário também compreende deste modo. Vejamos o que diz o ilustre professor Heleno Taveira Torres:

Ao tempo que o instituto da capitalização de lucros corresponde, legalmente, ao acréscimo do custo da participação dos sócios que decidem por não distribuí-los, apenas a diferença entre o novo custo (majorado) e o valor recebido, quando da venda de participação societária, gerará ganho de capital, a ser tributado pelo Imposto de Renda. Entendimento diverso fere a legalidade, a condicional', no país, o exame da capacidade contributiva. Importa considerar que o caso em tela não envolve a utilização artificial de "empresas veículo", com vistas ao aumento irreal dos custos de aquisição das participações societárias detidas pelo Consulente.

Embora meu entendimento pessoal seja de que o artigo 135 do RIR seja uma forma inadequada de tratar os ganhos advindos do MEP, justamente pela possibilidade de admitir a duplicidade (a meu ver imoral) de aproveitamento de custos, que foi muito bem demonstrada no voto que acompanhei em sessões anteriores, ainda assim é uma forma legal, cujas distorções econômicas foram geradas pela literalidade do texto de lei, cujo regimento interno deste Conselho me impede de afastar vigência.

Ou seja, por mais imoral ou excessiva que seja a duplicidade de aproveitamento de custos realizada pelo contribuinte, não cabe a este conselho administrativo, alterar o texto da lei por meio de construções interpretativas, com a finalidade de corrigir impropriedades, com as quais deveria ter sido mais cauteloso o legislador.

É princípio basilar do Direito Administrativo o respeito a legalidade. Assim, enquanto a Administração Pública só pode fazer o que está previsto em lei, ao Administrado, no caso em tela Contribuinte, é possível fazer tudo aquilo que não é proibido.

Ainda, para Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza" (MIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005).

A Legalidade é intrínseca a idéia de Estado de Direito, pensamento este que faz que ele próprio se submeta ao direito, fruto de sua criação, portanto esse é o motivo desse princípio ser tão importante, um dos pilares do ordenamento. É na legalidade que cada indivíduo encontra o fundamento das suas prerrogativas, assim como a fonte de seus deveres. A administração não tem fins próprios, mas busca na lei, assim

como, em regra não tem liberdade, escrava que é do ordenamento.

O Princípio da Legalidade é uma das maiores garantias para os gestores frente o Poder Público. Ele representa total subordinação do Poder Público à previsão legal, visto que, os agentes da Administração Pública devem atuar sempre conforme a lei. Assim, o administrador público não pode, mediante mero ato administrativo, conceder direitos, estabelecer obrigações ou impor proibições aos cidadãos. A criação de um novo tributo, por exemplo, dependerá de lei. Do mesmo modo, a limitação de direitos não poderá ser feita por via de interpretação mais gravosa que aquela propriamente estabelecida na norma.

Na fiscalização, o Princípio da Legalidade possui atividade totalmente vinculada, ou seja, a falta de liberdade para a autoridade administrativa. A lei define as condições da atuação dos Agentes Administrativos, determinando as tarefas e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas.

Por fim, esse princípio é vital para o bom andamento da Administração Pública, sendo que ele coíbe a possibilidade do gestor público agir por conta própria, tendo sua eficácia através da execução jurídica dos atos de improbidade, evitando a falta de vinculação à norma e, principalmente, a corrupção no sistema. Essa preocupação se faz constante para que seja atingido o objetivo maior para o país, o interesse público, através da ordem e da justiça.

Voltando para análise do caso concreto, vemos que os ganhos advindos do Método de Equivalência Patrimonial representam meras receitas da investidora, integram sua conta de resultados e são responsáveis pela formação de seu lucro. E não há qualquer menção na redação do artigo 135 do RIR que afaste seus efeitos do ganho de MEP, não há sequer dúvida a respeito, ao contrário, o artigo não coloca isso em discussão, não gerando, portanto, nenhuma dúvida de que o Contribuinte então possa fazê-lo. Até por que em diversos casos a Receita Federal permitiu isso. E não é admitido que a permissão ou proibição seja definida com base em quem tem vantagem com a conduta, pois, conforme já foi dito anteriormente, a Administração só cabe fazer aquilo que está previsto em Lei, não podendo interpretar a norma a seu bel prazer de acordo com o que lhe traga vantagem.

Por melhor que seja a construção jurídica utilizada pela Receita Federal, compreender e aplicar a lei diferente desse entendimento, consiste em tentar mudar por força de ato administrativo interpretativo, previsão disposta em lei, impondo ao particular uma proibição que não se encontra no texto legal. Seja por omissão ou vontade do legislador, o fato é que ele nada disse sobre isso.

Nesse ponto cabe citar o parecer jurídico do Professor Heleno Taveira Torres:

À guisa de complementação, as operações de aumento de capital social, mediante capitalização de lucros, devidamente garantida pelo método da equivalência patrimonial, caro à contabilização das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, como se verá adiante, bem conduziram, no caso, o Consulente ao aumento do valor nominal da participação societária. Trata-se de efeito civil de instituto de direito privado (Lei n. 6.404/1976, art. 169) precisamente mantido, nos mesmos moldes e sem quaisquer ressalvas, pelo legislador fiscal. nos termos do art. 135 do RIR/1999. Por força do art. 109 do CTN, tão lembrado neste Parecer. afiguram-se juridicamente impossíveis in casu quaisquer ajustes promovidos, em via interpretativa, pela Administração Fazendária. No que toca aos atos e negócios jurídicos praticados de acordo com as normas existentes, a função social dos contratos (CC/2002, art. 421), garantida constitucionalmente, ao lado da liberdade de iniciativa econômica, impedem a desconconsideração e a requalificação na situação sob exame. pelos agentes fiscais, sem observância do art. 149, VII do CTN.

Resta evidente que a Receita Federal já se deu conta da problemática que reside na literalidade do texto legal, contudo não cabe ao Poder Executivo, por meio de atos interpretativos da Administração Pública, Fiscalização e Conselho de Recursos Fiscais, corrigir eventuais distorções econômicas advindas da aplicação da lei. Observo, inclusive, que tal necessidade já chegou ao conhecimento do Poder Legislativo, que, por meio da MP n. 694/2015, tenciona tal ajuste.

Contudo, até que ele ocorra, não poderá ser imputado ao Contribuinte proibições, sanções ou quaisquer atos mais gravosos que aqueles “estritamente” constantes no texto de lei. Motivo pelo qual, em função da redação original da Lei (nunca alterada) julgo ser plenamente possível a sua utilização para ganhos advindos do emprego do método de equiparação patrimonial.

Por fim, impossível ignorar os apontamentos como muito bem ponderados pelo Professor Heleno Taveira Torres, ao analisar os fatos atinentes ao caso da reestruturação operada entre as sociedades holdings, que detinham investimentos do BANCO PACTUAL S/A, no qual pontua estarem devidamente escriturados todos os efeitos contábeis e fiscais, a exemplo da capitalização de lucros, decorrentes dos mencionados atos, os quais foram corretamente levados não só ao conhecimento do Fisco, mas, igualmente, do Banco Central do Brasil.

Desse modo, não restaria, à Administração Fazendária, outra opção, senão reconstituir o efetivo custo de aquisição do investimento detido pelo contribuinte na aludida instituição financeira, louvando-se nos elementos idôneos aos quais teve acesso, caso pretendesse validamente questionar a base de cálculo por este utilizada em auto lançamento, quando do cômputo do ganho de capital.

A alegação dada por àqueles que insistem em defender o contrário é a de que a adoção do método de interpretação sistemática proibiria a aplicação do artigo 135 do RIR aos

ganhos de MEP, o que elidiria a possibilidade de dupla capitalização, como a utilizada pelo contribuinte. Contudo, isso significaria permitir que a Fazenda Nacional desse a interpretação que lhe agrada ao dispositivo com fundamento de que este seria o interesse do Ordenamento Jurídico Tributário Nacional, quando analisado como um todo.

Pensar desse modo justificaria que normas positivadas fossem interpretadas sempre no sentido que melhor aprouver à administração, o que não é aceitável num estado que preza pela segurança jurídica e pela repartição dos poderes. Caso contrário a Administração Pública poderá legislar por via transversa, alterando a aplicação do texto de lei toda vez que lhe for conveniente, alegando adoção da interpretação sistemática, o que denota nítida e inaceitável interferência do Poder Executivo no Legislativo. “É princípio de hermenêutica que não pode o intérprete excepcionar quando a lei não excepciona, sob pena de violar o dogma da separação dos Poderes”. (REsp 1499898/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 24/03/2015)

Desse modo, em respeito ao princípio razoabilidade e segundo o princípio da legalidade - art.37, caput da Constituição Federal – “a Administração está, em toda a sua atividade, adstrita aos ditames da lei, não podendo dar interpretação extensiva ou restritiva, se a norma assim não dispuser. Desta forma, a lei funciona como balizamento mínimo e máximo na atuação estatal” (REsp 603.010/PB, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 8/11/2004).

Contudo, se não forem estas as razões para anulação do auto de infração em comento, ainda existe um segundo ponto que preciso analisar para concluir meu voto.

No tocante ao arbitramento de Imposto de Renda Pessoa Física sobre a alienação de participação societária do contribuinte, observo que a utilização do arbitramento, previsto no artigo 529 e seguintes do Decreto 3000/99 (RIR), gera dúvidas sobre a assertividade de sua aplicação no caso concreto.

O arbitramento é devido somente nos casos em que o contribuinte impede a fiscalização de ter acesso aos seus dados. Contudo não é o que ocorreu no caso em tela, pois verifico total transparência do contribuinte com os atos por ele levados a cabo na alienação de sua participação societária. A Receita Federal não tem como afirmar com as provas dos autos que houve qualquer ato por parte do contribuinte capaz de justificar a opção pelo arbitramento, conforme a previsão do RIR.

No Brasil, segundo Maria Rita Ferragut, “a tipificação dos fatos passíveis de serem tributados é rígida, não permitindo qualquer extensão infraconstitucional, estando a competência residual da União Federal (artigo 154,I, da Constituição Federal) excepcionada dessa regra desde que exercida obedecendo-se os limites impostos pela Carta Magna”(FERRAGUT, M. R. Presunções no Direito Tributário, 2001).

O agente administrativo detém competência para estabelecer critérios especiais para a prática de lançamento, por via do arbitramento, espécie do gênero lançamento de ofício, tendente a avaliar preços, bens, serviços ou atos jurídicos, sempre que inexistam documentos ou declarações do contribuinte, ou que, embora existentes não mereçam fé.

Contudo, nas palavras da especialista citada “a impossibilidade de comprovação direta da base originária é condição necessária para a aplicação de arbitramento”. Observo aqui que, não há nos autos qualquer situação de SIMULAÇÃO.

A análise de fatos concretos denota estarmos diante de uma estrutura previamente existente, que opta pela adoção de um caminho que lhe confere menor custo tributário, para levar a cabo seu intuito de permitir a distribuição desproporcional de lucros, entre os sócios na medida de contribuição de cada um para o êxito da atividade da instituição financeira sob consideração, o que consistiu em efetivo planejamento tributário, constituído dentro das normas legais.

E por isso, especificamente no que diz respeito à técnica jurídica do arbitramento, trata-se de GRANDE EQUÍVOCO utilizado nestes casos.

Registre-se, mais uma vez, que o aumento do custo de aquisição decorrente da capitalização de lucros e reservas, prevista no art. 169 da LSA, foi recepcionado, sem ressalvas, pelo legislador tributário, no art. 135 do RIR/1999, o que autoriza concluir que a Administração Fazendária infringiu o art. 109 do CFN.

E esse aumento de custo de aquisição decorre de operação aritmética de subtração entre o patrimônio final de um contribuinte, consistente em valores recebidos quando da alienação de ativos em dado espaço de tempo, e o Custo de aquisição destes.

E, no cômputo deste custo de aquisição, não podem ser desconsiderados, repita-se, os acréscimos legalmente admitidos no direito tributário vigente, ainda que por ficção jurídica; especialmente quando estes acréscimos decorrem de disposições legais expressas, mediante regular utilização de técnicas jurídico-contábeis, como é o Método de Equivalência Patrimonial em operação de reestruturação societária válida e, ademais, referendada pelo Banco Central do Brasil.

Trata-se de acréscimos decorrentes da recepção expressa de institutos privados, a exemplo da capitalização de lucros e reservas, prevista, sem quaisquer ressalvas, no art. 169 da LSA e arts. 135 e 383 do RIR/1999.

Está-se, portanto, diante de Auto de Infração que consigna crédito tributário (IRPF, somado a multa e juros) ilíquido, incerto e inexigível, por dois motivos:

1) Há permissão legal para que o contribuinte tenha seu custo de aquisição majorado por capitalização de lucros oriundos da aplicação de MEP.

2) Tendo em vista que os critérios jurídicos para formação da base de cálculo do imposto ora cobrado não foram respeitados no ato de lavratura do auto de infração entendendo este estar eivado de vício material, devendo este restar cancelado.

Assim, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte.

b) Recurso Especial da Fazenda Nacional

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade razão pela qual o conheço.

Conforme Exame de admissibilidade de e-fls. 1.122/1.126, O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional pretende a rediscussão de uma matéria: (i) a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

(i) juros de mora sobre a multa de ofício.

De acordo com julgamentos anteriores, nego provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, para reconhecer a ilegalidade da exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, em face da falta de previsão expressa em lei para tanto.

Como fundamento, adoto o voto da ilustre conselheira Cristiane Silva Costa no acórdão nº 9101-002.471:

Como manifestado em julgamentos anteriores, acolho o recurso especial para reconhecer a ilegalidade da exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, em face da falta de previsão expressa em lei para tanto.

Isto porque o caput do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, trata apenas dos débitos de tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal, verbis:

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 subsequente 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 subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no

*mês de pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998)
(Vide Lei nº 9.716, de 1998)*

O caput acima colacionado, ao dispor sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições tratou dos débitos decorrentes dos fatos geradores que originam a cobrança destes tributos e contribuições, isto é, os débitos dos tributos. Não tratou, assim, das penalidades decorrentes do descumprimento da obrigação tributária.

Acrescente-se que o §3º deste dispositivo legal trata da possibilidade de incidência de juros de mora sobre os débitos a que se refere o citado artigo, isto é, débitos de tributos e contribuições devidas à Receita Federal do Brasil - expressamente tratados pelo caput -, confirmando que não há previsão para incidência de juros sobre a multa de ofício.

Ressalte-se que os parágrafos de um artigo expressam aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo, ou exceções à regra por ele estabelecidas, conforme artigo 11, III, alínea "c", da Lei Complementar nº 95/1998:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: (...)III - para a obtenção de ordem lógica: (...)c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; Assim, a disposição do §3º, do artigo 61 deve se conformar ao caput deste dispositivo, regulando, assim, os débitos de tributos, contribuições e multa de mora.

É oportuno lembrar que o legislador expressamente previu a incidência de juros sobre multas isoladas, como se depreende do artigo 43, da mesma Lei nº 9.430/1996:

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.

Ao regular a multa de ofício, em sentido contrário, o artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 não estabeleceu expressamente a incidência de juros.

Nesse sentido, destaca-se a , redação do citado dispositivo, com redação vigente ao tempo do fato gerador tratado nestes autos (2007):

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte; § 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos; Ressalte-se que o Código Tributário Nacional trata de crédito tributário com dois sentidos diferentes, em alguns dispositivos tratando da obrigação tributária e a penalidade pelo descumprimento desta obrigação, como se observa dos artigos 121, 139, 142, em outros apenas como a obrigação tributária principal, como se verifica dos artigos 161 e 164.

Colaciona-se o artigo 164, do Código Tributário Nacional:

Art. 164. A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:

I - de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória; II - de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal; III - de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.

§ 1º A consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante se propõe pagar.

Ao dispor que cabe a consignação na hipótese de recusa ao pagamento "outro tributo ou de penalidade" evidencia que no crédito tributário tratado pelo artigo 164 não está incluída penalidade.

No mesmo sentido, dispõe o artigo 161, do Código Tributário Nacional:

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.

Note-se que o artigo 161, do Código Tributário Nacional, define a incidência de juros de mora, "sem prejuízo das penalidades", revelando que estas penalidades não compõe o crédito tributário na acepção expressa por este dispositivo.

O §1º do artigo 161 expressa "aspectos complementares à norma enunciada no caput" (conforme artigo 11, III, alínea "c", da Lei Complementar nº 95/1998) e, portanto, não infirma a conclusão

que a penalidade não está incluída no crédito como definido por este dispositivo.

Assim, voto em negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Patrícia da Silva

Voto Vencedor

Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior, Redator-Designado

Com a devida vênia ao voto da nobre Relatora, ousou divergir daquele, tanto quanto ao mérito do Recurso Especial do Contribuinte quanto ao mérito do pleito fazendário.

Início a análise pelo pleito do contribuinte, por haver, ali, litígio acerca do montante principal sobre o qual incidiriam os juros sobre multa de ofício, objeto do pleito fazendário, constituindo-se assim o primeiro em prejudicial à análise deste último.

a) Quanto ao Recurso Especial do Contribuinte:

Continuo a entender, a propósito, que a correta interpretação do dispositivo legal em questão, a saber o art. 135 do RIR/99, deve privilegiar a consistência do arcabouço normativo como um todo, a partir da adoção do método de interpretação sistemática, em detrimento da adoção de uma interpretação literal, que causa, *in casu*, relevantes e inaceitáveis inconsistências ("disfuncionalidades") no sistema tributário, permitindo, note-se, que se admita que uma série de capitalizações seguida de incorporações reversas multiplique o custo de aquisição de determinada participação societária, de forma a reduzir ou até a eliminar totalmente o ganho de capital apurado, quando de sua posterior alienação.

O assunto foi perfeitamente explorado pelo voto vencedor do Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos no âmbito do Acórdão 9.202-003.700, ao qual continuo a aceder, reproduzindo-o, em parte, a seguir, de forma a esclarecer o que aqui se defende e adotando o excerto a seguir aqui também como razões de decidir, *verbis*:

"(...)

Com efeito, a capitalização de lucros nada mais é do que uma operação que substitui o seguinte procedimento: (i) a distribuição do lucro, pela pessoa jurídica a seus proprietários, (ii) o imediato aumento de capital da pessoa jurídica, no valor do lucro distribuído e (iii) a subscrição e integralização do aumento de capital, por esses mesmos proprietários, com os recursos antes recebidos a título de distribuição de lucro.

Por outro lado, o método da equivalência patrimonial tem por objetivo refletir no patrimônio de uma pessoa jurídica controladora (ou coligada) de outra, o patrimônio e consequentemente o resultado da investida. Com efeito, ele serve para refletir a situação da investida no patrimônio da investidora.

(...)

Realizaremos, agora, a análise jurídica da legislação, sem perder de vista essas características ontológicas (a) da operação de capitalização de lucros e (b) do método da equivalência patrimonial.

Para fins de contextualização histórica da questão, cumpre referir que, nos termos da legislação anteriormente vigente, a capitalização de lucros, assim como a distribuição de ações bonificadas, não tinha qualquer efeito na determinação do custo de aquisição da participação societária dos proprietários da pessoa jurídica. Com efeito, naquele período:

- o lucro distribuído era passível de tributação; e*
- consequentemente, o custo de aquisição das participações societárias não era alterado quando da capitalização de lucros pela pessoa jurídica, inclusive no caso de distribuição de ações bonificadas, cujo valor de aquisição devia ser considerado como igual a zero.*

Nesse sentido, cabe referência aos arts. 727 e 810 do Decreto 1.041, de 1994.

(a) Art. 727 – lucros distribuídos até 1988 eram tributados:

Art. 727. Os dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, apurados em balanço de período base encerrado até 31 de dezembro de 1988, pagos por pessoa jurídica, inclusive sociedade em conta de participação, a pessoa física residente ou domiciliada no País, estão sujeitos à incidência de imposto exclusivamente na fonte, à alíquota de (Decretos-Leis n°s 1.790/80, art. 1º, 2.065/83, art. 1º, I, a, e 2.303/86, art. 7º parágrafo único):

...

(b) Art. 810 – o custo de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucro era igual a zero:

Art. 810. O custo de aquisição de títulos e valores mobiliários, de quotas de capital ...

§ 2º O custo é considerado igual a zero (Lei n° 7.713/88, art. 16, § 4º):

a) no caso de participações societárias resultantes de aumento de capital por incorporação de lucros ou reservas, apurados até 31 de dezembro de 1988;...

Repara-se aqui a coerência dos dispositivos acima referidos. Como, na época, a distribuição de lucros era tributada, a capitalização do lucro não alterava o custo de aquisição da participação societária. Assim, quando a participação societária fosse alienada, o valor do lucro capitalizado seria alcançado pelo ganho de capital.

Ora, a partir de 1996, temos uma clara mudança de tratamento na distribuição de lucro, que passou a não ser tributada, nem na fonte, nem na declaração de ajuste, nos termos do disposto no art. 10, da Lei n° 9.249, de 1995. Assim:

- o lucro distribuído deixou de ser tributado; e

- consequentemente, o custo de aquisição das participações societárias passou a ser alterado quando da capitalização de lucros distribuíveis pela pessoa jurídica, inclusive no caso de distribuição de ações bonificadas, cujo valor de aquisição devia ser considerado igual ao desse lucro capitalizado.

A seguir, encontra-se reproduzido o caput do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, e seu respectivo parágrafo.

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 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.

Repara-se, da mesma forma que no sistema vigente anteriormente, a coerência dos dispositivos acima referidos. Como a distribuição de lucros deixou de ser tributada, a capitalização do lucro distribuível passou a alterar o custo de aquisição da participação societária. Assim, quando a participação societária fosse alienada, o valor do lucro (distribuível isento e capitalizado) não seria alcançado pelo ganho de capital.

Portanto, conhecendo a razão histórica do surgimento da legislação, (que foi a alteração de tributação para não-tributação da distribuição de lucros), para compreensão da legislação, (a) afastamos a aplicação da interpretação literal e (b) entendemos como mandatória a aplicação da interpretação histórico/teleológica (acima discutida) e, sobretudo, da interpretação sistemática dos dispositivos relativos ao método da equivalência patrimonial, à distribuição e à capitalização de lucros. Ressalte-se aqui que todos esses métodos de interpretação convergem.

Especificamente quanto à interpretação sistemática é muito fácil perceber que não se deve considerar somente a leitura do parágrafo, mas também (e sobretudo) a leitura do caput do próprio artigo 10 da Lei nº 9.249, de 1995. Aliás, essa é uma regra hermenêutica básica, o parágrafo deve sempre se referir ao caput, sendo que sua consideração em separado gera problemas de contexto e, o que é pior, gera a famosa falácia de ênfase em que, se acentuando um aspecto da realidade, acaba-se por negar a própria realidade. Ora, no caput, é referido que os lucros ou dividendos pagos ou creditados é que não estarão

sujeitos à incidência do imposto de renda. Portanto, interpretando o parágrafo nos limites do que dispõe o caput, concluímos facilmente que a capitalização de lucros que tem o condão de alterar o custo de aquisição de participações societárias é aquela referente a lucros passíveis de efetiva distribuição aos sócios ou acionistas sem tributação.

Por seu turno, conforme já colocado no início desse voto, temos que o método da equivalência patrimonial teve por objetivo o reconhecimento de lucros de investidas, mesmo antes de sua distribuição.

Não se está aqui negando a existência de um lucro decorrente do ajuste de equivalência patrimonial, mas não podemos deixar de levar em conta o fato de o lucro não é efetivamente distribuído mais de uma vez. Com efeito, o lucro decorrente do ajuste por equivalência patrimonial, é somente o reflexo do lucro auferido pela pessoa jurídica operacional (investida), esse último sim, passível de efetiva distribuição.

Comprovando a conclusão acima, sabemos que a distribuição de lucro, registrado em decorrência do ajuste de equivalência patrimonial implica a necessidade de contratação de empréstimos ou distribuição de recursos aportados a título de capital.

Pois bem, devemos nos lembrar de que a própria operação de capitalização de lucros foi concebida como um atalho para substituição do complexo procedimento de (i) a distribuição do lucro, pela pessoa jurídica a seus proprietários, (ii) o imediato aumento de capital da pessoa jurídica, no valor do lucro distribuído e (iii) a subscrição e integralização do aumento de capital, por esses mesmos proprietários, com os recursos antes recebidos a título de distribuição de lucro.

Agora, a partir do que se encontra acima colocado, é possível chegarmos a uma conclusão quanto ao procedimento de aplicação da legislação, no tocante à atualização do custo da participação societária, em função da capitalização de lucros pela pessoa jurídica.

Considerando que a efetiva distribuição de lucros deve se dar a partir da pessoa jurídica operacional, essa distribuição, seguida de subscrição de aumento de capital nas empresas componentes de um grupo econômico (a pessoa jurídica operacional e suas holdings) deve ter por efeito patrimonial o aumento de capital em toda a cadeia de entidades relacionadas societariamente. Por óbvio não é possível distribuir mais de uma vez o mesmo lucro (o lucro e seus reflexos por equivalência patrimonial), portanto também não deve ser aceitável, pelo menos para fins fiscais, capitalizá-lo mais de uma vez.

A conclusão acima é inevitável, 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;

- já, a holding, somente pode distribuir o lucro aos acionistas, pessoas físicas, após o recebimento dos recursos da pessoa jurídica operacional;

- os acionistas, por sua vez, somente podem aumentar capital na holding, em que possuem participação direta; e

- por fim, a holding, com os recursos recebidos, poderá aumentar capital da pessoa jurídica operacional.

Ora, conseqüentemente, somente haverá capitalização de lucros efetivamente distribuíveis caso todas as pessoas jurídicas da cadeia societária (holdings e empresa operacional) realizem a capitalização. Ao contrário, 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, até mesmo porque os efetivos lucros da pessoa jurídica operacional ainda poderão ser distribuídos sem tributação (para os próprios sócios) ou para futuros adquirentes.

E, ainda, quando houver holdings mistas, com operações próprias, a capitalização de seus lucros, sem que tenha ocorrido a correspondente capitalização dos lucros das investidas, somente poderá ter efeito parcial na atualização do custo da participação societária de seus sócios. Isso é facilmente calculado com base na memória de cálculo abaixo:

() Lucro Existente no Patrimônio Líquido da Holding

(-) Lucro/Reservas Existentes na Investida (*) % de participação

(=) Lucro passível de distribuição pela Holding

(/) Lucro Existente no Patrimônio Líquido da Holding

(=) Percentual aceitável para aumento do custo da participação

(*) Valor do aumento de custo considerando o total do lucro capitalizado pela Holding

(=) Valor aceitável para aumento do custo

Repara-se que a memória de cálculo acima é simples, utilizando somente as quatro operações matemáticas e os dados constantes dos balancetes da holding e da correspondente investida, na data da capitalização de lucros. Ela atende a aplicação do disposto no Art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, tanto no caso de holdings mistas (com operações próprias), como no caso de distribuição diferenciada de lucros (em percentual diferente daquele da participação societária do acionista).

(...)"

Note-se que não se está, aqui, nesta linha de interpretação, se violando o princípio da legalidade ou se afastando a vigência de texto legal, mas, sim, interpretando-se o

dispositivo em análise de forma sistemática, a fim de que o arcabouço legal tributário permaneça sem inconsistências, de forma coerente, ainda, com uma interpretação teleologicamente adequada, sendo de se rechaçar que tenha o legislador tencionado criar inconsistências ou disfuncionalidades na tributação em questão (tais como a possibilidade de eliminação do ganho de capital pela realização de um ciclo de capitalizações e incorporações reversas), quando da edição do dispositivo em apreço.

Aplicando-se tal interpretação ao caso em questão, conclui-se que não deveriam ser considerados nenhum dos dois aumentos de custo computados pelo autuado decorrentes das capitalizações ocorridas em 2006, em Nova Pactual Participações S/A (no valor de R\$ 1.567.362,00), e de Pactual S/A (no valor de R\$ 996.089,00), uma vez que, note-se, o lucro da pessoa jurídica operacional (Banco Pactual S/A) permaneceu passível de distribuição isenta mesmo após tais operações, tendo assim permanecido até o momento da alienação da referida participação.

Considerando, todavia, ter a autuação se limitado a glosar parcela inferior ao somatório de ambas as capitalizações e vedada a esta altura a *reformatio in pejus*, entendo, assim, que é de se manter o custo concedido pela fiscalização, no valor de R\$ 855.014,67 (vide TVF à e-fl. 98).

Por fim inteiramente cabíveis ao caso em questão também as seguintes considerações adicionais, ainda constantes do referido voto condutor do Acórdão 9.202-003.700 e também aqui adotadas como razões de decidir, *verbis*:

"

Tenho plena convicção de que não se está aqui alterando critério jurídico, porque no lançamento e na respectiva impugnação encontram-se claramente fixados os limites da lide e não foram alterados. Com efeito, o fato e a acusação em debate estão perfeitamente descritos no termo de verificação fiscal e, na decisão, é precisamente esse fato que se analisa:

i. o fato é a alienação de participações societárias,

ii. a acusação é de insuficiência do recolhimento do tributo por erro na apuração do ganho de capital, por se entender que a capitalização de lucros refletidos em sociedades investidoras, pelo método da equivalência patrimonial, não teria o condão de alterar o custo da participação societária alienada.

iii. o que se apresenta aqui, sem qualquer inovação quanto ao fato analisado e a acusação originalmente feita, é o fundamento que este conselheiro entende ser suficiente para julgamento da acusação, em face das alegações do sujeito passivo.

Diferente seria o caso em que há uma acusação verificada insubsistente mas, por conta de outra infração, fosse mantido o tributo lançado, situação que não ocorre aqui.

Cumpre lembrar que o julgador não está vinculado ao fundamento das partes, somente não pode exarar uma decisão extrapetita, o que, conforme acima esclarecido, não ocorreu.

Finalmente, quanto ao pedido subsidiário da recorrente de não aplicação de penalidade e juros de mora, a partir do disposto no parágrafo único do art. 100 do Código Tributário Nacional e da

observância à Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, é de se ressaltar que, em nenhum momento, tal normativo dá suporte à interpretação do art. 135 do RIR/99 defendida pela autuada, a qual, na forma acima disposta, se entende aqui como totalmente equivocada. Assim, é de se manter a multa de ofício aplicada pela autoridade lançadora, bem como os juros de mora incidentes sobre o principal e sobre a multa de ofício, neste último caso em linha com o explicitado a seguir quando da análise do recurso especial de iniciativa da Fazenda Nacional.

(...)”

Note-se, por fim, também, que, em meu entendimento, não se está, aqui, diante de caso de arbitramento da base de cálculo, uma vez que, em nenhum momento, no caso em questão, se adotou critério especial ou substitutivo ao legalmente estabelecido para fins de determinação do custo de aquisição a ser computado quando da apuração do ganho de capital (base de cálculo do IRPF).

O que se discute aqui é: na situação fática em questão que abrange aumentos de capital de reservas oriundas do método de equivalência patrimonial, seguidos de incorporações reversas, quais parcelas podem ou não compor este custo, note-se, sempre mantido o critério de apuração da base de cálculo do tributo legalmente estabelecido, sem adoção de critérios alternativos ou substitutivos.

Rejeito, assim, se tratar, na situação fática, de arbitramento e, ainda, a ocorrência de vício material no auto, uma vez que, o critério jurídico para apuração da base de cálculo legalmente estabelecido foi plenamente obedecido, cabendo-se tão somente discussão acerca da valoração feita pela fiscalização e pelo autuado, para fins de aplicação do referido critério.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte, mantendo-se o custo de aquisição concedido pela autoridade lançadora de R\$ 855.014,67, dada a impossibilidade de *reformatio in pejus*, bem como mantida, também, a incidência da multa de ofício no patamar de 75%, consoante decisão *a quo*, acrescida esta última, também, de juros de mora calculados com base na taxa SELIC, consoante decisão que se segue acerca do pleito fazendário.

b) Quanto ao Recurso Especial da Fazenda Nacional:

Uma vez tendo me posicionado pela negativa de provimento ao pleito do contribuinte, me manifesto agora quanto ao pleito fazendário.

Quanto ao conhecimento do recurso da Fazenda, pelo que consta no processo quanto à sua tempestividade e às devidas apresentação de paradigmas e indicação de divergência, o recurso atende aos requisitos de admissibilidade e, portanto, dele conheço.

Adentrando o mérito quanto à matéria que permanece a esta altura em litígio (incidência de juros de mora sobre a multa de ofício), entendo inexistir, *in casu*, dúvida sobre a mencionada incidência, adotando como razões de decidir aquelas brilhantemente expostas pela ilustre conselheira Viviane Vidal Wagner, em seu voto vencedor na 1ª. Câmara Superior de Recursos Fiscais no Acórdão 9101-00.539, de 11 de março de 2010, *verbis*:

“

(...)

Com a devida vênia, ousou discordar do ilustre relator no tocante à questão da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

De fato, como bem destacado pelo relator, o crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária.

Em razão dessa constatação, ao meu ver, outra deve ser a conclusão sobre a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Uma interpretação literal e restritiva do caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.

Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.

*No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), **"interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito."***

Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:

"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74).

Dai, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o crédito tributário não pago integralmente no seu vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento.

Nesse sentido, no sistema tributário nacional, a definição de crédito tributário há de ser uniforme.

*De acordo com a definição de Hugo de Brito Machado (2009, p.172), o crédito tributário **"é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode***

exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)."

Converte-se em crédito tributário a obrigação principal referente à multa de ofício a partir do lançamento, consoante previsão do art. 113, §1º, 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 tributário dela decorrente."

A obrigação tributária principal surge, assim, com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, o que inclui a multa de ofício proporcional.

A multa de ofício é prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e é exigida "juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago" (§10).

Assim, no momento do lançamento, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tomando-se ambos obrigação de natureza pecuniária, ou seja, principal.

A penalidade pecuniária, representada no presente caso pela multa de ofício, tem natureza punitiva, incidindo sobre o montante não pago do tributo devido, constatado após ação fiscalizatória do Estado.

Os juros moratórios, por sua vez, não se tratam de penalidade e têm natureza indenizatória, ao compensarem o atraso na entrada dos recursos que seriam de direito da União.

A própria lei em comento traz expressa regra sobre a incidência de juros sobre a multa isolada.

Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei nº 9.430/96 quanto à incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora 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.

O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas os relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.

Nesse sentido, o disposto no §3º do art. 950 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99) exclui a equivocada interpretação de que a multa de mora prevista no caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96 poderia ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício:

Art. 950. Os débitos 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 (Lei no 9.430, de 1996, art. 61).

§1º. A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei no 9.430, de 1996, art. 61, § 1o).

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei no 9.430, de 1996, art. 61, § 2o).

§ 3º A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.

A partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário constituído pelo tributo mais a multa de ofício passa a ser acrescido dos juros de mora devidos em razão do atraso da entrada dos recursos nos cofres da União.

No mesmo sentido já se manifestou este E. colegiado quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

"JUROS DE MORA — MULTA DE OFÍCIO — OBRIGAÇÃO

PRINCIPAL — A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.(g.n.)

Nesse sentido, ainda, a Súmula Carf nº 5: "São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral."

Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, busca-se na legislação ordinária a norma complementar que preveja a correção dos débitos para com a União.

Para esse fim, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei no 9.065, de 1995.

A jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

***"REsp 1098052 / SP RECURSO ESPECIAL 2008/0239572-8
Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador
T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/12/2008 Data
da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008 Ementa PROCESSUAL
CIVIL. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO.
DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO
ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC.
LEGALIDADE.***

1. É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.

2. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo.

3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07)."

Ainda, quanto à taxa a ser utilizada para fins de aplicação dos referidos juros sobre a multa de ofício, em que pese o sólido posicionamento de alguns Conselheiros desta casa, no sentido de necessidade de adoção do art. 161, §1º. da Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN) em detrimento do art. 61 da Lei nº. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, entendo que, no âmbito administrativo deste Conselho, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal (dos quais não vislumbro se poder excluir os valores a título de multa de ofício) já foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

(...)

Cediço que de forma a se cogitar a aplicação do art. 161, §1º. do CTN, haveria de se afastar a aplicabilidade da referida Súmula à multa de ofício lançada, o que rejeito não só por se tratar, em meu entendimento, a multa de espécie do gênero "débito tributário", mas também, e especialmente, por verificar que dentre os Acórdãos que deram origem à referida Súmula, há situações em que a multa de ofício havia sido aplicada (e.g. Acórdãos 104-18.935 e 202-11.760), sem que se tenha, porém, ali, se afastado a aplicação de juros SELIC sobre referida multa de ofício, em detrimento da aplicação da multa no patamar de 1% ao mês, na forma proposta pelo entendimento alternativo ao aqui adotado.

Assim, concluo pela incidência dos juros de mora calculados pela taxa SELIC sobre a multa de ofício constante do lançamento e, destarte, dou provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional quanto à matéria que permanece em litígio no pleito.

Diante do exposto voto por negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte e dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior