



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 16327.001725/2010-52  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1402-001.141 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 8 de agosto de 2012  
**Matéria** AUTO DE INFRAÇÃO IRPJ E CSLL  
**Recorrente** SANTANDER SEGUROS S.A.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2005

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA. Nas operações estruturadas em sequência, deve a fiscalização apurar se cada uma das etapas realizadas tem propósito negocial. Caso não tenham, deve-se considerar, para fins tributários, o conjunto das operações como um todo e não as etapas isoladas.

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO EM CONTROLADA POR PESSOA JURÍDICA DOMICILIADA NO PAÍS. O ganho de capital na alienação de investimento em controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido corresponderá à diferença positiva entre o valor da alienação e o valor contábil do bem, apurado como a soma algébrica do valor do patrimônio líquido registrado na contabilidade, o ágio ou deságio na aquisição do investimento e a provisão para perdas que tiver sido computada como dedução na determinação do lucro real.

MULTA DE OFÍCIO. INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA. PESSOAS JURÍDICAS NÃO LIGADAS. Nos termos da súmula 47 do CARF, a pessoa jurídica incorporadora somente é responsável pelas multa de ofício, por infração cometida pela sucedida, quando provado que as sociedades estavam sob controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. Sendo a multa de ofício classificada como débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é regular a incidência dos juros de mora, a partir de seu vencimento.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir a incidência da multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Marcelo de Assis Guerra que dava provimento integral.

*(assinado digitalmente)*

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

*(assinado digitalmente)*

Antônio José Praga de Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Marcelo de Assis Guerra, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

## Relatório

SANTANDER SEGUROS S.A. recorre a este Conselho contra a decisão de primeira instância administrativa, que julgou procedente a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Transcrevo e adoto o relatório da decisão recorrida:

### 1. DA AUTUAÇÃO

Trata o presente processo de autos de infração (fls. 825 a 837), lavrados em procedimento de fiscalização, para a constituição de créditos tributários de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL do ano-calendário de 2005 relativos à empresa ABN Amro Brasil Dois Participações S.A. (ABN 2), CNPJ 05.515.360/0001-40, incorporada pela Santander Seguros em 30/09/2009 (fls. 13 a 28).

No Termo de Verificação Fiscal (fls. 801 a 824), informa a fiscalização que a autuação decorreu da falta de oferecimento à tributação do ganho de capital obtido pela ABN 2 na alienação de sua participação societária na Real Seguros S.A., CNPJ 33.164.021/0001-00.

#### 1.1. Dos fatos

Relata a fiscalização que, em 28/04/2005, a ABN 2 firmou contrato (fls. 242 a 294) com a Tokio Marine & Nichido Fire Insurance Co (TMNF), empresa sediada no Japão, CNPJ 05.711.001/0001-68, tendo por objeto a venda das ações

representativas de 100% do capital social da Real Seguros, de titularidade da ABN 2.

As partes convencionaram que, até a data de fechamento da operação, a Real Seguros transferiria, para a ABN 2, 50% do capital social da Real Vida e Previdência S.A. (Real Vida), CNPJ 04.884.104/0001-67 (da qual era titular de 100% do capital). O contrato também previa que a obrigação de entregar as ações objeto da venda poderia ser cumprida pela vendedora, afiliada ou pessoa ligada e que as ações poderiam ser entregues à compradora ou afiliada ou pessoa ligada por ela indicada.

Acrescenta a fiscalização que, em 28/06/2005, foi firmado um termo aditivo ao contrato supracitado (fls. 304 a 313), pelo qual a ABN 2 e a TMNF convencionaram que a ABN Amro Bank N.V. (ABN NV), empresa sediada na Holanda, controladora da ABN2, CNPJ 05.489.634/0001-73, seria a vendedora das ações e a Millea Holding Inc (MILLEA), empresa sediada no Japão, controladora da TMNF, seria a compradora, tendo sido efetuada a cessão de direitos da ABN 2 para a ABN NV e da TMNF para a MILLEA.

Referido termo aditivo previa a realização das etapas abaixo discriminadas para a transferência das ações objeto da venda.

Etapa 1 – cisão parcial da Real Seguros, de modo que os investimentos correspondentes a 100% da Real Capitalização S.A. e 65,10% da Real Vida fossem cindidos e segregados da Real Seguros e incorporados pela ABN 2.

Etapa 2 – aumento de capital da Real Vida no valor de R\$24.971.875,45, subscrito e integralizado pela Real Seguros, de sorte que, após o aumento de capital, a Real Seguros e a ABN 2 passassem a ser acionistas da Real Vida, cada qual detentora de 50% do seu capital social.

Etapa 3 – cisão parcial da ABN 2, de modo que o investimento correspondente a 100% da Real Seguros fosse segregado e destinado a uma nova pessoa jurídica resultante da parcela cindida (ABN 3).

Etapa 4 – incorporação da ABN 3 pela Real Seguros, passando a ABN NV a ser a única e direta acionista da Real Seguros, detendo 100% de suas ações.

Etapa 5 – aquisição pela ABN 2 da empresa holding brasileira Farag Participações (FARAG), CNPJ 07.081.424/0001-77, e aumento do capital social no valor de R\$9.900,00.

Etapa 6 – na data do fechamento, subscrição e integralização pela MILLEA de 10.000 novas ações preferenciais sem direito a voto, conversíveis em 963.736.987 ações ordinárias, emitidas pela FARAG no valor total de R\$963.736.987,53.

Etapa 7 – na data do fechamento, aquisição pela FARAG de 100% das ações da Real Seguros, de titularidade da ABN NV. Na sequência, conversão, pela MILLEA, das 10.000 ações preferenciais sem direito a voto em 963.736.987 ações ordinárias, tornando-se acionista controladora da FARAG.

O termo aditivo também estabelecia o valor de R\$963.736.987,53 como preço de compra das ações, devendo ser pago à vendedora o preço final de R\$960.088.650,66, face à dedução relativa à CPMF.

Relata a fiscalização que, em 07/07/2005, foi fechada a operação de compra e venda, tendo a FARAG recolhido como responsável tributário o IRRF devido pela ABN NV no valor de R\$95.747.743,26.

Nessa mesma data, foi aprovado o aumento do capital social da ABN 2 em R\$674.340.596,00, integralizado pela ABN NV.

Acrescenta a fiscalização que, em 31/10/2005, foi aprovada a incorporação da FARAG pela Real Seguros (incorporação reversa).

No parágrafo 10 do Termo de Verificação Fiscal (fls. 808 a 814, verso), a fiscalização sintetiza o conteúdo dos atos societários celebrados a fim de efetivar as etapas acima descritas.

## **1.2. Do planejamento tributário e de sua inoponibilidade ao Fisco**

Alega a fiscalização que planejamento tributário pode ser entendido como uma estratégia traçada pelo contribuinte para organizar seus negócios de forma a obter economia quanto ao pagamento de tributos e contribuições.

Assevera que a questão fundamental acerca do planejamento tributário consiste em avaliar, diante de uma determinada situação concreta, se os efeitos jurídicos que o contribuinte pretende extrair são ou não oponíveis ao Fisco. Não se trata de questionar integralmente a operação ou seus efeitos, visto que o Fisco não pode proibir o contribuinte de realizar reorganizações societárias. Trata-se apenas de inibir parcialmente sua eficácia no que diz respeito aos efeitos tributários.

Assim, ao se deparar com figuras clássicas de planejamento tributário, tais como operações estruturadas em sequência, utilização de empresa veículo, incorporação reversa, reorganização societária com geração de ágio, deve a fiscalização analisar se as operações são oponíveis ao Fisco ou não.

No presente caso, alega a fiscalização que verificou a utilização de duas empresas veículos: a ABN 3 e a FARAG. Argumenta que as empresas foram constituídas em 17/12/2004 e 29/10/2004, respectivamente, cada uma com capital social de R\$100,00, tendo os mesmos acionistas (Texpar Participações Ltda e Pacaembu Serviços e Participações Ltda.) e os mesmos diretores (Roberto Figueiredo Mello e Ricardo Campus Caiubi Ariani). Acrescenta que as empresas não registraram nenhuma atividade empresarial além das operações societárias em que estiveram envolvidas.

Sustenta a fiscalização que o único objetivo da ABN 3 foi o de transferir o controle direto das ações da Real Seguros da ABN 2 para a ABN NV, de modo a sujeitar a operação de venda das ações a uma tributação mais benéfica, consistente no ganho de capital auferido por empresa domiciliada no exterior na venda de ativo no Brasil (IR exclusivo na fonte à alíquota de 15%). Caso a venda fosse efetivada pela ABN 2, esta ficaria sujeita a IRPJ (alíquota de 15% mais adicional de 10%) e CSLL (alíquota de 9%).

A fiscalização alega que os atos societários que objetivaram transferir a participação societária na Real Seguros da ABN 2 para a ABN NV caracterizam-se como abuso de direito, visto que a contribuinte não apresentou motivo extratributário que justificasse tais operações.

Argumenta que esses atos também configuram fraude à lei, pois a contribuinte contorna a norma de incidência tributária que determina a tributação pelo IRPJ (15%

mais adicional de 10%) e pela CSLL (9%) do ganho de capital na alienação de bens e direitos do ativo permanente por pessoa jurídica residente no País para fazer incidir a norma de tributação de IR na fonte (15%) quando a pessoa jurídica vendedora tem domicílio no exterior.

Assim, conclui que os atos societários que tiveram a finalidade de transferir a participação na Real Seguros da ABN 2 para a ABN NV são inoponíveis ao Fisco.

Quanto à FARAG, alega a fiscalização que o único objetivo dessa empresa foi o de antecipar a amortização do ágio pela ocorrência de incorporação reversa (a empresa controlada Real Seguros incorporou a controladora FARAG em 31/10/2005). Argumenta que, caso a TMNF (ou a MILLEA) adquirisse diretamente a participação na Real Seguros, a amortização do ágio somente poderia ser feita em caso de alienação ou liquidação da participação acionária.

Sustenta a fiscalização que, ao se analisar um planejamento tributário, deve-se apurar a existência de um plano, o que terá por consequência a consideração, para fins tributários, do conjunto das operações como um todo e não de cada etapa isoladamente.

No caso em comento, alega a fiscalização que existe o contrato firmado entre a ABN 2 e a TMNF cujo objetivo é a venda de ações representativas de 100% da participação direta na Real Seguros e de 50% da participação indireta na Real Vida. Acrescenta que a materialização desse objetivo foi realizada por um conjunto de etapas definido no termo aditivo ao contrato de compra e venda de ações.

No caso, as etapas 1 e 2 tiveram como objetivo separar o ativo a ser vendido, as etapas 3 e 4 tiveram como objetivo tornar a ABN NV, sediada no exterior, dona das ações objeto da venda, a fim de viabilizar um enquadramento tributário menor, as etapas 5, 6 e 7 permitiram o pagamento da operação e o registro de ágio para posterior incorporação e amortização. Por fim, o valor recebido pela ABN NV retorna para a ABN 2 através de aumento de capital social pela acionista ABN NV.

Alega a fiscalização que apenas as etapas 1 e 2 tiveram motivação comercial, pois permitiram a segregação do negócio a ser vendido. Sustenta que as demais etapas não agregaram nenhuma vantagem comercial, operacional, societária ou regulatória, mas apenas o benefício de uma tributação menos onerosa.

Sustenta a fiscalização que ficou caracterizada a existência de um plano, como uma unidade formada por uma pluralidade de negócios, operações ou etapas. Assevera que a operação efetivamente realizada foi a venda pela ABN 2 de ações representativas de sua participação na Real Seguros, devendo ser considerado, para fins tributários, o negócio global, ou seja, deve ser tributado o ganho de capital da ABN 2, pessoa jurídica domiciliada no Brasil, relativamente a venda de investimento constante de seu ativo permanente.

Ante o exposto, a fiscalização apurou o ganho de capital, nos termos do art. 426 do RIR/99:

Valor da venda	960.088.650,66
(-) Valor do PL pelo qual o investimento está registrado na contabilidade da contribuinte	299.177.982,97
(-) Ágio na aquisição do investimento	2.802.273,46
(=) Ganho de capital	658.108.394,23

### 1.3. Dos autos de infração

Diante dos fatos acima descritos, foram lavrados autos de infração para a constituição de créditos tributários relativos ao IRPJ e à CSLL nos seguintes valores:

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor em R\$
Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)	Art. 3º, §2º, inciso IV, da Lei nº 9.718/98; artigos 247, 248, 251 e parágrafo único, 418 e 426 do RIR/99.	68.779.355,29
Juros de Mora (calculados até 30/11/2010)	Art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.430/96.	36.940.153,69
Multa Proporcional	Art. 44, I, da Lei nº 9.403/96.	51.584.516,46
TOTAL		157.304.025,44

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor em R\$
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)	Art. 2º e §§ da Lei nº 7.689/88; art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96; art. 37 da Lei nº 10.637/2002.	59.229.755,48
Juros de Mora (calculados até 30/11/2010)	Art. 28 c/c art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.430/96.	31.811.235,53
Multa Proporcional	Art. 44, I, da Lei nº 9.403/96.	44.422.316,61
TOTAL		135.463.307,62

## 2. DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada das autuações em 23/12/2010 (fls. 828 e 833), a contribuinte apresentou, em 21/01/2011, a impugnação de fls. 870 a 935, acompanhada dos documentos de fls. 936 a 987, apresentando as alegações sintetizadas a seguir.

### 2.1. Do planejamento tributário e das opções fiscais

Afirma a impugnante que planejamento tributário pode ser definido como o trabalho de interpretação realizado pelo aplicador do direito direcionado a oferecer opções ao contribuinte para a organização de suas atividades com o objetivo de obter uma economia tributária.

Com base na doutrina de Marco Aurélio Greco, alega que um planejamento tributário será válido se respeitados:

- os limites negativos, ou seja, inexistência de ilícitos típicos ou atípicos, e
- os limites positivos, ou seja, existência de motivo, finalidade, congruência e razoabilidade para a prática dos atos dentro do planejamento estratégico do empreendimento econômico.

Ainda segundo o mesmo autor, três conjuntos de condutas não configuram planejamento tributário. São elas:

- condutas repelidas, que englobam as hipóteses que configuram ilícitos;
- condutas desejadas ou induzidas, que englobam as hipóteses que configurem a utilização do tributo com finalidade extrafiscal; e
- condutas positivamente autorizadas, denominadas opções fiscais.

A impugnante afirma que as opções fiscais, consoante as lições de Marco Aurélio Greco, “*são alternativas criadas pelo ordenamento, propositalmente formuladas e colocadas à disposição do contribuinte para que delas se utilize, conforme a sua conveniência*”. Assevera a impugnante que a opção fiscal é uma hipótese de conduta positivamente autorizada pelo ordenamento, que permite ao contribuinte escolher um caminho ou outro, ainda que um deles seja menos oneroso.

## **2.2. Da cisão da ABN 2 (etapa 3 do aditivo ao contrato de compra e venda)**

Alega a impugnante que a cisão parcial da ABN 2 foi a melhor opção fiscal, dentre aquelas possíveis (a redução de capital seria a outra opção) para a segregação das ações da Real Seguros dos demais ativos da ABN 2.

A impugnante compara a cisão parcial com a redução de capital e conclui que ambas atenderiam ao objetivo pretendido, tendo esta última a desvantagem de produzir efeitos somente 60 dias após a publicação da ata da AGE que aprovou a redução e desde que não haja manifestação de credores opondo-se à operação.

Assevera que, nas duas opções, o resultado fiscal também seria idêntico, ou seja, haveria incidência de IRRF à alíquota de 15% na venda das ações da Real Seguros diretamente pela ABN NV.

Sustenta que a cisão da ABN 2, indicada na etapa 3 do aditivo ao contrato de compra e venda foi a melhor opção fiscal vislumbrada para a consecução dos objetivos pretendidos, pois era a forma (i) mais direta, rápida e eficiente de se efetivar a reestruturação societária, apresentando maiores vantagens negociais e procedimentais em relação à redução de capital, produzindo os mesmos efeitos e (ii) em termos societários, permitia transferir por sucessão os direitos e obrigações relativos ao acervo cindido.

Acrescenta que a criação da ABN 3 foi indispensável para a absorção da parcela cindida da ABN 2, não podendo ser considerada como empresa veículo.

## **2.3. Do cumprimento dos limites positivos e negativos do planejamento tributário**

A impugnante sustenta que a reestruturação societária realizada se caracteriza como legítima opção fiscal e não como planejamento tributário.

E, ainda que pudesse ser considerada como planejamento tributário, alega a impugnante que foram cumpridos todos os limites positivos e negativos para que o mesmo seja considerado válido.

Em relação aos limites positivos, ou seja, a existência de motivo, finalidade, congruência e razoabilidade para a prática dos atos, afirma a impugnante que a reorganização societária foi necessária para o alcance do objetivo pretendido pelas partes contratantes: a alienação das ações da Real Seguros.

Alega que o propósito negocial da reestruturação societária realizada foi a alienação dos segmentos de vida, previdência e seguros que não eram mais economicamente

interessantes à controladora ABN NV. Acrescenta que, em decorrência dessa alienação, foi possível à ABN NV fazer o aporte de capital na ABN 2, possibilitando a essa empresa investir em outras atividades e operações comerciais, em estrita conformidade com seu estatuto social.

A impugnante alega que a ABN 3 não pode ser considerada empresa veículo, pois sua criação foi necessária para a absorção da parcela cindida da ABN 2, conforme previsão contida no art. 229 da Lei nº 6.404/76.

Quanto à cessão de direitos e obrigações da ABN 2 e da TMNF para as empresas ABN NV e MILLEA, alega a impugnante que se trata de uma faculdade conferida às partes contratantes pelo art. 286 do Código Civil.

No que tange à FARAG, a impugnante argumenta que essa empresa foi adquirida pela ABN 2 em decorrência das tratativas com a parte compradora, que desejava manter em uma empresa holding o ativo adquirido, não podendo ser considerada empresa veículo.

E, ainda que se entenda que a criação da FARAG teve por intuito apenas viabilizar a amortização do ágio, o que se admite apenas a título argumentativo, alega a impugnante que essa suposta ilicitude lhe é absolutamente alheia e não pode ser invocada para invalidar a operação de compra e venda das ações da Real Seguros.

A impugnante alega que a fiscalização analisou isoladamente as etapas que compuseram a reestruturação societária, priorizando as “fotografias” em detrimento do “filme”. Sustenta que o “filme” da operação reflete seu propósito negocial e que as etapas (“fotografias”) tinham amparo legal e foram realizadas com o intuito final de vender as ações da Real Seguros.

Em relação aos limites negativos ao planejamento tributário, afirma a impugnante, citando o entendimento de Marco Aurélio Greco, que existem dois tipos de atos ilícitos que acarretam a invalidade do planejamento tributário:

- os ilícitos típicos, decorrentes de atos que afrontam diretamente preceitos legais, tais como a sonegação e a fraude, previstas nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/64; e
- os ilícitos atípicos, também denominados patologias do negócio jurídico, que decorrem do descumprimento de condutas permitidas por afetação a princípios do sistema jurídico, tais como a fraude à lei, o abuso de direito e a simulação.

Em relação aos ilícitos típicos, alega a requerente que os mesmos não ocorreram no caso em comento, tanto que não foram sequer mencionados pela fiscalização.

No que tange aos ilícitos atípicos, a requerente discorda do entendimento da fiscalização de que teria ocorrido abuso de direito e fraude à lei.

De acordo com a doutrina de Marco Aurélio Greco, o planejamento tributário se configura como abuso de direito quando a escolha do negócio jurídico menos oneroso tiver como única intenção a economia tributária.

Sustenta a impugnante que, no presente caso, não houve abuso de direito na reorganização societária questionada pela fiscalização, tendo em vista (i) a existência de propósito negocial na reorganização societária, (ii) a legalidade da opção fiscal (cisão parcial da ABN 2) para a implementação do objetivo pretendido pelas partes (segregação das atividades da Real Seguros para posterior venda) e (iii) a licitude da cessão dos direitos e obrigações das partes contratantes.

Ainda que tivesse ocorrido abuso de direito no caso em questão, alega a impugnante que a fiscalização não poderia aplicar esse instituto, típico do direito civil, para desqualificar o negócio jurídico praticado no âmbito tributário. Cita o entendimento de Alberto Xavier e de Heleno Torres no sentido de ser inaplicável a teoria do abuso do direito em matéria tributária.

No que tange a fraude à lei, alega a impugnante que a fraude à lei pressupõe a existência de uma norma cogente determinante de uma conduta, a qual é contornada pelo contribuinte para afastar a sua aplicação.

Sustenta que não houve a prática desse ilícito civil no presente caso, visto que a cisão parcial da ABN 2 foi uma opção fiscal plenamente válida e não um planejamento tributário.

Além disso, argumenta que a suposta norma contornada (tributação do ganho de capital pelo IRPJ e pela CSLL) não é uma norma proibitiva, requisito elementar para a configuração da fraude, conforme entendimento de Heleno Torres.

A impugnante também cita entendimento de Alberto Xavier no sentido de que a figura da fraude à lei é inaplicável em matéria tributária, pois a norma tributária não impõe nem proíbe a realização de determinado fato. Ressalta ainda que a figura da fraude à lei não pode ser aplicada por analogia ao campo tributário.

Sustenta a impugnante que não há que se falar em ilegalidade ou em qualquer patologia do negócio jurídico, visto que não havia qualquer norma que a impedisse de realizar as operações em análise; pelo contrário, havia normas permissivas que regulamentavam os requisitos e formalidades, que foram observados pela impugnante.

Ante o exposto, conclui que devem ser cancelados os autos de infração.

#### **2.4. Do erro na apuração do ganho de capital**

A impugnante alega que houve erro na apuração do ganho de capital, pois a fiscalização considerou o montante de R\$960.088.650,66 como valor de venda, sendo que o correto, no seu entender, seria R\$674.340.586,00.

A impugnante relata que a fiscalização considerou que ocorreu a disponibilidade econômica e jurídica dos rendimentos em 07/07/2005, data da AGE da ABN2 que deliberou pelo aumento de capital social em R\$674.340.586,00 (parágrafo 40 do Termo de Verificação Fiscal). Assim, por consequência lógica, argumenta que a fiscalização deveria ter considerado esse montante como valor de venda.

Alega a impugnante que houve evidente erro na apuração do IRPJ e da CSLL, impondo-se o cancelamento integral dos autos de infração face à iliquidez e à incerteza dos lançamentos.

#### **2.5. Da impossibilidade de lançamento de multa na hipótese de responsabilidade por sucessão**

A título argumentativo, ainda que se considere que houve infração, alega a impugnante que não poderia ser exigida a multa de ofício, pois a infração teria sido cometida por sua incorporada.

Sustenta que o art. 132 do CTN estabelece a responsabilidade da incorporadora somente em relação aos tributos devidos até a data da sucessão. Em relação às multas, alega que as mesmas somente podem ser transferidas à incorporadora se

constituídas antes da sucessão, pois nessa hipótese a multa já integraria o passivo da empresa sucedida.

Argumenta que, no presente caso, as multas de ofício foram lançadas em 22/12/2010, posteriormente à incorporação, que ocorreu em 30/09/2009, não podendo portanto ser exigidas.

A impugnante também sustenta que, à época dos fatos, a incorporada pertencia a grupo econômico distinto, sendo inaplicável ao caso a Súmula CARF nº 47, que considera cabível a imputação de multa de ofício à sucessora por infração cometida pela sucedida quando as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico ou estiverem sob controle comum.

A impugnante requer sejam exoneradas as multas de ofício, visto que foram lançadas após o evento de incorporação, sobre fatos de responsabilidade exclusiva da incorporada, não se admitindo a transferência dessas penalidades à incorporadora em razão de seu caráter personalíssimo.

## **2.6. Da ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa**

*Ad argumentandum*, requer a impugnante o cancelamento da exigência dos juros de mora sobre as multas de ofício por falta de previsão legal.

Argumenta que o art. 13 da Lei nº 9.065/95, que prevê a cobrança de juros moratórios com base na taxa Selic, remete ao art. 84 da Lei nº 8.981/95 que, por sua vez, estabelece a cobrança de tais acréscimos apenas sobre os tributos. Ressalta que multa é penalidade pecuniária, estando excluída do conceito de tributo previsto no art. 3º do CTN, pois tem natureza sancionatória. Ressalta que o art. 113, §1º, do CTN também diferencia tributo de penalidade pecuniária.

Assim, a impugnante conclui que a cobrança de juros sobre a multa desrespeita o princípio da legalidade, previsto nos artigos 5º, II, e 37 da Constituição Federal, devendo ser cancelada sua cobrança.

## **2.7. Do pedido**

Ante o exposto, a impugnante requer seja julgada procedente a impugnação, cancelando-se integralmente os autos de infração. Caso assim não se entenda, requer ao menos a exoneração das multas de ofício.

### A decisão recorrida está assim ementada:

*PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA. Nas operações estruturadas em sequência, deve a fiscalização apurar se cada uma das etapas realizadas tem propósito negocial. Caso não tenham, deve-se considerar, para fins tributários, o conjunto das operações como um todo e não as etapas isoladas.*

*PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. Não produzem efeitos perante o Fisco as operações realizadas sem propósito negocial, com o único intuito de reduzir a tributação incidente sobre a operação. A utilização de empresa veículo para a transferência de um ativo para empresa sujeita a tributação menos onerosa com a finalidade de aliená-lo em seguida permite sua **desconsideração para efeitos tributários.***

*PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ILÍCITOS ATÍPICOS. O abuso de direito e a fraude à lei configuram ilícitos atípicos, cuja ocorrência torna inválido o planejamento tributário, devendo ser aplicada a norma de tributação que a contribuinte pretendeu evitar.*

*GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO EM CONTROLADA POR PESSOA JURÍDICA DOMICILIADA NO PAÍS. O ganho de capital na alienação de investimento em controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido corresponderá à diferença positiva entre o valor da alienação e o valor contábil do bem, apurado como a soma algébrica do valor do patrimônio líquido registrado na contabilidade, o ágio ou deságio na aquisição do investimento e a provisão para perdas que tiver sido computada como dedução na determinação do lucro real.*

*LANÇAMENTO REFLEXO. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA. A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido em relação ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.*

*MULTA DE OFÍCIO. INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA. A pessoa jurídica incorporadora é responsável pelos créditos tributários da incorporada, respondendo tanto pelos tributos e contribuições como por eventual multa de ofício e demais encargos legais decorrentes de infração cometida pela empresa sucedida, mesmo que formalizados após a alteração societária.*

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. Sendo a multa de ofício classificada como débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é regular a incidência dos juros de mora, a partir de seu vencimento.*

*Impugnação Improcedente*

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual contesta as conclusões do acórdão recorrido, repisa as alegações da peça impugnatória e, ao final, requer o provimento.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais e regimentais para sua admissibilidade, dele conheço.

Trata o presente processo de auto de infração lavrado pela Delegacia Especial de Instituições Financeiras em São Paulo, pelo qual foram lançados créditos tributários do Imposto sobre a renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) referentes ao ano-calendário de 2005.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, a autuação decorreu da falta de oferecimento à tributação do ganho de capital obtido pela empresa ABN AMRO BRASIL DOIS PARTICIPAÇÕES S.A. – ABN 2 – na alienação da participação acionária que detinha da empresa REAL SEGUROS S.A..

Tendo em vista que a ABN 2 fora incorporada pelo contribuinte em epígrafe (SANTANDER SEGUROS S.A.), o auto de infração fora lavrado em seu nome com base em sua responsabilidade tributária.

Irresignado com a autuação fiscal, o contribuinte autuado apresentou impugnação onde alegou a licitude das operações societárias e negociais realizadas pela ABN 2. Ainda segundo ele: houve erro na apuração do ganho de capital; não é possível o lançamento da multa de ofício na hipótese de responsabilidade por sucessão; e, é ilegal a cobrança de juros sobre a multa de ofício.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I (SP) – DRJ-São Paulo I/SP – julgou improcedente o pleito e manteve incólume o lançamento realizado.

Vejamos detalhes da matéria em litígio, transcritas do voto condutor do acórdão recorrido:

“(…)

O caso em análise apresenta a seguinte situação: a ABN 2, empresa domiciliada no Brasil e controlada pela ABN NV (pessoa jurídica sediada na Holanda), era detentora de ações representativas de 100% do capital social da Real Seguros. Esta, por sua vez, detinha 100% das ações da Real Vida e 100% das ações da Real Capitalização.

**Em 28/04/2005, a ABN 2 celebrou, com a TMNF, Contrato de Compra e Venda de Ações (fls. 242 a 290) tendo por objeto as ações representativas de 100% do capital social da Real Seguros. Esse contrato também previa a reorganização societária da Real Seguros a ser efetivada antes do fechamento da operação de compra e venda, de modo a segregar (i) o negócio de vida e previdência distribuído por meio da Rede de Distribuição, (ii) o negócio de ramos elementares e de corretagem de seguros e (iii) o negócio de capitalização, além de transferir ações representativas de 50% do capital social da Real Vida para a ABN 2 ou pessoa ligada por ela indicada.**

Logo, o negócio jurídico pretendido pelas partes era bastante simples: (i) segregar da Real Seguros e transferir para a ABN 2 (ou pessoa ligada por ela indicada) 50% das ações da Real Vida e os ramos de negócios acima discriminados e (ii) em seguida, alienar para a TMNF as ações representativas de 100% do capital da Real Seguros (sendo esta detentora de ações representativas de 50% do capital social da Real Vida).

**Todavia, para implementar tais objetivos, as partes celebraram, em 28/06/2005, um Aditivo ao Contrato de Compra e Venda de Ações (fls. 304 a 313), no qual estabeleceram que a vendedora seria a ABN NV (empresa sediada na Holanda e controladora da ABN 2) e a compradora seria a MILLEA (empresa sediada no Japão e controladora da TMNF), tendo sido efetuada a cessão de direitos e obrigações da ABN 2 para a ABN NV e da TMNF para a MILLEA.**

Além disso, convencionaram que o negócio seria efetivado por meio das 7 etapas discriminadas abaixo, envolvendo duas outras empresas: a ABN 3 e a FARAG.

Etapa 1 – cisão parcial da Real Seguros, de modo que os investimentos correspondentes a 100% da Real Capitalização S.A. e 65,10% da Real Vida fossem cindidos e segregados da Real Seguros e incorporados pela ABN 2.

Etapa 2 – aumento de capital da Real Vida no valor de R\$24.971.875,45, subscrito e integralizado pela Real Seguros, de sorte que, após o aumento de capital, a Real Seguros e a ABN 2 passassem a ser acionistas da Real Vida, cada qual detentora de 50% do seu capital social.

Etapa 3 – cisão parcial da ABN 2, de modo que o investimento correspondente a 100% da Real Seguros (avaliado em R\$299.177.982,00) fosse segregado e destinado a uma nova pessoa jurídica resultante da parcela cindida (ABN 3).

Etapa 4 – incorporação da ABN 3 pela Real Seguros (incorporação reversa), passando a ABN NV a ser a única e direta acionista da Real Seguros, detendo 100% de suas ações.

Etapa 5 – aquisição pela ABN 2 da empresa holding brasileira Farag Participações (FARAG), CNPJ 07.081.424/0001-77, e aumento do capital social no valor de R\$9.900,00, integralizado pela ABN 2.

Etapa 6 – na data do fechamento, aumento de capital na FARAG, mediante a emissão de 10.000 novas ações preferenciais sem direito a voto no valor de R\$96.373,698753 cada, conversíveis em 963.736.987 ações ordinárias, subscritas e integralizadas em dinheiro pela MILLEA.

Etapa 7 – na data do fechamento, aquisição pela FARAG de 100% das ações da Real Seguros, de titularidade da ABN NV. Na sequência, conversão, pela MILLEA, das 10.000 ações preferenciais sem direito a voto em 963.736.987 ações ordinárias e aquisição de 10.000 ações ordinárias de titularidade da ABN 2, tornando-se única acionista da FARAG.

Por fim, em 07/07/2005, foi efetivado o aumento de capital social da ABN 2 em R\$674.340.586,00, mediante a emissão de 674.340.586 novas ações ordinárias, ao valor nominal unitário de R\$1,00, subscritas e integralizadas em dinheiro pela ABN NV. E, em 31/10/2005, a FARAG foi incorporada pela Real Seguros (incorporação reversa), tornando-se a MILLEA a controladora desta última.

Assim, foi atingido o objetivo pretendido pelas partes: a ABN 2 (por meio de sua controladora ABN NV) alienou sua participação na Real Seguros (depois da cisão de negócios) para a TMNF (por meio da FARAG, subsidiária integral da MILLEA).

A partir da descrição das operações realizadas no caso concreto, fica evidente que se trata de operações estruturadas em sequência, visto que o conjunto de operações tinha um objetivo único, sendo que cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.

Nesse caso, de acordo com as lições de Marco Aurélio Greco, deve-se verificar se há motivos autônomos para a realização das etapas. Se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas.

No caso em comento, as etapas 1 e 2 tiveram motivos autônomos, visto que materializaram a cisão de negócios da Real Seguros prevista no Contrato de Compra e Venda de Ações. Ao final da etapa 2, a Real Seguros era detentora de ações representativas de 50% do capital social da Real Vida, como previsto no contrato. A própria fiscalização entendeu que tais operações tiveram propósito comercial, conforme se verifica no parágrafo 17 do Termo de Verificação Fiscal.

As etapas 3 e 4 consistiram na cisão parcial da ABN 2 com a versão de sua participação acionária na Real Seguros para uma nova pessoa jurídica, a ABN 3 (etapa 3). Na sequência, a Real Seguros incorporou a ABN 3, tornando-se a ABN NV sua única acionista (etapa 4).

(...)” Grifei

Pois bem, pela análise dos fatos acima narrados, formei pleno convencimento de que o fato gerador do ganho de capital já havia ocorrido em 28/04/2005, o seja, estava perfeito e acabado, quando as partes celebraram, em 28/06/2005, o Aditivo ao Contrato de Compra e Venda de Ações (fls. 304 a 313), no qual estabeleceram que a vendedora seria a ABN NV (empresa sediada na Holanda e controladora da ABN 2) e a compradora seria a MILLEA (empresa sediada no Japão e controladora da TMNF).

Portanto, a constituição do crédito tributário principal, não merece qualquer reparo, conforme disposto nos art. 113 a 118 do Código tributário Nacional – CTN:

## **“CAPÍTULO II**

### ***Fato Gerador***

*Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.*

(...)

*Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:*

*I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;*

*II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.*

*Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:*

*I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;*

*II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.*

*Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:*

*I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;*

*II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.*

(...)” Grifei.

A interpretação sistemática dos dispositivos acima transcritos, especialmente das sentenças grifadas, autoriza concluir que uma vez celebrado o **Contrato de Compra e Venda de Ações (fls. 242 a 290)** sem qualquer condição de natureza suspensiva, não é possível “tornar sem efeito” a ocorrência do fato gerador, mediante posterior aditivo.

**À toda evidência, quando o ABN2 percebeu que poderia reduzir a incidência tributária na operação, buscou “consertar” a operação mediante o aditivo. Todavia, repito, o fato gerador já havia ocorrido.**

Caso o ABN2 houvesse realizado a cessão à ABN NV antes da alienação, o grupo poderia ter se beneficiado da tributação pela alíquota menor.

Outrossim, peço vênica para transcrever os bem articulados fundamentos das contrarrazões da Fazenda Nacional e adota-los como razões adicionais de decidir, em face das demais alegações recursais.

“(…)

**a) Do negócio principal.**

Antes de analisar detidamente as operações societárias e os negócios civis realizados entre as empresas do Grupo ABN e as do Grupo MILLEA, **deve-se determinar qual o negócio principal; aquele originalmente firmado e a partir do qual todas as demais operações e acordos foram realizados.** Deve-se delinear, assim, **a finalidade buscada com a realização de todas essas ações, o seu propósito negocial.**

Inicialmente, por propósito negocial, entende-se a lógica econômica que leva à prática de determinado negócio ou contrato. Por exemplo, quando uma pessoa adquire um imóvel com base na expectativa de sua rentabilidade futura, essa possível valorização ao longo do tempo é o propósito negocial da compra e venda realizada.

No caso ora em análise, **o propósito negocial de todas as ações realizadas pela ABN 2, junto com outras empresas do Grupo ABN e do Grupo MILLEA, foi a alienação, por essa empresa, das ações da REAL SEGUROS e da REAL VIDA E PREVIDÊNCIA S.A. – REAL VIDA. Com isso, a ABN 2 pretendia liquidar (“monetizar”) ativos do seu patrimônio.**

Assim, com base nessa finalidade, **a ABN 2 celebrou com a TMNFI, em 28/04/2005, o Contrato de Compra e Venda de Ações, cujo objeto era formado por 100% das ações da REAL SEGUROS e 50% das ações da REAL VIDA.**

De acordo com as informações prestadas pelo Recorrente, por motivos negociais, a ABN 2 não tinha mais interesse em controlar a REAL SEGUROS e parte da REAL VIDA. Ao invés do controle dessas empresas, a ABN 2 preferia vender tais participações acionárias e utilizar a remuneração recebida em outros objetivos empresariais.

Tal propósito negocial de todas as ações realizadas é inúmeras vezes citado pelo Recorrente, senão vejamos (fls. 14/15 do recurso):

*De fato, ao contrário do entendimento da Turma Julgadora, o objetivo pretendido com a reestruturação societária era a venda, de forma célere e eficiente, de um ativo representado pelas ações da Real Seguros S/A, detidas pela ABN 2 à Tóquio Marine, sendo necessário, para tal propósito, a segregação dos negócios de (i) vida e previdência distribuído por meio das redes de distribuição, (ii) ramos elementares e corretagem de seguro e (iii) capitalização.*

*(...)*

*De fato, os segmentos de vida e previdência e seguros, representados pelas ações da Real Seguros, não eram mais interessantes, negocial e economicamente à controladora ABN NV, razão pela qual o preço recebido pela venda desse ativo foi, por consequência, reinvestido em sua controlada ABN 2, mediante aporte de capital, possibilitando a esta empresa holding redirecionar as suas atividades em outras operações comerciais, em estrita conformidade com o seu estatuto social.*

*Nota-se, assim, que o objetivo da alienação das ações da Real Seguros era a monetização desse ativo, como o consequente reinvestimento do valor recebido pela ABN 2 em outros ramos de atividades.*

*Em outras palavras, a reestruturação societária levada a efeito pelas partes gerou apenas um “efeito permutativo” dos ativos. Vale dizer, houve a troca de um investimento detido por uma empresa holding (ações Real Seguros) em contrapartida de um aumento de capital realizado pela sua controladora (ABN NV), que lhe permitiu o cumprimento do seu objeto social: investimentos em outras sociedades.*

*Verifica-se, portanto, que não houve a retirada de um ativo de uma empresa operacional de forma atípica, como entendeu, equivocadamente, a Turma Julgadora no presente caso. (grifo nosso)*

Desta feita, é inconteste nos presentes autos que **o contrato de compra e venda de 100% das ações da REAL SEGUROS e 50% das ações da REAL VIDA, firmado entre a ABN 2 e a TMNFI, é o negócio principal; aquele a partir do qual o termo aditivo fora celebrado, assim como todas as demais operações societárias realizadas pelos Grupos ABN e MILLEA.**

**O propósito negocial de todas as operações societárias e negócios civis realizados se traduzia, assim, na venda pela ABN 2 (com o recebimento do correspondente pagamento) de bens constantes do ativo permanente do seu patrimônio.**

**Independentemente das ações que seriam adotadas, tanto pelo Grupo da empresa vendedora, como aquele da compradora, uma vez celebrada a compra e venda entre a ABN 2 e a TMNFI, a ABN 2 deveria “monetizar” os seus ativos que**

correspondiam a 100% das ações da REAL SEGUROS e 50% das ações da REAL VIDA.

Por oportuno, com base no negócio principal aqui definido, destaca-se a validade das etapas 1 e 2 realizadas pela ABN 2 junto com o seu Grupo econômico, pois, é incontroverso nos presentes autos que essas etapas se coadunam com o propósito negocial originalmente firmado. Por meio dessas etapas, a ABN 2 logrou segregar em seu patrimônio os bens que pretendia alienar.

Por certo, como já dito, o contrato de compra e venda originalmente celebrado tinha por objeto 100% das ações da REAL SEGUROS e 50% das ações da REAL VIDA. Contudo, como a REAL SEGUROS detinha 100% das participações acionárias das empresas REAL VIDA e REAL CAPITALIZAÇÃO S.A., a ABN 2 não podia simplesmente transferir a REAL SEGUROS a TMNFI. A ABN 2 tinha que, previamente, retirar da REAL SEGUROS 100% das ações da REAL CAPITALIZAÇÃO e 50% das ações da REAL VIDA.

Assim, tal segregação foi realizada pelas etapas 1 e 2 da reestruturação societária adotada. Por meio dessas operações (cisão parcial do patrimônio da REAL SEGUROS, com a absorção pela ABN 2 de 100% das ações da REAL CAPITALIZAÇÃO e de 65,10% das ações da REAL VIDA, seguida do aumento do capital social da REAL VIDA pela REAL SEGUROS), a ABN 2 logrou destacar dentro do seu próprio patrimônio 100% das ações da REAL SEGUROS, empresa esta que, por sua vez, acabou detendo 50% das ações da REAL VIDA. Assim, o objeto do contrato de compra e venda passou a ser simplesmente 100% das ações da REAL SEGUROS.

Dessa forma, demonstra-se até aqui o negócio principal que deu origem a todas as operações societárias e negócios civis que aqui serão discutidos. **Todas essas ações decorrem do contrato de compra e venda firmado entre a ABN 2 e a TMNFI, o qual procurava materializar a intenção da ABN 2 em alienar (“monetizar”) bens constantes do ativo permanente do seu patrimônio (100% das ações da REAL SEGUROS e 50% das ações da REAL VIDA).**

Dentre as operações constantes da reestruturação adotada, **aquelas das etapas 1 e 2 se coadunam com esse propósito negocial.** Elas apresentam relação com a finalidade negocial originalmente estabelecida.

Quanto às outras (3 a 7), as quais, por sua vez, decorrem do termo aditivo celebrado, como se verá adiante, não apresentam essa mesma “índole”.

#### **b) Do termo aditivo e a sua artificialidade.**

Como visto no item anterior, o negócio principal que fora firmado entre as empresas dos Grupos ABN e MILLEA se constitui na venda pela ABN 2 a TMNFI de 100% da participação acionária que detinha da REAL SEGUROS e de 50% das ações da REAL VIDA, a fim de alocar o correspondente pagamento em outros objetivos negociais. Para tanto, a ABN 2 teve que segregar esses bens do restante do seu patrimônio. Tal segregação foi materializada pelas etapas 1 e 2 da reestruturação societária adotada.

Assim, após a realização dessas etapas 1 e 2, **BASTAVA a ABN 2 vender a TMNFI (empresa do Grupo MILLEA) 100% da participação acionária que detinha da REAL SEGURO, receber, como contrapartida, o pagamento**

devido, e utilizar esses recursos como melhor pretendesse (investindo em novas empresas, enviando parte deles a sua controladora no exterior, etc).

Pronto! Seguindo somente essas duas primeiras etapas, o contrato de compra e venda teria sido cumprido, ao mesmo tempo que teria observado a sua finalidade prevista no ordenamento jurídico, qual seja: transferir a propriedade de um bem ou direito de uma pessoa para outra em troca de um pagamento.

Contudo, não foi isso o que aconteceu.

**Por razões estranhas ao propósito negocial previamente estabelecido**, fora lavrado um termo aditivo a esse contrato de compra e venda. **Por motivos que o contribuinte não consegue explicar, fora celebrado um aditivo ao contrato de compra e venda que desvirtuou por completo esse negócio principal. O termo determinou a transferência da propriedade dos bens que seriam alienados, mantendo, contudo, a compra e venda originalmente proposta.**

De fato, em 28/06/2005, fora assinado um Termo Aditivo ao Contrato de Compra e Venda de Ações entre a ABN 2, a TMNFI, a ABN NV e a MILLEA. Por meio desse termo, fora estabelecido que, em razão do contrato de compra e venda prever a possibilidade tanto da venda como da compra serem cumpridas por pessoas ligadas às partes contratantes, a ABN 2 iria ceder a ABN NV (sua controladora no exterior), a título gratuito, seus direitos e obrigações como vendedora das ações da REAL SEGUROS; assim como a TMNFI iria ceder a MILLEA (sua controladora no exterior), também a título gratuito, seus direitos e obrigações como compradora das ações da REAL SEGUROS.

Até aí tudo bem. As partes de um contrato de compra e venda podem ceder seus direitos e obrigações (cessão de crédito e/ou assunção de dívida). A ABN NV poderia promover em nome da ABN 2 mediante o devido instrumento de outorga de poderes, a alienação das ações da REAL SEGUROS. Por outro lado, a MILLEA poderia promover em nome da TMNFI o pagamento e o recebimento do bem alienado.

**No entanto, o que torna esse termo aditivo sem qualquer lógica negocial, principalmente se comparado àquela do contrato de compra e venda originalmente firmado, é a forma pela qual ele operacionalizou a cessão de direitos e obrigações. Não há qualquer propósito negocial a previsão de que a cessão dos direitos e obrigações da ABN 2 como vendedora a ABN NV se daria pela doação das ações da REAL SEGURO.**

Com efeito, tal como constatou o Termo de Verificação Fiscal (fl. 806), o termo aditivo previa que:

*(...) em decorrência da Cisão de Negócios, a ABN NV, será na Data de Fechamento a titular de fato e de direito das Ações Objeto de Venda devidamente autorizadas, totalmente integralizadas e livres e desembaraçadas de quaisquer ônus e gravames (exceto pela opção outorgada a acionistas minoritários em decorrência do desdobramento reverso de ações da Real Seguros aprovado na Assembléia Geral de 18 de abril de 2005) e que, portanto, a; ABN Dois e a TMNF decidiram, de mútuo e comum acordo que a ABN NV será a vendedora da totalidade das Ações Objeto da Venda, em conformidade com as disposições do Contrato de compra e Venda de Ações e do presente Aditivo; (grifo nosso)*

Ora, a cessão dos direitos e obrigações da ABN 2 como vendedora do contrato original **em nenhum momento exige a doação dos bens a serem alienados. O direito a receber o pagamento, assim como o dever de entregar a coisa é que podem ser transferidos.** E, para que o dever de entregar a coisa possa ser cumprido por pessoa estranha ao seu proprietário original, **não é indispensável a doação da coisa alienada, basta um simples instrumento de outorga de poderes para tanto.**

Vale ressaltar que a **doação das ações da REAL SEGUROS pela ABN 2 a ABN NV acaba por extinguir o contrato de compra e venda inicialmente pactuado com a TMNFI.** Por certo, não sendo mais seu, a ABN 2 não tem mais o alienar; não há mais o que trocar por pagamento; não há, assim, crédito a ser cedido.

Caso a ABN 2 pretendesse doar as ações da REAL SEGUROS a ABN NV, o instrumento a ser assinado não deveria ter sido um termo aditivo ao contrato de compra e venda que previa a cessão dos correspondentes direitos e obrigações. Mas sim, esse contrato de compra e venda deveria ter sido cancelado; as ações da REAL SEGUROS deveriam ser doadas a ABN NV; e, assim, a ABN NV poderia aliená-las a quem quisesse.

Vê-se, assim, **o completo descompasso existente entre o negócio principal firmado entre a ABN 2 e a TMNFI e o termo aditivo posteriormente celebrado entre essas empresas e a ABN NV e a MILLEA.** A doação prevista nesse termo não apresenta qualquer coerência com a compra e venda original, sequer com a cessão dos correspondentes direitos e obrigações.

Desta feita, como já pincelado em uma breve frase, **as etapas 3 a 7, as quais visaram materializar a cessão de direitos e obrigações decorrentes do termo aditivo (e a doação das ações da REAL SEGUROS), não apresentam qualquer relação com a compra e venda originalmente estabelecida entre a ABN 2 e a TMNFI. Essas etapas são incompatíveis com o negócio principal que, supostamente, lhes deram ensejo.**

**Da forma como o termo aditivo foi elaborado e concretizado, ele acabou por transferir a propriedade dos bens que seriam alienados, mantendo, contudo, a compra e venda originalmente pactuada.**

Nesse diapasão, registram-se aqui as etapas 3 a 7 da reestruturação societária planejada pelo Grupo ABN, agora em conluio com o Grupo MILLEA:

**Etapa 3** – a ABN NV cria no Brasil a empresa ABN 3;

**Etapa 3** – a ABN 2 cede seu patrimônio e transfere para a ABN 3 100% das ações da REAL SEGUROS (onde se encontram também 50% das ações da REAL VIDA);

**Etapa 4** – a REAL SEGUROS incorpora a ABN 3 (a ABN NV passa a deter de forma direta a propriedade das ações da REAL SEGUROS);

**Etapa 5** – a ABN 2 adquire a empresa FARAG;

**Etapa 6** – a MILLEA subscreve e integraliza R\$ 963.736.987,00 no capital social da FARAG, detendo 99,99% de seu capital social;

**Etapa 7** - a ABN NV aliena para a FARAG 100% das ações da REAL SEGUROS, recebendo em troca R\$ 963.736.987,00 (**pagamento da venda feito a ABN NV**);

**Etapa 7** – a ABN 2 aliena a MILLEA o 0,01% da participação acionária que detinha da FARAG;

**Etapa 7** – a ABN NV aumenta o capital social da ABN 2 em R\$ 674.340.586,00 (**devolução de parte do pagamento pela ABN NV a ABN 2**);

**Etapa 7** – a REAL SEGUROS incorpora a FARAG.

Assim, antes da etapa 3, o ativo do balanço patrimonial da ABN 2 apresentava, dentre outros, os seguintes bens:

Ativo
100% das ações da REAL SEGUROS
100% das ações da REAL CAPITALIZAÇÃO
50% das ações da REAL VIDA

Após a etapa 7:

Ativo
Caixa – R\$ 674.340.586,00
100% das ações da REAL CAPITALIZAÇÃO
50% das ações da REAL VIDA.

Aqui, não se deve olvidar que a ABN NV devolveu a ABN 2 apenas parte do pagamento recebido em face da alienação das ações da REAL SEGUROS. Assim, deve-se ter em mente que **a ABN NV reteve para si algo em torno de R\$ 285.748.064,66.**

Desta feita, pelo exposto, vê-se claramente que o termo aditivo celebrado teve como intuito **alterar as partes do contrato de compra e venda originalmente celebrado, sendo mantido, contudo, o mesmo objeto: as ações da REAL SEGUROS.** No pólo vendedor, a ABN 2 foi substituída pela ABN NV; no pólo comprador, a TMNFI pela MILLEA. Em razão do aditivo, a ABN NV deu as ações da REAL SEGUROS (que pertenciam originalmente a ABN 2) e recebeu em troca o pagamento. Por seu turno, a MILLEA pagou e recebeu as referidas ações.

Com isso, vê-se, então, que **o termo aditivo fora realizado com o intuito de alterar as partes do contrato, dando lugar na verdade a uma segunda compra e venda, sendo mantido, todavia, o mesmo objeto.** Aquela inicialmente firmada entre as empresas brasileiras ABN 2 e TMNFI fora substituída pela estabelecida entre as estrangeiras ABN NV e MILLEA, respectivamente. **O termo aditivo acabou por extinguir o contrato que lhe servia de substrato, porém, prevendo a alienação do mesmo bem. O adesivo, ao mesmo tempo que extinguiu o principal, manteve a sua vigência.**

Ora, Nobres Julgadores, tal situação é difícil até de imaginar. **Como pode um termo aditivo ser celebrado para inovar a obrigação, mantendo, contudo, a mesma obrigação?**

Da forma como foi firmado e materializado, o termo aditivo aqui discutido não é nem uma cessão de direitos e obrigações, nem uma novação.

Não é uma cessão de direitos e obrigações porque, se o fosse, **a ABN 2 não deveria ter doado a ABN NV as ações da REAL SEGUROS, assim como deveria ter registrado em sua contabilidade o direito de crédito que cedeu.**

A ABN NV fora incluída no contrato de compra e venda das ações da REAL SEGUROS como uma espécie de “procurador” da ABN 2. **Todavia, essa “procuração” em nenhum momento poderia proporcionar a transferência da propriedade dessas ações da “vendedora cedente” para a “vendedora cessionária”. A cessão do direito de crédito não importa a transferência do bem que será alienado. Tal doação é desproporcional, desnecessária e, ao final, acaba por esconder o real alienante.**

Outrossim, o termo aditivo celebrado também não pode ser considerado como uma novação da compra e venda originalmente pactuada, pois **não proporciona a extinção da obrigação novada.**

Com efeito, para ser considerado como uma novação do negócio principal, o termo aditivo não poderia manter na nova obrigação criada o mesmo objeto da obrigação anterior. Ou seja, **a compra e venda estabelecida entre a ABN NV e a MILLEA não poderia ter o mesmo objeto (ações da REAL SEGUROS) daquela pactuada entre a ABN 2 e a TMNFI.**

De acordo com o código civil brasileiro, com a novação, a obrigação anterior é extinta. No presente caso isso não ocorreu. **Em face da confusão estabelecida, o negócio firmado entre as empresas estrangeiras não proporcionou a extinção do negócio celebrado entre as brasileiras, pelo contrário, baseou a sua validade na existência daquele.**

Sendo assim, para que houvesse novação, os bens a serem alienados pela ABN NV a MILLEA não poderiam ser as ações da REAL SEGUROS, haja vista que elas compunham o objeto da compra e venda pactuada entre a ABN 2 e a TMNFI. Sendo mantida essa coincidência de objetos, **não há o ânimo de novar; o conteúdo da primeira obrigação acaba sendo o mesmo da segunda.**

Vê-se, assim, a **artificialidade do termo aditivo celebrado.** A doação nele prevista não é compatível com o negócio principal. Ao mesmo tempo que essa doação retirou os bens a serem alienados da propriedade do vendedor original, manteve a validade da alienação inicialmente pactuada.

Tendo sido celebrada uma cessão de direitos e obrigações decorrentes de um contrato de compra e venda, **JAMAIS a REAL SEGUROS poderia ter saído do patrimônio da ABN 2 sem a entrada do correspondente pagamento, mesmo que esse crédito tivesse sido cedido.**

**Mesmo com o termo aditivo, o pagamento, independentemente de sua destinação, deveria ter sido registrado no patrimônio da ABN 2;** nunca ir direto para o patrimônio da ABN NV sem qualquer contrapartida na ABN 2.

A cessão prevista pelo termo aditivo poderia até ocorrer, porém, o pagamento, ou direito de crédito, **JAMAIS** poderia ter deixado de ser registrado pela vendedora original. A ABN NV poderia agir como detentora do direito de receber o pagamento decorrente da venda das ações da REAL SEGURO, todavia, esse crédito cedido não poderia deixar de ser registrado na contabilidade da **empresa brasileira.**

A artificialidade do termo aditivo reside justamente no seu efeito com relação ao contrato principal. **JAMAIS um termo aditivo pode transferir a propriedade de um bem que será alienado, mantendo, contudo, a compra e venda originalmente pactuada.** Ou ele proporciona a cessão do direito de crédito e/ou a assunção de dívida, ou ele extingue a obrigação com a criação de uma nova, totalmente distinta daquela.

**Mostra-se, assim, que o termo aditivo celebrado é completamente incompatível com o contrato de compra e venda que lhe serviu de substrato.**

Contudo, mesmo tendo havido essa espécie de **doação** de um bem pela ABN 2 a sua controladora no exterior (com a extinção do contrato principal de compra e venda), **parte da venda desse bem pela ABN NV acabou retornando a própria ABN 2 (proprietária originária do bem alienado).** Tal como acordado desde o início das negociações, **a ABN 2 acabou por monetizar parte do seu ativo permanente, sendo que, uma parcela do pagamento que lhe seria devido fora retida por sua controladora no exterior.**

Diante desse cenário, indaga-se, portanto: essa alteração das partes (e da propriedade dos bens a serem alienados) era necessária à realização do contrato de compra e venda inicialmente estabelecido? Essa cessão de direitos e obrigações era indispensável à segregação e alienação das ações da REAL SEGUROS e da REAL VIDA pela ABN 2? Se o pagamento acabou sendo revertido a própria ABN 2, por que esse termo aditivo foi celebrado?

Foi com base na ausência de respostas a todas essas perguntas que o lançamento aqui discutido foi realizado, e a decisão de primeira instância manteve a sua validade.

Como já ressaltado anteriormente, **a segregação dos ativos que seriam alienados fora plenamente formalizada pelas etapas 1 e 2 da reestruturação societária adotada.** Com essas operações, a ABN 2 logrou destacar do restante do seu patrimônio 100% das ações da REAL SEGUROS, empresa esta que, por sua vez, acabou detendo 50% das ações da REAL VIDA. Após essas etapas, bastava a ABN 2 alienar a REAL SEGUROS a TMNFI.

**Daí porque é uníssono nos presentes autos que as etapas 1 e 2 apresentam propósito negocial a sua realização; se coadunam à finalidade do negócio principal celebrado.** Elas são condizentes com a finalidade econômica pretendida pela ABN 2 desde o início.

Agora, **com relação às etapas 3 a 7,** ao contrário do que aduz o Recorrente, **essas operações não procuraram em nenhum momento a segregação dos ativos da ABN 2 para viabilizar a venda das ações da REAL SEGUROS e da REAL VIDA.** Como já dito, com as etapas 1 e 2 a venda já poderia ter ocorrido.

O termo aditivo celebrado não apresentava, assim, qualquer vínculo com a venda pela ABN 2 das ações da REAL SEGUROS e da REAL VIDA. O aditivo não era necessário e indispensável à venda (e à segregação). **Ele foi realizado a fim de alterar as partes envolvidas (a propriedade dos bens a serem alienados), mantendo-se a compra e venda.**

As etapas 3 e 7 efetivamente foram indispensáveis à materialização do que fora estipulado pelo termo aditivo. **Porém, com relação à venda das ações da REAL SEGUROS e da REAL VIDA acordada entre a ABN 2 e a TMNFI, essas etapas não tiveram qualquer influência.** Elas acabaram por alterar por completo a compra e venda inicialmente estabelecida.

**Não se deve esquecer que o que aqui se analisa é a dispensabilidade do termo aditivo (e as suas etapas) com relação à compra e venda inicialmente pactuada entre a ABN 2 e a TMNFI.**

Assim, as etapas 3 a 7 (decorrentes do termo aditivo) não possuem qualquer relação com a venda pela ABN 2 das ações da REAL SEGUROS e da REAL VIDA. Pelo contrário, essas etapas serviram para cancelar essa venda.

**As etapas 3 a 7 foram indispensáveis à alienação dessas ações pela ABN NV a MILLEA.** Com relação ao negócio principal, venda das ações da REAL SEGUROS pela ABN 2 a TMNFI, essas etapas não possuem qualquer ligação, tal operação poderia ter sido perfeitamente realizada após as etapas 1 e 2. **O termo aditivo traduz um outro negócio, o qual será doravante esclarecido.**

No afã de tentar justificar o injustificável, o Recorrente traz alguns pontos para fundamentar o termo aditivo celebrado pelo seu sucedido.

Primeiramente, aduz o Recorrente que, em última instância, a ABN NV era a proprietária das ações da REAL SEGUROS. Como a ABN 2 era controlada integralmente pela ABN NV, em última instância essa empresa estrangeira poderia vender qualquer bem do ativo da empresa brasileira de forma direta.

Assim, tenta o Recorrente defender que o termo aditivo celebrado nada mais fez do que formalizar uma situação que já existia de fato. Como as ações da REAL SEGUROS já eram da ABN NV, nada mais normal do que essa própria empresa estrangeira alienar algo que é seu.

Nobres Conselheiros, tamanha leviandade sequer merece ser rebatida. Contudo, para fins de argumentação, serão tecidos breves apontamentos.

Por certo, de acordo com as normas que regem os atos civis no direito brasileiro, via de regra, **o patrimônio dos sócios nunca deve se confundir com o patrimônio da sociedade.** Uma empresa desenvolve sua atividade e responde suas obrigações com supedâneo no seu próprio patrimônio, não com o dos seus sócios. Da mesma forma, por outro lado, um sócio jamais pode dispor de um bem da sociedade como se fosse seu. **A propriedade do bem é vinculada à titularidade do patrimônio a que pertence.**

Assim, salvo raras exceções previstas expressamente em lei, não há confusão entre os patrimônios. Jamais um sócio poderia alienar um bem de sua sociedade como se fosse seu.

No direito civil, tal independência patrimonial decorre do instituto da **personalidade jurídica**, segundo a qual uma empresa é dotada de poderes para assumir direitos e obrigações em nome próprio, independentemente da personalidade física, ou jurídica, de seus sócios.

Na seara contábil, esse aspecto é destacado pelo **princípio da entidade**. Conforme essa premissa, direitos e obrigações da pessoa jurídica não podem se confundir com os direitos e obrigações da pessoa física que a constituíram. A empresa pode até assumir uma dívida de um sócio, porém, como contrapartida, surgirá, como ativo, um direito no mesmo valor decorrente do crédito em face desse sócio. A absorção da dívida como se fosse sua, a pessoa jurídica jamais poderá registrar.

Vê-se, assim, que **JAMAIS a ABN NV poderia vender um bem do ativo da ABN 2 de forma direta**; ainda que ela seja a controladora integral dessa empresa. **JAMAIS a ABN NV poderia vender um bem do ativo da ABN 2 e registrar no seu patrimônio o pagamento recebido**. A confusão que se propõe ao imaginário acaba com essa pretensão estapafúrdia.

Por essa razão, que, mesmo se considerando proprietária de fato das ações da REAL SEGUROS, a ABN NV orquestrou a aquisição formal para si dessas ações. Lançando mão da ABN 3, a ABN NV trouxe para o seu patrimônio a REAL SEGUROS (por meio da cisão da ABN 2 e da posterior incorporação da ABN 3), preparando, assim, a sua legitimidade para receber o ganho de capital decorrente da alienação dessa empresa.

Nesse contexto (da cisão da ABN 2 e da utilização da ABN 3), o Recorrente apresenta a sua segunda tentativa de explicar o inexplicável. Segundo ele, a cisão da ABN 2 (etapa 3) foi a melhor opção fiscal encontrada para a venda das ações da REAL SEGUROS.

Essa alegação se perde ante o aqui demonstrado: que as etapas 3 a 7 (advindas do termo aditivo) não apresentam qualquer relação **com o negócio principal que levou à prática de todas as ações aqui discutidas**: a venda das ações da REAL SEGUROS pela ABN 2.

Assim, a cisão da ABN 2 pode até ter sido a melhor opção fiscal em face do termo aditivo celebrado, da doação nele prevista. **Mas, com relação à venda pela ABN 2 das ações da REAL SEGUROS (segregação do ativo e efetiva alienação), essa cisão não possui qualquer relevância**. Na verdade, a cisão da ABN 2 impediu que essa empresa vendesse os bens que pertenciam ao seu patrimônio. **Por meio dessa cisão, a ABN 2 doou o bem que seria alienado**.

A celeridade que o Recorrente aduz que a cisão patrimonial apresenta se comparada com a redução de capital, **em nada afeta a necessidade de segregação do ativo da ABN 2 de 100% das ações da REAL SEGUROS e 50% das ações da REAL VIDA. Como já dito inúmeras vezes, as etapas 1 e 2, por si só, já cumpriram essa função**.

**Por meio do termo aditivo celebrado, a ABN 2 não segregou o seu ativo com vista à alienação das ações da REAL SEGUROS e da REAL VIDA; ela apenas doou esses bens do seu ativo para que a sua controladora estrangeira a alienasse em seu próprio nome.**

Sendo assim, mostra-se que o termo aditivo celebrado não apresenta qualquer relação com o negócio principal inicialmente pactuado: venda pela ABN 2 de 100% das ações da REAL SEGUROS e 50% das ações da REAL VIDA a fim de utilizar o pagamento para outras finalidades negociais. **Na verdade, esse aditivo (e as etapas 3 a 7) fora celebrado de forma eminentemente artificial**, pois é plenamente incompatível com a compra e venda inicialmente pactuada.

A artificialidade do termo aditivo celebrado se mostra incontestável quando se nota que ele acabou por transferir a propriedade dos bens que seriam alienados, mantendo, contudo, a compra e venda originalmente pactuada. **Com a doação proporcionada pela cessão de direitos e obrigações, as ações da REAL SEGUROS foram doadas a ABN NV. Porém, o negócio pelo qual a ABN 2 trocava essas ações por dinheiro persistiu.** Ora, não é para essa finalidade que existe a figura do termo aditivo.

Por que um vendedor doaria um bem a ser alienado? E, pior, para depois receber o dinheiro desse pagamento. Qual o propósito negocial dessa operação? Ela sequer é uma doação!!!

Ao longo do seu Recurso, o sucessor do contribuinte lança mão de inúmeras páginas a fim de explicar que a reestruturação societária por ele adotada, em especial a partir da etapa 3, decorreu de uma opção fiscal lícita, no intuito de promover a segregação dos bens que seriam alienados, e a própria alienação, da forma mais célere e segura possível.

Ora Nobres Julgadores, o que o Recorrente insiste em não dizer é a razão que levou a ABN 2 a fazer todas essas operações. **Por que a ABN 2 realizou um termo aditivo que previa a doação de bens objetos de um contrato de compra e venda?**

**O que o lançamento indagou e não recebeu resposta, assim como a decisão de primeira instância ressaltou, é o motivo pelo qual a ABN 2 celebrou esse termo aditivo ao contrato de compra e venda e transferiu as ações da REAL SEGUROS a ABN NV.**

Que a cisão era a melhor forma de materializar a doação prevista no termo aditivo, isso ninguém discute. **O que se quer saber é por que a ABN 2 realizou um termo aditivo que previa a transferência de propriedade do bem a ser alienado? Por que esse termo previa a doação?**

**No presente processo não se está discutindo o consequente (etapas 3 a 7), mas sim o antecedente (termo aditivo). Não se está discutindo a cisão, mas sim a doação. A justificativa da cisão da ABN 2 é o termo aditivo, isso é claro. Contudo, não se sabe o motivo da celebração do termo aditivo.**

Destarte, quando o Recorrente defende que a cisão da ABN 2 e a criação das empresas ABN 3 e FARAG decorreu da melhor opção fiscal disponível, nada disso afeta o deslinde da presente questão. **Ele deve explicar o motivo pelo qual realizou o termo aditivo. Ele deve esclarecer por que foi transferida a propriedade dos bens que seriam alienados, sendo mantida, contudo, a compra e venda originalmente pactuada. Qual foi o propósito negocial desse acordo?**

Sem explicar esses pontos, tem-se que a cisão da ABN 2 e a utilização da ABN 3 e da FARAG sequer podem ser consideradas uma opção fiscal. Essas operações não podem constituir uma opção fiscal de um negócio inexistente, sem justificativa para ter ocorrido.

### **c) Do abuso de direito.**

Demonstrada a total incompatibilidade entre o termo aditivo realizado e o negócio principal, ou seja, a artificialidade desse termo, será esclarecido agora o verdadeiro

intuito do aditivo. Será comprovado o abuso de direito cometido pelo sucedido do Recorrente.

Com efeito, pelo item anterior, fora comprovado que o termo aditivo celebrado não apresenta qualquer relação com a venda pela ABN 2 de 100% das ações da REAL SEGUROS e 50% das ações da REAL VIDA. Na verdade o aditivo serviu para transferir a propriedade desses bens, sendo mantida, contudo, a compra e venda originalmente pactuada.

Ao contrário do que afirma o Recorrente, esse aditivo não prestou à segregação e alienação desses bens que pertenciam ao ativo permanente da ABN 2. **Esse objetivo fora cumprido apenas com as etapas 1 e 2 da reestruturação planejada.**

E pior. Em que pese o multicitado aditivo prever a doação pela ABN 2 a ABN NV das ações da REAL SEGUROS que seriam alienadas, **essa empresa estrangeira acabou por devolver a ABN 2 grande parte do pagamento recebido por essa venda.** Ao final, **a doação feita pela empresa brasileira acabou sendo compensada por um aporte de capital recebido de sua controladora estrangeira.**

Ora, se o termo aditivo não apresentava qualquer relação com a venda pretendida, e, ao final, as operações foram realizadas de tal forma como se o aditivo nunca tivesse existido, **qual fora, então, a finalidade da mudança de titularidade dos bens que seriam alienados?**

Se a alteração da propriedade dos bens que seriam alienados não apresentava qualquer relação com a compra e venda inicialmente pactuada, e, ao final, o pagamento dessa venda acabou retornando ao vendedor original, qual foi então a intenção do termo aditivo?

Ante a falta de informações plausíveis fornecidas pelo Recorrente, só há uma resposta as essas perguntas: **o propósito negocial do termo aditivo celebrado (se assim pode ser chamado) era composto exclusivamente pela ECONOMIA FISCAL INDEVIDA que surgiria com a mudança de titularidade dos bens que seriam alienados (novo contrato estabelecido).**

Por certo, transferindo os bens que seriam alienados a uma pessoa jurídica no exterior, o ganho de capital não seria mais tributado com a incidência do IRPJ e da CSLL (34%) sobre o lucro líquido da empresa brasileira (original proprietária desses bens), mas sim apenas pelo IRRF (15%) incidente sobre o ganho de capital remetido para o exterior.

Tal economia fiscal resta ainda mais clara quando se vê que parte do pagamento recebido pela empresa estrangeira foi devolvido à empresa brasileira (original proprietária dos bens alienados). **Ora, se parte do pagamento foi remetido ao original proprietário, é como se os bens tivessem sido alienados por ele.**

Ao final de todas as etapas realizadas, tem-se como resultado líquido de todas as operações: **a venda pela ABN 2 de 100% das ações da REAL SEGUROS e 50% das ações da REAL VIDA, tendo ela recebido como pagamento o valor pactuado descontada uma tributação de 15%. Como estratégia negocial adotada, parte desse pagamento fora DESVIADO para a sua controladora no exterior com o intuito de reduzir a tributação incidente.**

Vê-se, assim, que **o propósito negocial do termo aditivo realizado era apenas proporcionar a ABN 2 a redução da carga tributária que incidiria sobre o ganho de capital a ser auferido com as ações da REAL SEGUROS e da REAL VIDA.**

A doação prevista por esse aditivo não visava à cessão de direitos ou obrigações decorrentes do contrato de compra e venda, mas somente reduzir a tributação incidente sobre o ganho de capital. Como, ao final, o pagamento retornou ao original proprietário dos bens alienados, é claro que a cessão de direitos e obrigações pactuadas possuía apenas fins fiscais.

Assim, como muito bem demonstrado pelo auto de infração, ao firmar o termo aditivo ao contrato de compra e venda, alterando, assim, as partes daquele acordo (e a propriedade do bem que seria alienado), **o Grupo ABN transferiu a titularidade do ganho de capital que seria auferido por uma empresa brasileira para uma empresa estrangeira, sendo que, ao final, parte desse ganho de capital retornou à empresa brasileira.**

**Com a celebração do termo aditivo, a compra e venda estabelecida entre as empresas brasileiras deu lugar a uma nova compra e venda a ser materializada entre as controladoras estrangeiras dessas empresas, porém, com relação ao mesmo bem.**

Ora, Doutos Conselheiros, demonstra-se, dessa forma, que a realização do termo aditivo, em que pese não apresentar nenhum propósito negocial verdadeiro, **continha um único e relevante motivo fiscal. Uma economia tributária de 19% sobre o ganho de capital auferido.**

**Ao fazer com que o pagamento transitasse pelo exterior,** a ABN 2 obteve uma menor incidência tributária sobre o ganho de capital auferido com a venda das ações da REAL SEGUROS e da REAL VIDA. E, essa **descaracterização da função objetiva do negócio realizado configura, por si só, o abuso de direito cometido pela ABN 2.**

Segundo Paulo de Barros Carvalho, abuso de direito significa:

*(...) norma produzida por particular, constituída no exercício de competência que excede as atribuições jurídicas que o Direito autoriza ao sujeito, identificando-o como incompetente naquela função, ao mesmo tempo que atribui ao ato caráter de ilicitude (grifo nosso)<sup>1</sup>.*

**Assim, incorre em abuso de direito aquele cidadão que, dentro de seu dever de observar a lei, comete excessos não admitidos pelo próprio sistema jurídico no qual as leis se encontram.**

No caso dos presentes autos, a ABN 2, subordinada à legislação tributária e civil, ao celebrar a cessão de direitos e obrigações advindos do contrato de compra e venda com o exclusivo intuito de obter uma indevida economia fiscal, **desvirtuou as funções objetivas desse acordo.**

**Ao celebrar um termo aditivo totalmente incompatível com o contrato principal, praticou um negócio eminentemente artificial.**

Ao celebrar uma cessão de direitos e obrigações com vistas a apenas fazer com que o ganho de capital transitasse pelo exterior, reduzindo, assim, a carga tributária incidente, a ABN 2 não realizou nenhuma cessão de direitos e obrigações. **Como o pagamento retornou ao original proprietário dos bens alienados, nenhum direito ou obrigação acabou sendo efetivamente transferido.** Apenas a carga tributária sobre o ganho de capital que foi reduzida.

Em que pese parte do pagamento ter sido retido pela ABN NV, **essa empresa estrangeira se prestou como “laranja” da ABN 2**, pois recebeu em seu nome o pagamento recebido pela venda de um bem dessa empresa brasileira.

**OLHANDO O FILME COMO UM TODO**, em especial o retorno do pagamento a ABN 2, vê-se que, na realidade, a cessão foi realizada apenas para alterar a carga tributária incidente sobre o ganho de capital decorrente da compra e venda.

**O direito de receber o pagamento poderia até ter sido cedido de forma gratuita a ABN NV (doação), porém esse crédito cedido não poderia deixar de ser registrado na ABN 2. Mesmo tendo sido realizado o termo aditivo, o contrato de compra e venda originalmente pactuado jamais deixou de existir.**

Em face de tal desvirtuamento do termo aditivo realizado, o excesso cometido causou redução dos impostos a pagar ao Erário se comparado com o valor devido em razão da operação que realmente fora praticada.

**Em suma, a ABN 2 realizou um negócio jurídico com finalidade diversa daquela que o ordenamento jurídico assegura!!!**

Caso o lançamento ora debate seja cancelado, o que se admite apenas por argumentação, **pode-se ter certeza que nenhuma empresa brasileira controlada por empresas estrangeiras alienará mais nenhum bem ou direito do seu patrimônio de forma direta.** Antes de aliená-los, as empresas brasileiras sempre os transferirão para a propriedade de sua empresa ligada no exterior, a qual poderá lhe devolver o pagamento recebido por meio de aporte de capital, reduzindo com isso a carga tributária incidente sobre o ganho de capital auferido.

Destarte, demonstrado o desvirtuamento pela ABN 2 da finalidade do termo aditivo assegurada pelo ordenamento jurídico, comprovado está o abuso de direito cometido por aquele contribuinte. Ao lançar mão de uma cessão de direitos e obrigações para fins exclusivamente fiscais, o abuso é incontestável.

### **III – Da correta apuração do ganho de capital tributado.**

Insurge-se também o Recorrente acerca do ganho de capital tributado pelo lançamento. Segundo ele, o valor correto a sofrer a incidência do IRPJ e da CSLL é o montante correspondente ao aumento do capital social da ABN 2 pela ABN NV (R\$ 674.340.586,00), não o total pago pela empresa FARAG.

Mais uma vez, as alegações do Recorrente não merecem prosperar.

Tal como demonstrado anteriormente, **a operação apurada foi a venda pela ABN 2 de bens constantes do ativo permanente do seu patrimônio.** O lançamento

fiscal se pautou na **realidade constatada**, em que pese as operações e negócios formais celebrados pelo contribuinte.

Tendo em vista o negócio principal apurado, e a impossibilidade de um termo aditivo transferir o seu objeto, mantendo, contudo, a existência desse negócio, tem-se que, mesmo tendo havido a cessão dos direitos e obrigações, **a venda pela ABN 2 de seus ativos nunca deixou de existir**. O percurso que o dinheiro fez não interessa. **Fato é que ela “monetizou” parte do seu patrimônio**.

Assim, tendo sido demonstrado que, na verdade, foi a ABN 2 que alienou bens do seu patrimônio, por consequência lógica, portanto, inafastável, tem-se que **o pagamento fora realizado à empresa brasileira, em que pese ter transitado pelo exterior e parte do seu montante ter sido retido por lá**. O valor retido pela ABN NV deve ser visto, na realidade, **como a parte do pagamento recebido pela ABN 2 e que fora enviado ao exterior a título de distribuição de lucros**.

Tendo sido demonstrado que foi a ABN 2 que alienou um bem que era seu; que, mesmo com o termo aditivo realizado, a compra e venda inicialmente pactuada nunca deixou de existir; tem-se que **o pagamento por essa venda deve, obrigatoriamente, em um primeiro momento, entrar em seu patrimônio**. Depois dessa entrada, o que a ABN 2 fez com os recursos não é do interesse do Fisco.

Assim, tem-se que o lançamento foi correto ao tributar o valor total pago pela empresa FARAG a ABN NV. **Na verdade, esse preço foi pago a ABN 2, pois os bens alienados eram seus**.

O fato de a ABN NV ter enviado somente uma parte desse pagamento a ABN 2 não atesta que o valor do ganho de capital foi reduzido, **mas sim que a ABN 2 abriu mão de parte do pagamento recebido em razão da venda das ações da REAL SEGUROS em favor da sua controladora no exterior a título de distribuição de lucros**. É como se a ABN 2 tivesse recebido R\$ 960.088.650,66 e enviado a ABN NV 285.478.064/66, tendo ficado com o montante de R\$ 674.340.586,00.

A questão é eminentemente de ponto de vista. Se o esquema for visto da forma como o Recorrente defende, foi a ABN NV que vendeu um ativo da ABN 2 e, em razão dessa venda, enviou à empresa brasileira parte do pagamento dessa venda. **Da forma como foi constatado pelo lançamento, a ABN 2 que vendeu um bem de seu próprio ativo e, em razão dessa venda, enviou à sua controladora estrangeira parte do lucro auferido**.

Em face da incompatibilidade do termo aditivo celebrado e o negócio principal, não há como as ações da REAL SEGUROS saírem do patrimônio da ABN 2 sem a contrapartida referente ao seu pagamento. **Como a compra e venda nunca deixou de existir, a sua saída deve ser compensada com o pagamento recebido em troca**.

Por oportuno, deve-se atentar para um aspecto importante: **não há como “misturar” eventual conclusão favorável quanto à manutenção do lançamento com o saneamento do ganho de capital apurado pelo auto de infração**.

Com efeito, **o abuso de direito apurado pelo lançamento exige que o ganho de capital a ser tributado seja aquele decorrente do pagamento enviado ao exterior, independentemente do montante que foi devolvido à empresa brasileira**.

O lançamento apurou que foi desviado o pagamento decorrente da alienação das ações da REAL SEGUROS, e que quem alienou essas ações foi a ABN 2.

Ao considerar que o contrato de compra e venda firmado entre a ABN 2 e a TMNFI nunca deixou de existir, mesmo com a celebração do termo aditivo; que, assim, a ABN 2 alienou bens do seu ativo e fez com que o pagamento transitasse pelo exterior a fim de reduzir a carga tributária; **tem-se que o ganho de capital deve ser calculado com base nesse pagamento que foi desviado**, não nos recursos que ele efetivamente recebeu. **A retenção de parte do pagamento pela ABN NV deve ser vista como um ato de liberalidade da própria ABN 2.**

(...)"

Pertinente também transcrever e adotar os fundamentos do voto condutor da decisão recorrida no que tange ao questionamento do valor tributado no auto de infração.

"(...)

Conforme consignado no relatório, a fiscalização calculou o ganho de capital de R\$658.108.394,23 da seguinte forma:

Valor da venda	960.088.650,66
(-) Valor do PL pelo qual o investimento está registrado na contabilidade da contribuinte	299.177.982,97
(-) Ágio na aquisição do investimento	2.802.273,46
(=) Ganho de capital	658.108.394,23

Por sua vez, a impugnante alega que houve erro na apuração do ganho de capital, pois a fiscalização considerou o montante de R\$960.088.650,66 como valor de venda, sendo que o correto, no seu entender, seria de R\$674.340.586,00, resultando em um ganho de capital de R\$327.360.329,57.

A impugnante relata que a fiscalização considerou que ocorreu a disponibilidade econômica e jurídica dos rendimentos em 07/07/2005, data da AGE da ABN2 que deliberou pelo aumento de capital social em R\$674.340.586,00 (parágrafo 40 do Termo de Verificação Fiscal). Assim, por consequência lógica, argumenta que a fiscalização deveria ter considerado esse montante como valor de venda.

A tributação do ganho de capital na alienação de bens do ativo permanente encontra-se prevista no art. 418 do RIR/99:

*"Art. 418. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31).*

*§ 1º Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31, § 1º).*"

No caso de investimento avaliado pelo valor do patrimônio líquido, assim dispõe o art. 426 do RIR/99:

*“Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):*

*I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;*

*II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;*

*III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior.”*

A partir da leitura dos dispositivos acima transcritos, conclui-se que o procedimento da fiscalização para o cálculo do ganho de capital encontra-se em conformidade com o texto legal.

No que tange ao valor da venda, o aditivo ao contrato de compra e venda não deixa dúvida de que o preço acordado entre as partes foi de R\$960.088.650,66, conforme se verifica às fls. 309:

*“...Ademais, fica por este ato convencionado que o preço de compra, corrigido e ajustado em conformidade com o Capítulo III do Contrato de Compra e Venda de Ações é de R\$963.736.987,53 (novecentos e sessenta e três milhões, setecentos e trinta e seis mil, novecentos e oitenta e sete reais e cinqüenta e três centavos). No entanto, desse preço de compra será deduzida a CPMF, resultando no pagamento do Preço de Compra Final no valor de R\$960.088.650,66 (novecentos e sessenta milhões, oitenta e oito mil, seiscentos e cinqüenta reais e sessenta e seis centavos), valor esse que será pago pela FARAG na Data de Fechamento em fundos imediatamente disponíveis. A ABN AMRO N.V. encaminhará à FARAG as instruções para pagamento do Preço de Compra Final com antecedência mínima de 2 (dois) Dias Úteis da Data de Fechamento.”*

Além disso, foi esse o montante transferido em 07/07/2005 da FARAG para o ABN Amro Real, conforme se verifica nos comprovantes de fls. 776 a 778.

Portanto, não assiste razão à impugnante.

(...)”

**Por todo exposto, a exigência do principal deve ser integralmente mantida.**

### **Incidência da multa de ofício**

A contribuinte requer sejam exoneradas as multas de ofício, visto que foram lançadas após o evento de incorporação, sobre fatos de responsabilidade exclusiva da incorporada, não se admitindo a transferência dessas penalidades à incorporadora em razão de seu caráter personalíssimo.

Aduz a recorrente que não poderia ser exigida a multa de ofício, pois a infração teria sido cometida por sua incorporada.

Sustenta que o art. 132 do CTN estabelece a responsabilidade da incorporadora somente em relação aos tributos devidos até a data da sucessão. Em relação às multas, alega que as mesmas somente podem ser transferidas à incorporadora se constituídas antes da sucessão, pois nessa hipótese a multa já integraria o passivo da empresa sucedida.

Esclarece que, no presente caso, as multas de ofício foram lançadas em 22/12/2010, posteriormente à incorporação, que ocorreu em 30/09/2009, não podendo portanto ser exigidas.

A recorrente também sustenta que, à época dos fatos, a incorporada pertencia a grupo econômico distinto, sendo inaplicável ao caso a Súmula CARF nº 47, que considera cabível a imputação de multa de ofício à sucessora por infração cometida pela sucedida quando as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico ou estiverem sob controle comum.

Vejam, então, o que estabelece a Súmula 47 do CARF:

*“Cabível a imputação da multa de ofício à sucessora, por infração cometida pela sucedida, quando provado que as sociedades estavam sob controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico.”*

Cabe razão à contribuinte. Nos termos do enunciado da súmula do CARF acima transcrito, a pessoa jurídica incorporadora somente é responsável pelas multa de ofício, por infração cometida pela sucedida, quando provado que as sociedades estavam sob controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico.

No presente caso o Santander e a sucedida não tinha qualquer relação à época dos fatos que implicaram na tributação.

Portanto, a multa de ofício deve ser excluída da exigência.

### **Incidência dos juros de mora à taxa Selic sobre o crédito tributário (principal e multa de ofício)**

No que concerne aos juros de mora sobre a multa de ofício, exigida junto com o tributo, peço vênha para adotar os fundamentos do ilustre conselheiro Leonardo Couto sobre o tema, a seguir transcritos.

*“ (...) Argumentos dignos de respeito foram trazidos à baila para rechaçar a cobrança dos juros de mora sobre a multa de ofício não isolada, particularmente em relação*

aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, e sensibilizei-me com eles em alguns julgados.

Entendo que a lide merece cuidadosa reflexão, inclusive por envolver interpretações de natureza semântica, terreno escorregadio para quem, como este relator, está longe de ser um exegeta.

A meu ver, a previsão de incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício estaria plenamente configurada no bojo do art. 161, do CTN:

*Art. 161.0 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 1% (um por cento) ao mês.*

(.....)

Em primeiro lugar, a acepção da palavra crédito deve ser feita em consonância com o fato de que após o lançamento de ofício a multa aplicada passa a integrar aquele valor. Não há base para a segregação almejada, pois a obrigação tributária principal é composta tanto pelo tributo como pela penalidade pecuniária. Não se quer dizer que a norma equipare penalidade pecuniária a tributo pois, por definição, esse último não tem natureza de sanção.

No acórdão 104-22.508 de lavra do Conselheiro PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, a questão foi magnificamente tratada conforme transcrição:

Ora, se o crédito tem a mesma natureza da obrigação principal e esta tem por objeto o pagamento de tributos e penalidades pecuniárias, é evidente que o crédito tributário compreende um e outro. Isso não quer dizer em absoluto que o CTN equipare penalidade pecuniária a tributo, que não tem natureza de sanção.

Nesse mesmo sentido, no art. 142 que define o procedimento de lançamento, por meio do qual se constitui o crédito tributário, o legislador não esqueceu de mencionar a imposição da penalidade. Da mesma forma, o art. 175, II, ao se referir à anistia como forma de exclusão do crédito tributário, afasta qualquer dúvida que ainda pudesse remanescer sobre a inclusão da penalidade pecuniária no crédito tributário, pois não seria lícito atribuir ao legislador ter dedicado um inciso especificamente para tratar da exclusão do crédito tributário de algo que nele não está contido.

Poder-se-ia argumentar em sentido contrário dizendo que, mesmo estando a penalidade pecuniária contida no crédito tributário, ao se referir a "crédito" no artigo 161, o Código não estaria se referindo ao crédito tributário, mas apenas ao tributo. Questiona-se, por exemplo, o fato de a parte final do caput do artigo fazer referência à imposição de penalidade e, portanto, se os juros seriam devidos, sem prejuízo da aplicação de penalidades, estas não poderiam estar sujeitas aos mesmos juros.

Inicialmente, conforme a advertência de Carlos Maximiliano, não vejo como, num artigo de lei, em um capítulo que versa sobre a extinção do crédito tributário e numa seção que trata do pagamento, forma de extinção do crédito tributário, a expressão "o crédito não integralmente pago" possa ser interpretado em acepção outra que não a técnica, de crédito tributário.

Sobre a alegada contradição entre a parte inicial e a parte final do dispositivo que essa interpretação ensejaria, penso que tal imperfeição, de fato existe. Mas se trata

aqui de situação como a que me referi nas considerações iniciais, em que as limitações da linguagem ou mesmo as imperfeições técnicas que o processo legislativo está sujeito produzem textos imprecisos, às vezes obscuros ou contraditórios, mas que tais ocorrências não permitem concluir que a melhor interpretação do texto é aquela que harmoniza a própria estrutura gramatical do texto, e não aquela que melhor harmoniza esse dispositivo com os demais que integram o diploma legal.

É interessante notar que em outro artigo do mesmo CTN o legislador incorreu na mesma aparente contradição ao se referir conjuntamente a crédito tributário e a penalidade. Refiro-me ao art. 157, segundo o qual "A imposição de penalidade não ilide o pagamento integral do crédito tributário". Uma interpretação apressada poderia levar à conclusão de que a penalidade não é *parte* do crédito tributário, pois a sua imposição não poderia excluir o pagamento dela mesma. Porém, essa inconsistência gramatical não impediu que a doutrina, de forma uníssona, embora a remarcando, mas não por causa dela, extraísse desse tato à prescrição de que a penalidade não é substitutiva do próprio tributo, estremando nesse ponto o Direito Tributário de certas normas do Direito Civil em que penalidade é substitutiva da obrigação; de que o fato de se aplicar uma penalidade pelo não pagamento do tributo, por exemplo, não dispensa o infrator do pagamento do próprio tributo.

Esse é o entendimento manifestado por Luciano Amaro, que não se desapercebeu dessa incoerência gramatical do texto. Veja-se:

A circunstância de o sujeito passivo sofrer imposição de penalidade (por descumprimento de obrigação acessória, ou por falta de recolhimento de tributo) não dispensa o pagamento integral do tributo devido, vale dizer, a penalidade é punitiva da infração à lei; ela não substitui o tributo, acresce-se a ele, quando seja o caso. O art. 157 diz que a penalidade não ilide o pagamento integral "do crédito tributário", mas como, na conceituação dos arts. 113, § 1º, e 142, a obrigação e o crédito tributário englobariam a penalidade pecuniária, o que o Código teria que ter dito, se tivesse a preocupação de manter sua coerência interna, é que a penalidade não ilide o pagamento integral "do tributo", pois não haveria sequer possibilidade lógica de uma penalidade excluir o pagamento de quantia correspondente a ela mesma. (Amaro, Luciano – Direito Tributário Brasileiro, 10 ed., Atual - São Paul, pág. 379).

Do até aqui exposto, estaria esclarecida a possibilidade da incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício. Considerando que o parágrafo primeiro do art. 161, do CTN estabelece que os juros devem ser calculados à taxa de 1% ao mês, salvo disposição de lei em sentido diverso, cabe agora avaliar a existência de norma prevendo a incidência da taxa Selic.

Ainda que a discussão envolva, precipuamente, fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, cabe um resumo cronológico da questão com vistas a uma análise mais abrangente, começando pelo Decreto-Lei nº1.736/1979 (todos os destaques foram acrescidos):

*Art 1º - O débito decorrente do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, do imposto sobre produtos industrializados, do imposto sobre a importação e do imposto único sobre minerais, não pago no vencimento, será acrescido de multa de mora, consoante o previsto neste Decreto-lei.*

(.....)

*Art 2º - Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional serão acrescidos, na via administrativa ou judicial, de juros de mora, contados do dia seguinte ao do vencimento e à razão de 1% (um por cento) ao mês calendário, ou fração, e calculados sobre o valor originário.*

*Parágrafo único. Os juros de mora não são passíveis de correção monetária e não incidem sobre o valor da multa de mora de que trata o artigo 1º.*

*Art 3º - Entende-se por valor originário o que corresponda ao débito, excluídas as parcelas relativas à correção monetária, juros de mora, multa de mora e ao encargo previsto no artigo 1º do Decreto-lei nº. 1.025, de 21 de outubro de 1969, com a redação dada pelos Decretos-leis nº. 1.569, de 8 de agosto de 1977, e nº. 1.645, de 11 de dezembro de 1978.*

(.....)

Constata-se a previsão da incidência de juros de mora, a razão de 1% ao mês, sobre os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional calculados sobre o valor originário, o que incluiria a multa de ofício como se pode concluir pelo exame do art. 3º. Nesse ponto, nota-se que o parágrafo único do art. 2º expressamente registrava a não incidência dos juros sobre a multa de mora, e não sobre a multa de ofício.

Posteriormente, o Decreto- Lei nº 2.323/87 ao tratar da matéria manteve em essência a redação supra transcrita, o que implica na incidência dos juros sobre a multa de ofício, ressalvando apenas que o cálculo seria feito sobre o débito atualizado monetariamente:

*Art. 16. Os débitos, de qualquer natureza, para com a Fazenda Nacional e para com o Fundo de Participação PIS-PASEP, serão acrescidos, na via administrativa ou judicial, de juros de mora, contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de 1% (um por cento) ao mês calendário ou fração e calculados sobre o valor monetariamente atualizado na forma deste decreto-lei.*

*Parágrafo único. Os juros de mora não incidem sobre o valor da multa de mora de que trata o artigo anterior.*

A seguir, a Lei nº 7.738/89 trouxe uma inovação, qual seja, restringiu os juros de mora aos tributos e contribuições administrados pelo Ministério da Fazenda o que implicou na não incidência sobre as penalidades, inclusive a multa de ofício:

*Art. 23. Os tributos e contribuições administrados pelo Ministério da Fazenda, que não forem pagos até a data do vencimento, ficarão sujeitos à multa de mora de trinta por cento e a juros de mora na forma da legislação pertinente, calculados sobre o valor do tributo ou contribuição atualizado monetariamente.*

(.....)

Na mesma linha conduziu-se a Lei nº 7.799/89. Algum tempo depois, com o advento da Lei 8.218/91, retornou a incidência dos juros de mora sobre os débitos de qualquer natureza com a Fazenda Nacional, e calculados com base na TRD:

*Art. 3º - Sobre os débitos exigíveis de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, bem como para o Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, incidirão:*

*I - juros de mora equivalentes à Taxa Referencial Diária - TRD acumulada, calculados desde o dia em que o débito deveria ter sido pago, até o dia anterior ao do seu efetivo pagamento; e*

*II - multa de mora aplicada de acordo com a seguinte Tabela:*

(.....)

*§2 - A multa de mora de que trata este artigo não incide sobre o débito oriundo de multa de ofício*

A exclusão determinada pelo § 2º, no que se refere à não incidência da multa de mora, deixa claro que o legislador incluiu a multa de ofício no rol dos “débitos exigíveis de qualquer natureza” de que trata o *caput* e, portanto, sujeita a juros de mora equivalente à TRD.

Logo após, a Lei nº 8.383/91, com vigência a partir de 01/01/1992, estabeleceu que os débitos tributários seriam expressos em UFIR, o que incluiria a multa de ofício. Além disso, a norma trouxe de volta a taxa de juros de 1% ao mês, com incidência sobre tributos e contribuições:

*Art. 59. Os tributos e contribuições administrados pelo Departamento da Receita Federal, que não forem pagos até a data do vencimento, ficarão sujeitos à multa de mora de vinte por cento e a juros de mora de um por cento ao mês-calendário ou fração, calculados sobre o valor do tributo ou contribuição corrigido monetariamente.*

(.....)

Com o advento da Lei nº 8.981/95, deflagrou-se o processo de adequação dos débitos tributários ao novo padrão monetário voltado para a desindexação da economia. Além de estabelecer a conversão dos débitos de UFIR para Real a norma trouxe o cálculo dos juros com base na taxa de captação pelo Tesouro Nacional da Dívida Pública:

*Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:*

*I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna;*

(.....)

A Selic foi introduzida pela Lei nº 9.065/95:

*Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº. 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art 6º da Lei nº. 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº. 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº. 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.*

Importantíssimo detalhe quanto ao art. 84 da Lei 8.981/95, foi a inclusão do § 8º no seu texto, alteração trazida pela Medida Provisória nº 1.110, de 30/08/1995, nos seguintes termos:

*§ 8º O disposto neste artigo aplica-se aos demais créditos da Fazenda Nacional, cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.*

Também merece destaque os artigos 25 e 26 da Medida Provisória nº 1.542, de 18 de dezembro de 1996 (**convertida na Lei nº 10.522/2002, arts. 29 e 30**)

*Art. 25. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União, constituídos ou não, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994, que não hajam sido objeto de parcelamento requerido até 30 de agosto de 1995, ou que, na data de início de vigência desta norma ainda não tenham sido encaminhados para a inscrição em Dívida Ativa da União, expressos em quantidade de UFIR, serão*

*reconvertidos para Real, com base no valor daquela fixado para 1º de janeiro de 1997.*

(...)

*Art. 26. Em relação aos débitos referidos no artigo anterior, bem como aos inscritos em Dívida Ativa da União, passam a incidir, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de um por cento no mês de pagamento.*

Antes de adentrar à legislação específica aplicável aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1997 (Lei nº 9.430/96) cabe uma avaliação do arcabouço legal supra transcrito.

Vê-se que a legislação anterior que versou sobre a matéria referiu-se a débitos de qualquer natureza, quando quis fazer incidir os juros sobre os débitos em geral incluindo a multa de ofício; ou a tributos e contribuições, quando a multa não deveria sofrer a incidência de juros.

Assim, para os fatos geradores ocorridos até 31/12/1996, houve períodos em que não incidiria os juros sobre a multa de ofício por disposição legal, ou pela ausência dela?

A resposta é que, na prática, com as sucessivas alterações legislativas isso não ocorreu. Vamos aos fatos:

O arts.25 c/c art. 26 da MP nº 1.542/96 estabelece a incidência da taxa Selic a partir de janeiro de 1997, sobre os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional com fatos geradores ocorridos até 31/12/1994, o que inclui a multa de ofício. A Lei nº 8.383/91 determinou que os débitos para com a Fazenda Nacional fossem convertidos em UFIR, o que abarcou a multa de ofício nos termos do parágrafo único do art. 58 dessa norma.

A Lei nº 8.383/91 não estabelece textualmente a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício mas, na verdade, essa penalidade foi estipulada em UFIR, sofrendo a variação desse indicador até 31/12/1994 e a taxa Selic a partir daí.

Quanto à alegação de que os dispositivos mencionados serviriam de limitação à incidência dos juros de mora sobre a multa apenas a fatos geradores ocorridos até 31/12/1994, volto a usar os argumentos do Conselheiro PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, no voto acima mencionado:

Cabe analisar, por fim, o comando constante dos artigos 29 e 30 da Lei nº. 10.522, de 2002, introduzidos pela MP 1.542, de 18 de dezembro de 1996. Esses dois artigos em conjunto prevêm a incidência de juros Selic sobre débitos de qualquer natureza cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994, o que é invocado às vezes como argumento no sentido de que a lei limitou a incidência dos juros Selic sobre os débitos de qualquer natureza aos fatos geradores ocorrido até 1994.

Tal conclusão, todavia, é fruto de uma análise meramente gramatical e isolada dos dispositivos, sem preocupação com a natureza da matéria que se pretende regular. É que os dois artigos claramente regularam uma situação pendente, decorrência desse processo de desindexação dos tributos, relacionada com a Lei nº. 8.981, de 1995, em especial com o seu artigo 5º, transcritos acima.

Relembre-se que a Lei nº. 8.981, de 1995 determinou que a partir de 1º de janeiro de 1995, os tributos e contribuições seriam apurados em Reais (art. 6º), e não mais em

Ufir, como até então. Mas os débitos relativos aos fatos geradores até 31 de dezembro de 1994, continuavam sendo apurados em Ufir e convertidos para Reais apenas quando do pagamento (art. 5º), e sobre esses incidiam juros de mora de 1% ao mês (art. 84, § 5º).

O que a Medida Provisória nº. 1.541, de 18 de dezembro de 1996 (convertida na Lei nº. 10.522, de 2002) fez foi regular a situação dos débitos relativos a fatos geradores até 31/12/1994 que, por não terem sido pagos ou parcelados, continuavam sendo controlados e apurados em Ufir, ao mesmo tempo em que determinava que, a partir de 1º de janeiro de 1997, os débitos relativos a fatos geradores ocorridos até 31/12/1994 seriam lançados em Reais. E determinou também que, a partir de 1º de janeiro de 1997, esses mesmos débitos, que antes eram atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, e, a partir de 1º de janeiro de 1997 não mais sofreriam correção monetária, passariam a incidir juros de mora com base na taxa Selic.

Portanto, não há como entender que os artigos 25 e 26 da Medida Provisória nº. 1.541, de 1996, estivessem limitando a incidência de juros Selic aos débitos referentes a fatos geradores até 31/12/1994, mas apenas que eles regulavam uma situação específica desses débitos. Ao contrário, o fato de a lei determinar a incidência de juros Selic, a partir de janeiro de 1997, sobre os débitos de qualquer natureza, relacionados com fatos geradores até 31/12/1994, denota uma clara tendência de aplicação de juros Selic sobre os débitos em geral.

No que se refere ao período de 01/01/1995 a 31/12/1996, sustentam alguns que o Parecer MF/SRF/Cosit nº 28/98 teria deixado claro não ser exigível a incidência de juros sobre a multa de ofício tendo em vista as disposições do inciso I, do art. 84, da Lei nº 8.981/95.

O mencionado Parecer, ainda que conclua pela incidência dos juros sobre a multa de ofício para fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1997, de fato manifesta-se nos termos dessa tese. Entretanto, constata-se que o referido Ato Administrativo não levou em consideração a alteração legislativa trazida pela MP nº 1.110, de 30/08/95, que acrescentou o § 8º ao art. 84, da Lei 8.981/95, já transcrito em momento anterior deste voto, e que estendeu os efeitos do disposto no *caput* aos demais créditos da Fazenda Nacional cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Do até aqui exposto, parece-me ter ficado patente a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício para os fatos geradores ocorridos até 31/12/1996 ainda que se considere, o que não é meu caso saliente-se, que as disposições do art. 161, do CTN seriam insuficientes para autorizar essa cobrança.

Para os fatos geradores ocorridos a partir da 01/01/1997, a análise envolve fundamentalmente o alcance do art. 61 da Lei nº 9.430/96.

Grande parte da controvérsia gira em torno do sentido, conteúdo e alcance de determinados vocábulos e locuções do texto da lei, aos quais se atribuem diferentes significações, o que reclama uma apreciação preliminar sobre esse tipo de ocorrência.

Como afirmei no início deste voto, meu desconhecimento da ciência hermenêutica mostra-se agora um limitador. Cabe-me buscar apoio no mestre maior com vistas a embasar minhas conclusões.

Assim, vejamos Carlos Maximiliano<sup>2</sup> (todos os destaques não são do original):

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

Autenticado digitalmente por Maximiliano, Carlos - *Hermenêutica e Aplicação do Direito* - Rio de Janeiro, Forense, 2002. pág. 89/91.

04/2013 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Assinado digitalmente em 03/04/2013 por ANTONIO JOSE PRAGA DE

a) *Cada palavra pode ter mais de um sentido; e acontece também o inverso – vários vocábulos se apresentam com o mesmo significado; por isso, da interpretação puramente verbal resulta ora mais, ora menos do que se pretendeu exprimir. Contorna-se em parte, o escolho referido, com examinar não só o vocábulo em si, mas também em conjunto, em conexão com outros; e indagar do seu significado em mais de um trecho da mesma lei, ou repositório. Em regra, só do complexo das palavras empregadas se deduz a verdadeira acepção de cada uma, bem como a idéia inserta no dispositivo.*

b) *O juiz atribui aos vocábulos o sentido resultante da linguagem vulgar, porque se presume haver o legislador, ou escritor, usado expressões comuns; porém, quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica. Não basta obter o significado gramatical e etimológico, releva, ainda, verificar se determinada palavra foi empregada em acepção geral ou especial, ampla ou restrita; se não se apresenta às vezes exprimindo conceito diverso do habitual. O próprio uso atribui a um termo sentido que os velhos lexicógrafos jamais previram.*

*Enfim, todas as ciências, e entre elas o Direito, têm a sua linguagem própria, a sua tecnologia; deve o intérprete levá-la em conta; bem como o fato de serem as palavras em número reduzido, aplicáveis, por isso, em várias acepções e incapazes de traduzir todas as graduações e finura do pensamento. No Direito Público usam mais dos vocábulos no sentido técnico; em Direito Privado, na acepção vulgar. Em qualquer caso, entretanto, quando haja antinomia entre os dois significados, prefira-se o adotado geralmente pelo mesmo autor, ou legislador, conforme as inferências deduzíveis do contexto.*

Pois bem.

Com base nas explanações do mestre, tentarei analisar o sentido do art. 61, da Lei nº 9.430/96, no que se refere aos juros de mora, num contexto mais amplo do que a simples literalidade do texto. O dispositivo em questão estabelece:

*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.*

A interpretação literal levou julgadores de muito respeito nesta Corte a entenderem que a expressão “decorrentes” excluiria a multa de ofício do dispositivo, pois esta não decorreria dos tributos ou contribuições, mas do descumprimento do dever legal de pagá-lo.

Tenho dificuldade de vislumbrar base razoável para, diante de diferentes possibilidades semânticas de um vocábulo, assumir-se apenas uma delas como ponto de partida da interpretação do texto de uma lei, quando essa acepção deveria ser o ponto de chegada.

Podemos fazer o que também se poderia denominar de interpretação literal da norma em comento e chegar a uma conclusão diametralmente oposta.

(...)

Dizer que os “débitos decorrentes de tributos e contribuições” ou, em outras palavras, “débitos cuja origem remonta a tributos e contribuições” se sujeitam a juros de mora, não é o mesmo que afirmar que “apenas os débitos de tributos e contribuições submeter-se-iam aos juros de mora.

Além disso, não é demais ratificar a indissociabilidade da multa de ofício e do principal, após a formalização do lançamento. Não é lógico que valor do tributo sofra a incidência de juros moratórios, enquanto que a multa de ofício não, sendo que ambas as verbas fazem parte de um mesmo todo.

(...)"

É certo que a multa de ofício está sendo exonerada nesta decisão, logo, os juros de mora devem incidir apenas sobre o principal. Porém, na hipótese de esta decisão vir a ser reformada na CSRF, restabelecendo-se a multa de ofício, a matéria já estará decidida nesta instância.

### **Conclusão**

Por todo o exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir a incidência da multa de ofício.

*(assinado digitalmente)*  
Antônio José Praga de Souza