



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

Processo nº 16327.721300/2013-14
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-002.010 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de maio de 2016
Matéria IRPJ - GANHO DE CAPITAL
Recorrente ITAÚ UNIBANCO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2009

Ementa:

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO PARA FINS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE.

É lícito à autoridade fiscal desconsiderar, para fins estritamente tributários e a partir da constatação e comprovação dos fatos efetivamente ocorridos, ato de natureza meramente formal, praticado única e exclusivamente com a intenção de evitar a incidência das exações devidas por meio da alteração da sujeição passiva da obrigação tributária principal.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. PROCEDÊNCIA.

Sujeita-se à incidência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, a título de ganho de capital, a diferença entre o valor das ações incorporadas ao capital de outra sociedade e o montante representativo das novas ações recebidas em virtude de tal incorporação. Irrelevantes, no caso, a ausência de fluxo financeiro e de manifestação de vontade do titular das ações alienadas.

MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

Não há que se falar em aplicação concomitante sobre a mesma base de incidência quando resta evidente que as penalidades, não obstante derivarem do mesmo preceptivo legal, decorrem de obrigações de naturezas distintas. Inexistente, também, fator temporal limitador de sua aplicação, sendo prevista, inclusive, a sua exigência mesmo na situação em que as bases de cálculo das exações são negativas, sendo descabida, assim, a alegação de que a multa só poderia ser aplicada até a data do encerramento do período de apuração correspondente.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. PROCEDÊNCIA.

A incidência de juros de mora com base na taxa selic sobre a multa de ofício lançada encontra lastro na legislação de regência.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. FUNDAMENTOS LEGAIS. CONSTATAÇÃO FÁTICA. PROCEDÊNCIA.

Se a autoridade executora do procedimento de fiscalização logra êxito na demonstração da relação direta de determinada pessoa com as situações que constituem fatos geradores das obrigações tributárias, resta configurada a responsabilidade tributária pelo crédito tributário constituído, sendo autorizada, assim, a inclusão de referida pessoa no pólo passivo das obrigações formalizadas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, NEGAR provimento aos recursos, vencidos os conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, que excluía a responsabilidade solidária da CIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES e a incidência de juros sobre a multa de ofício; e o Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro que, além de excluir a responsabilidade solidária da CIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES e a incidência de juros sobre a multa de ofício, pronunciou-se pelo cancelamento também da multa isolada sobre as estimativas apuradas. Fizeram sustentação oral, em virtude da recomposição do colegiado, o Sr. Ricardo Krakoviak, OAB nº 138.192, e o Sr. Marco Aurélio Zortea Marques, Procurador da Fazenda Nacional.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães

Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães, Waldir Veiga Rocha, Paulo Jakson da Silva Lucas, Flávio Franco Correa, José Eduardo Dornelas Souza e Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro.

Relatório

Cuida o presente processo de ação fiscal empreendida em relação à pessoa jurídica E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, que foi formalizada em nome de ITAÚ UNIBANCO S/A ao amparo do disposto no art. 132 do Código Tributário Nacional (RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO).

Assinala a autoridade fiscal (Termo de Verificação Fiscal de fls. 18/112) que:

- i) o procedimento fiscal foi direcionado para a operação societária conhecida como FUSÃO DO ITAÚ COM O UNIBANCO, que, nos termos das averiguações empreendidas, gerou a realização de ganhos patrimoniais significativos para as pessoas envolvidas e, por outro lado, amortizações fiscais de ágios por parte de empresas integrantes do Grupos ITAÚ e UNIBANCO; ii) a COMPANHIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES foi incluída no polo passivo da obrigação tributária formalizada, com lastro nas disposições do art. 124, I, do Código Tributário Nacional; iii) os negócios societários que objetivaram a unificação das atividades bancárias entre o ITAÚ e o UNIBANCO foram capitaneados pelos controladores do ITAÚ UNIBANCO HOLDING (atual denominação de ITAÚ HOLDING FINANCEIRA) e os controladores do UNIBANCO HOLDINGS - UBBH.

Transcrevo, a seguir, fragmentos do relatório constante na decisão de primeiro grau acerca dos fatos apurados pela Fiscalização, bem como das razões trazidas pela autuada em sede de impugnação.

Em procedimento de fiscalização, a empresa em referência, na qualidade de sucessora da E. Johnston Participações S/A, CNPJ: 00.025.238/0001-71, com base no artigo 132 do CTN, foi autuada e notificada a recolher crédito tributário de IRPJ e CSLL, no valor total de R\$ 1.942.459.443,65, incluindo acréscimos legais (fls. 2).

O contribuinte foi cientificado em 14/11/2013 (fls. 04 e 12).

Também houve a lavratura do Termo de Sujeição Passiva Solidária de fls. 116 e 117 no qual a Cia. E. Johnston de Participações, CNPJ: 04.679.283/0001-09, é qualificada como sujeito passivo solidário, nos termos do artigo 124 do CTN.

A Cia. E. Johnston de Participações, foi cientificada tanto da exigência tributária tratada neste processo, quanto do próprio Termo de Sujeição Passiva Solidária, em 19/11/2013, conforme Aviso de Recebimento (AR) de fls. 1.452.

Segundo o Termo de Verificação Fiscal de fls. 18 a 112 e documentos anexos, a fiscalização apurou os seguintes fatos e infrações:

I. Linhas gerais da transação ocorrida entre os controladores da Itaú Holding, atualmente Itaú Unibanco Holding, e os controladores do Unibanco Holdings – UBBH:

I.1. Composição societária do Unibanco – Banco e Holding - em 28/11/2008

...

I.2. Eventos societários aprovados em 27 e 28/11/2008

1- Incorporação de ações da Itaúsa Export S/A

Incorporação de 10.919.497.223 ações ordinárias, representativas de 44,26% do capital da Itaúsa Export S/A, pelo Banco Itaú, com a entrega à Itaúsa – Investimento Itaú S/A de 20.954.935 ações ordinárias de emissão do Banco Itaú.

Lançamentos contábeis no Banco Itaú (fl. 835)

D- Investimento VP – (2114.092-6)	550.000.000,00
C- PL aumento de capital (6121.101-7)	549.466.841,83
C- Reserva de capital (6310.001-0)	533.158,18
*D- Investimento Ágio	39.246.080,01
C- Investimento VP	39.246.080,01

*No demonstrativo consolidado das incorporações de ações pelo Banco Itaú foi informado registro de ágio. Por isso, apesar de não constar nos demonstrativos de lançamentos efetuados, foi indicado o registro contábil do ágio.

2- Incorporação de ações da E.Johnston (controladores Unibanco) pelo Banco Itaú

Incorporação de 525.776.500 ações ordinárias pelo Banco Itaú, com a entrega aos acionistas da E. Johnston Representação e Participações S/A de 445.686.615 ações ordinárias de emissão do Banco Itaú.

Relação de troca – uma ordinária do Itaú para cada 1,1797 ações ordinárias da E. Johnston.

Preço das ações emitidas = 26,246800574661. Este valor foi utilizado para cálculo do valor do investimento (ações emitidas x preço de emissão = 445.686.615 x 26,246800574661 = 11.697.847.702,70)

Lançamentos contábeis no Banco Itaú (fl. 835)

D- Investimento VP – (2114.193-2)	11.697.847.702,70
C- PL aumento de capital (6121.101-7)	11.697.847.702,70
D- Investimento Ágio - (2114.302-9)	9.363.891.964,19
C- Investimento VP - (2114.193-2)	9.363.891.964,19

Efeitos na Itaú Unibanco Holding – Resultado de Equivalência Patrimonial

A Itaú Unibanco Holding registrou resultado positivo de equivalência patrimonial

A Itaú Unibanco Holding registrou resultado positivo de equivalência patrimonial não operacional, em virtude de redução no percentual de participação societária.

...

3- Incorporação de ações da Unibanco Holdings pelo Banco Itaú

Incorporação de 28.337.832 ações ordinárias, e 1.041.082.702 ações preferenciais pelo Banco Itaú, com a entrega aos acionistas da Unibanco Holdings S/A de um total de 323.337.724, sendo 24.021.210 ações ordinárias, e 299.316.514 ações preferenciais, de emissão do Banco Itaú.

Relação de troca – uma ordinária do Itaú para cada 1,1797 ações ordinárias da Unibanco Holdings e uma ordinária do Itaú para cada 3,4782 ações preferenciais.

Preço das ações emitidas = 26,246800574661. Este valor foi utilizado para cálculo do valor do investimento (ações emitidas x preço de emissão = 323.337.724 x 26,246800574661 = 8.486.580.760,09)

Lançamentos contábeis no Banco Itaú (fl. 835)

D- Investimento VP – (2114.195-7)	2.946.620.115,70
	5.539.960.854,37

C- PL aumento de capital (6121.101-7)	630.480.118,41
(6121.102-5)	7.856.100.851,66

D- Investimento Ágio - (2114.306-0)	105.799.967,34
	3.886.906.940,29

C- Investimento VP - (2114.193-2)	105.799.967,34
-----------------------------------	----------------

Efeitos na Itaú Unibanco Holding – Resultado de Equivalência Patrimonial

A Itaú Unibanco Holding registrou resultado positivo de equivalência patrimonial não operacional, em virtude de redução no percentual de participação societária.

...

4- Incorporação de ações do Unibanco pelo Banco Itaú

Incorporação de 43.752.918 ações ordinárias, e 1.095.356.887 ações preferenciais pelo Banco Itaú, com a entrega aos acionistas do Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A de um total de 352.009.089, sendo 37.088.173 ações ordinárias, e 314.920.916 ações preferenciais, de emissão do Banco Itaú.

Relação de troca – uma ordinária do Itaú para cada 1,1797 ações ordinárias do Unibanco e uma ordinária do Itaú para cada 3,4782 ações preferenciais.

Preço das ações emitidas = 26,246800574661. Este valor foi utilizado para cálculo do valor do investimento (ações emitidas x preço de emissão = 352.009.089 x 26,246800574661 = 8.486.580.760,09). O valor do investimento contabilizado é menor porque tomou por base o número de ações do demonstrativo abaixo, e não o da ata (352.008.789 x 26,246800574661 = 9.239.104.455,41).

Lançamentos contábeis no Banco Itaú (fl.835)

D- Investimento VP – (2114.194-0)	5.106.466.946,71
	4.132.637.538,70

C- PL aumento de capital (6121.101-7)	973.445.880,41
---------------------------------------	----------------

(6121.102-5) 8.265.658.605,00

D- Investimento Ágio - (2114.304-5) 174.080.925,01

4.358.126.242,18

C- Investimento VP - (2114.193-2) 174.080.925,01

4.358.126.242,18

Efeitos na Itaú Unibanco Holding – Resultado de Equivalência Patrimonial

A Itaú Unibanco Holding registrou resultado positivo de equivalência patrimonial não operacional, em virtude de redução no percentual de participação societária.

...

Efeito conjunto das operações no Banco Itaú

Situação inicial

Capital de R\$ 10.202.000.000,00, representado por 2.953.439.742 ações, sendo 1.553.418.582 ordinárias e 1.400.021.160 preferenciais.

Após incorporações

Capital de R\$ 40.175.000.000,00, representado por 4.095.427.813 ações, sendo 2.081.169.523 ordinárias e 2.014.258.290 preferenciais.

Foi atribuído o valor de R\$ 26,24 a cada uma das ações incorporadas pelo Banco Itaú, incluindo as da Itaúsa Export (29.973.533.158,18 / 1.141.988.571 = 26,24678908).

Resumo e totalização dos lançamentos contábeis

...

Ágio total relativo ao Unibanco e à Unibanco Holdings = R\$ 17.888.806.039,01

Valor contábil do Unibanco e da Unibanco Holdings = R\$ 11.534.727.119,17

Ágio relativo à Itaú Export = 39.246.080,01

Valor contábil relativo à Itaú Export = 510.753.919,99

Total após incorporações = R\$ 29.973.533.158,18

Ágio total = R\$ 17.928.052.119,02

Valor contábil total = R\$ 12.045.481.039,16

5- Incorporação de ações do Banco Itaú pelo Itaú Holding

Situação inicial

Capital de R\$ 17.000.000.000,00, representado por 3.013.408.492 ações, sendo 1.553.418.582 ordinárias e 1.459.989.910 preferenciais.

Após incorporação

Capital de R\$ 29.000.000.000,00, representado por 4.155.396.563 ações, sendo 2.081.169.523 ordinárias e 2.074.227.040 preferenciais.

Incorporadas e emitidas – 1.141.988.071 (527.750.941 ordinárias e 614.237.130 preferenciais)

Relação de troca – uma ação do Itaú Holding para cada ação do Banco Itaú.

Aumento de capital= R\$ 12.000.000.000,00. Reserva de Capital: R\$ 5.539.762,00 (R\$ 533.158,18 oriundo da incorporação de ações da Itaú Export - fls. 165 e 522)

Critério de avaliação: a incorporação das ações foi efetuada pelo montante de R\$ 12.005.539.762,00, que é equivalente ao valor patrimonial contábil das ações do Banco Itaú em 30/9/2008, ajustado por eventos subsequentes.

Lançamentos contábeis

D- Investimento VP – (2114.204-7)	5.545.601.966,27
	6.454.398.033,73
C- PL aumento de capital (6121.101-7)	5.545.601.966,27
(6121.102-5)	6.454.398.033,73
D- Investimento Ágio - (2114.204-7)	2.560.109,01
	2.979.652,41
C- PL Reserva de ágio - (6310.001-0)	5.539.762,00
D- Investimento Ágio – (2114.206-2)	32.196.004,27
	31.160.877,27
C- Investimento VP - (2114.204-7)	32.196.004,27
	31.160.877,27

Quadro resumo da troca de ações e dos valores totais contabilizados:

...

6- Aumento de capital na empresa IUPAR – Itaú Unibanco Participações, aprovado em 27/11/2008

Mencionamos este evento por último porque a integralização do capital foi efetuada em 28/11/2008, mediante a conferência à Sociedade de ações ordinárias de emissão do Banco Itaú Holding Financeira S/A

Aumento de capital – R\$ 5.999.999.000,00

Capital de R\$ 6.000.000.000,00, representado por 1.061.396.457 ações, sendo 355.227.092 ações ordinárias classe “A”, 355.227.092 ações ordinárias classe “B”, e 350.942.273 ações preferenciais.

As 120 ações ordinárias originais foram convertidas em 120 ações ordinárias classe “B”.

As 355.227.092 ações ordinárias classe “A” foram emitidas ao preço de R\$ 9,68, e integralizadas pela Itaúsa – Investimentos Itaú S/A. O preço de emissão foi retificado para R\$ 13,97, na assembleia realizada em 26/2/2009 (fls. 1045).

As 355.226.972 ações ordinárias classe “B” foram emitidas ao preço de R\$ 8,66, e integralizadas pela família Moreira Salles.

As 350.942.273 ações preferenciais ao preço de R\$ 8,66, e integralizadas pela Itaúsa – Investimentos Itaú S/A. O preço de emissão foi retificado para R\$ 13,97, na assembleia realizada em 26/2/2009 (fls. 1045).

Quadro resumo da subscrição de ações na IUPAR com base na assembleia realizada em 27/11/2008:

...

Segundo esclarecimentos da IUPAR, os acionistas avaliaram as ações Itaú Unibanco entregues em aumento de capital da IUPAR, cada um deles, pelo valor contábil da participação de cada um, fato que resultou na atribuição de valores diferentes, por serem diferentes os respectivos custos contábeis.

Os controladores do Unibanco iriam deter 8,68% da Itaú Unibanco Holding, exclusivamente por via indireta através da IUPAR.

A IUPAR ficou com o controle de 51% do capital votante da Itaú Unibanco Holding.

A Itaúsa aumentou sua participação na Itaú Unibanco Holding em 8,28%, sendo que o número de ações que detinha passou de 1.344.632.753 para 1.455.387.271, parte mantida diretamente e parte indiretamente através da IUPAR.

Em teleconferência realizada em 4/11/2008, Roberto Egydio Setúbal afirmou que a relação de troca das 445.686.615 ações da Itaú Holding por 355.226.972 ações ordinárias classe “B”, “traduz um prêmio implícito, que é o prêmio exatamente de participação no controle do Banco”, e que “não houve pagamento em dinheiro mesmo, foi na troca de ações, na integralização da holding”.

A Ata de subscrição da IUPAR foi rerratificada em 26/2/2009 e com esta retificação, o valor das mesmas 615.709.849 ações ordinárias da Itaú Unibanco Holding representaram R\$ 9.866.072.162,41 de capital. O valor de integralização por ação é de R\$ 16,00. O recálculo do valor da ação originou-se da inclusão no cálculo do MEP do ganho de R\$ 18 bilhões contabilizado na Itaú Unibanco Holding.

Gráfico da situação inicial e da resultante após a reorganização societária.

...

II. Análise da fiscalização

· Considerada a totalidade de ações emitidas pela Itaú Unibanco Holding na transação, valoradas ao preço de mercado das preferenciais praticado na Bovespa (R\$ 26,2468), o valor atribuído a 100% das ações emitidas atingiria a cifra de R\$ 29.973.546.276,26.

· Independentemente das partes terem negociado, na formação da relação de troca, a transação em bases de mercado, tais valores não foram efetivamente reconhecidos na subscrição de ações realizada que deu vida à associação e que culminou com aumento de capital da Itaú Unibanco Holding, o qual se efetivou com base no valor de Patrimônio Líquido da ação, equivalente a R\$ 10,51. Entretanto, os grupos desejavam reconhecer a mais-valia do investimento Unibanco recebido e utilizar esta mais valia para registrar, deduzir e amortizar o ágio no próprio Banco Itaú e nas empresas coligadas congêneres, além de permitir o aumento de capital no Banco Itaú, na soma de R\$ 29.973.000.000,00.

· No incomum expediente que o contribuinte declarou como tendo ocorrido, no primeiro momento emitiram-se ações do Banco Itaú, atribuindo-se a estas o valor de R\$ 26,24 por ação, que representava o valor de mercado das ações PN da Itaú Unibanco Holding, o qual não se confunde com o próprio Banco Itaú. Esta emissão, na forma como o contribuinte apresentou permitiu a entrada do investimento Unibanco no ativo permanente do Banco Itaú (empresa operacional) pelo montante de R\$29,973 bilhões de reais, com registro de ágio que atingiu a cifra de R\$18,0 bilhões de reais, dado que o Patrimônio Líquido do Unibanco encontrava-se próximo aos R\$12,0 bilhões de reais.

Ordem das emissões de ações apresentada pelo contribuinte: a) a primeira, no Banco Itaú, sociedade anônima de capital fechado, subsidiária integral da Itaú Unibanco Holding, para o qual os antigos acionistas do Unibanco entregaram suas ações e receberam em troca ações do Banco Itaú, pagando por estas como se estivessem adquirindo ações da Itaú Unibanco Holding (R\$26,24 por ação); b) a segunda, poucas horas depois no mesmo dia, na Itaú Unibanco Holding, na qual todas, as ações recém adquiridas do Banco Itaú S/A, pelas quais, repise-se, os antigos acionistas do Unibanco teriam pago R\$26,24, agora foram trocadas por ações da Itaú Unibanco Holding, que foram emitidas a R\$10,51, preço inferior ao de mercado destas ações e inferior inclusive ao próprio valor de Patrimônio Líquido de cada ação da Itaú Unibanco Holding, o qual, na ordem colocada pelo contribuinte, seria superior, a R\$15,60 por ação, elevado por conta do registro do ganho de R\$ 18.031.350.399, 47 contabilizado como ganho de redução de participação societária.

· A emissão de ações não poderia ter ocorrido na ordem apresentada pelo contribuinte. Se os fatos tivessem acontecido nesta ordem, “as emissões teriam afrontado de forma clara o que dispõe a lei das sociedades anônimas, bem como a própria lógica humana, segundo a qual não se concebe pagar mais por algo que vale menos, o que teriam feito os antigos acionistas do Unibanco na primeira emissão, comprando ações do Banco Itaú e pagando como se fossem títulos da Itaú Unibanco Holding e também vender por menos algo que vale mais, o que teria feito a própria Itaú Unibanco Holding ao entregar suas ações por preço muito inferior ao de mercado e inclusive ao do seu Patrimônio Líquido”.

· A situação é atípica: i) subscrever capital no Banco Itaú, companhia de capital fechado, subsidiária integral, não se confunde com subscrever capital na Itaú Holding, empresa de capital aberto, com ações negociadas nas bolsas de São Paulo e Nova York; ii) não se pode alegar que Itaú Unibanco Holding e Banco Itaú tivessem valores econômicos similares.

· Por todo o que se vislumbra da situação criada na montagem desta operação societária, resta evidente que o fato efetivamente ocorrido foi o ingresso dos antigos acionistas do Unibanco no capital da Itaú Unibanco Holding. Este ponto é incontestável não somente pela total falta de propósito da ordem e dos valores praticados, como pelas declarações, publicações e respostas apresentadas pelo

contribuinte, nas quais nunca pairaram dúvidas que o destino final dos antigos acionistas do Unibanco seria a propriedade das ações da Itaú Holding.

· O aumento do capital do Banco Itaú, mediante a entrega dos investimentos do grupo Unibanco e o reconhecimento da mais valia destes investimentos em sua contabilidade foi jurídica e economicamente realizado pela Itaú Unibanco Holding, a qual, deixou de escriturar ganho de capital, correspondente à diferença apurada entre o custo do investimento recebido e o valor efetivamente entregue no aumento de capital.

· Não se materializou o fato que a Itaú Unibanco Holding chamou de ganho por redução de participação societária, sendo este apenas fruto da criação de um passo intermediário no qual os antigos acionistas do Unibanco entraram no capital do Banco Itaú, para saírem poucas horas depois. Desde o início da transação já estava estabelecido que a associação contemplaria a migração dos acionistas do Unibanco para a Itaú Unibanco Holding Financeira, não havendo possibilidade que esta deixasse de possuir 100% das ações do Banco Itaú.

· As ações da Itaú Unibanco Holding apenas passaram pelos patrimônios das pessoas físicas e depois retornaram para a pessoa jurídica que originalmente as detinha, ainda que esta pessoa jurídica tenha outro nome e outro CNPJ.

· A transferência para as pessoas físicas beneficiou diretamente a Itaúsa, pois o aporte das ações na IUPAR realizado pelas pessoas físicas a custo histórico acabou por beneficiar a outra subscritora, no caso Itaúsa. Além disto, tal transferência ainda impediu que houvesse a contabilização do ganho de capital na E. Johnston Participações tributado no presente auto de infração.

· O fato relevante divulgado em 03/11/2008 revela as bases da negociação, onde se encontra, literalmente disposto, que a reorganização societária resultará na migração dos acionistas do Unibanco Holdings e Unibanco, mediante incorporações de ações, para uma companhia aberta, a ser denominada Itaú Unibanco Holding S/A, atual Banco Itaú Holding Financeira S/A, cujo controle será compartilhado, entre Itaúsa – Investimento Itaú S/A e os controladores da Unibanco Holdings, por meio de holding não financeira a ser criada.

· Na teleconferência do dia 04/11/2008 os Srs. Roberto Setúbal e Pedro Moreira Salles afirmam que a associação estava, naquele momento, definitivamente concluída.

· No novo Fato Relevante, de 12/11/2008, as partes detalham a forma como dar-se-ia a reorganização e confundem a E. Johnston Participações com o ativo que ela detinha, na medida em que ao tratar da estrutura da incorporação das ações da E. Johnston foi considerado o fato de possuir 525.398.072 ações ON do Unibanco Holdings e 378.434 ações ON do Unibanco. Não foi estabelecida nenhuma relação de troca das ações da E. Johnston com as da Itaú Unibanco Holding ou ainda com o Banco Itaú.

· Estas observações são relevantes para reforçar o entendimento de que o evento societário que os contribuintes intitularam de “incorporação das ações da E. Johnston”, nada mais foi do que a aquisição das ações ordinárias do Unibanco Holdings, sobre as quais recaíam o direito de controle da instituição.

· A utilização do valor de Patrimônio Líquido das ações do Banco Itaú para a emissão das ações da Itaú Unibanco Holdings desatendeu o disposto no art. 170 da Lei nº 6.404/1976.

· Destaca-se a argumentação de que o valor do aumento de capital na Itaú Unibanco Holding Financeira (R\$ 12.000.000.000,00) teria se realizado com base no valor patrimonial contábil das ações, do ITAÚBANCO, leia-se Banco Itaú S A, em 30.09.2008, ajustado por eventos subsequentes, como se a lei societária permitisse que a emissão de ações de uma companhia aberta fosse realizada com base no preço de Patrimônio Líquido de outra companhia, ainda que sua subsidiária integral.

· O contribuinte alega que a relação de troca das ordinárias foi estabelecida com base no valor econômico do Unibanco. Entretanto, da análise mais aprofundada do fato concluímos que a relação de troca nasceu do percentual que foi avençado na transação, de tal forma que foram as condições pactuadas nas negociações, as quais determinavam a entrega do percentual de participação na Itaú Unibanco Holding de 27,4% aos antigos acionistas do Unibanco, que determinaram a relação constituída.

· A criação de duas classes distintas de ações ordinárias, com preços de emissão diferentes, combinado com a valoração dada no evento da integralização, possibilitou o incremento para a Itausa de aproximadamente 90 milhões de ações ordinárias na integralização de capital da IUPAR. As ordinárias de classe "A" foram subscritas pela Itausa tendo como fundamento para o preço de emissão a "rentabilidade futura" (art. 170, § 1º, I da lei 6.404/76) e as de classe "B" foram subscritas pelo antigo controlador do Unibanco – E Johnston Participações e/ou Cia. E. Johnston de Participações, tendo o valor do PL da ação como fundamento para o preço de emissão. (art. 170, § 1º, II da lei 6.404/76).

· As ações preferenciais foram subscritas pela Itausa e, diferentemente das ordinárias, teve como fundamento para o preço de emissão o valor do PL das ações.

· As ações ITHF ON entregues pela Itausa foram precificadas em R\$ 10,52, com gravame sobre os frutos de todas elas, enquanto que as entregues pelo antigo controlador do Unibanco foram valoradas por R\$ 6,91 tendo apenas 70% delas sofrido gravame.

· As ações voltaram para a titularidade da pessoa jurídica tal qual estavam na E. Johnston Participações, sob o nome de Cia. E Johnston de participação e CNPJ diverso do daquela. Esta companhia foi criada em 19/09/2008 com o nome de Rima Participações, em 27/11/2008 alterou sua denominação para Cia. E. Johnston de Participações e também modificou o objeto social para "Incorporação de empreendimentos imobiliários, holding de instituições não financeiras".

III. Sobre a matéria tributável.

· A infração fiscal se refere ao ganho de capital apurado pela E. Johnston participações, o qual não foi contabilizado pela sociedade, em razão da prática de uma sequência de atos societários, todos realizados sem nenhum propósito negocial, os quais afrontaram princípios contábeis, a legislação societária, inclusive quanto à utilização do instituto da incorporação de ações e a legislação tributária.

· Os atos deliberados destinaram-se exclusivamente a deslocar para os sócios, pessoas físicas, mediante formalização de ato de "incorporação de ações", somente pelo lapso temporal necessário, o ganho auferido e materializado pela sociedade na liquidação do seu investimento Unibanco Holdings, com a subscrição de capital na Itaú Unibanco Holding, desnaturando a existência e a função social da companhia como declarada no seu estatuto. Tão breve possível, os ativos recebidos, no caso em tela as ações ordinárias da Itaú Unibanco Holding, migraram à pessoa jurídica, a qual se denominou Companhia E. Johnston de Participações.

· No acordo de acionistas assinado em 28/11/2000, percebe-se que o grupo Unibanco tinha em sua estrutura organizacional duas empresas de capital aberto, a Unibanco Holdings S/A (UBBH) e o próprio Banco Unibanco S/A (UBB), que era a empresa financeira operacional do conglomerado. No alto do controle do braço financeiro, aparece a E. Johnston Representações e Participações S/A que era controladora da UBBH, conforme se extrai do mesmo acordo.

· O bem almejado e efetivamente adquirido pela Itaú Unibanco Holding, eram as ações ordinárias da Unibanco Holdings, as quais carregavam consigo o controle direto do Banco Unibanco e que pertenciam desde muito à sociedade E. Johnston Participações. Não havia em nenhum documento a relação de troca entre as ações da Itaú Unibanco Holding e as da E. Johnston, ao contrário, da análise do processo resta evidente que a quantidade de ações "entregues" aos sócios da E. Johnston Participações está diretamente relacionada à quantidade de ações que esta detinha no capital do Unibanco Holdings.

· Para possibilitar a utilização da relação de troca estabelecida de 1,1797 (ITHF/UBBH) efetuou-se os seguintes passos: i) Alienação dos demais ativos da E. Johnston, fazendo remanescer no ativo permanente apenas as ações ON da UBBH e do UBB e ii) Aumento do número de ações em que se dividia o capital da E. Johnston igualando ao número de ações ordinárias da UBBH e do UBB pertencentes à mesma, possibilitando a utilização da relação de troca de 1,1797 e deixando patente que tais movimentos destinaram a deslocar a propriedade dos ativos negociados, para as pessoas físicas, como se houvesse interesse na aquisição pelo grupo Itaú da E. Johnston Participações enquanto pessoa jurídica.

· Os fatos se tornam ainda mais evidentes quando analisados à luz do instituto jurídico da incorporação de ações, previsto no artigo 252 da lei 6.404/76.

· A incorporação de ações tem como objetivo a criação da figura da subsidiária integral e a decisão pela sua efetivação depende exclusivamente da vontade do acionista controlador. O artigo 116 da Lei das S/A impõe ao controlador da companhia o dever de agir no interesse da mesma para a consecução do seu objetivo e da sua função social, além de respeitar e atender os direitos dos demais, inclusive a comunidade em que atua.

· A fiscalização entende que os acionistas controladores da E. Johnston, ao decidir pela incorporação de ações da mesma pelo Itaú Unibanco Holding, não agiram de acordo com o interesse social da companhia, alijando-a de ganhos que, naquele momento, estavam materializados e dimensionados, decorrentes da liquidação do investimento na Unibanco Holding com a subscrição de capital no Itaú Unibanco Holding. Não havendo propósito comercial na operação tais efeitos não podem ser opostos ao Fisco. Ademais, até aos sócios da E. Johnston a situação é depreendida, visto que tão logo possível houve a devolução do ativo recebido através da subscrição de capital na Cia. E. Johnston de Participações.

· Na manifestação feita ao BACEN, para justificar a incorporação de ações da E. Johnston os envolvidos afirmam que no primeiro trimestre de 2009 efetuar-se-ia a incorporação das sociedades E. Johnston e Unibanco Holdings no Banco Itaú. Não se justifica "incorporar ações" e transformar uma companhia em subsidiária integral, quando se pretende de fato "incorporar uma sociedade". Tais institutos jurídicos não se confundem.

· Consta da Ata da assembléia geral extraordinária da IUPAR de 27/11/2008 que as ações subscritas pelos sócios da E. Johnston seriam integralizadas mediante conferência à sociedade das 445.686.615 ações ordinárias de emissão da Itaú

Unibanco Holding, para as quais foi atribuído o valor de R\$ 3.078.574.552,84, que representava o valor do custo histórico das ações da E. Johnston Participações na declaração de bens constante da DIRPF dos subscritores. Desta relação nasce o valor de R\$6,91, utilizado para precificar cada ação ordinária da Itaú Unibanco Holding atribuído pelos sócios da família Moreira Salles. Ainda que a subscrição de capital na Itaú Unibanco Holding tenha se efetivado a R\$10,51 por ação, os sócios pessoas físicas não reconheceram à época nenhuma espécie de ganho na operação.

· Com a aprovação do Banco Central do Brasil ocorrida, em fevereiro de 2009, o contribuinte pôde finalmente atingir o objetivo final desejado, qual seja, manter os ativos recebidos no processo de associação na pessoa jurídica que originalmente os detinha sem a contabilização do ganho apurado, demonstrando que não havia outro motivo na "incorporação de ações" da E. Johnston Participações senão deslocar, temporariamente, os ativos negociados para os sócios pessoas físicas.

· O não reconhecimento do ganho obtido na operação e a subscrição das ações da IUPAR com a entrega das ações ordinárias da ITHF precificadas a R\$6,91, teve por consequência a criação de deságio na IUPAR referente ao investimento recebido (ITHF) no valor de R\$3.616.403.146,00, o que resultou na atípica situação em que a IUPAR, empresa criada com o propósito único de compartilhar o controle da ITHF teria sido constituída, na parcela de responsabilidade do sócio E. Johnston, por bens entregues a valor inferior ao de Patrimônio Líquido. Conforme visualizado no quadro abaixo:

E. JOHNSTON	
VP investimento da IUPAR na ITHF	R\$ 16.561.049.862,00
No. de ações da ITHF detidas pela IUPAR	1.061.396.457,00
VP de cada ação	R\$ 15,60
Qtidade ações entregues pela EJ	445.686.615,00
VP das ações entregues pela EJ	R\$ 6.954.082.242,47 (a)
Valor de recebimento na IUPAR a R\$6,91 cada ação ITHF	R\$ 3.078.575.552,84 (b)
Deságio referente a subscrição da EJ	R\$ 3.875.506.689,63 (c) = (a)-(b)
ITAUSA	
VP investimento da IUPAR	R\$ 16.561.049.862,00
No. de ações da ITHF	1.061.396.457
VP de cada ação	R\$ 15,60
Qtidade ações entregues pela ITAUSA	615.709.842
VP das ações entregues pela ITAUSA	R\$ 9.606.967.619,53 (d)
Valor que foram recebidas na IUPAR a R\$16,02	R\$ 9.866.071.162,41 (e)
Ágio da parcela ITAUSA	-R\$ 259.103.542,88 (f) = (d)-(e)
DESÁGIO REGISTRADO NA IUPAR	R\$ 3.616.403.146,75 (c) + (f)

Do conjunto da reorganização societária promovida, abstraindo-se da mera formalização adotada pelas partes, externada nos atos por eles escriturados, considerando os fatos efetivos, que sempre devem estar suportados por propósitos econômicos justificáveis, dentre os quais não encontra guarida a "incorporação de ações" da E. Johnston Participações pelo Itaú; temos que a infração ora verificada se materializou pela falta de apuração do ganho de capital na E. Johnston Participações, decorrente da liquidação do investimento que detinha na Unibanco Holdings e no Banco Unibanco. A "incorporação de ações" da E. Johnston, a subsequente

integralização da IUPAR e por fim à subscrição do capital da Cia. E. Johnston com as ações emitidas pela IUPAR, foram atos contíguos que tiveram por resultado a alienação das ações ordinárias do Unibanco Holdings e do Unibanco pela E. Johnston à Itaú Unibanco Holdings, sendo imperioso, desta maneira, tratar os efeitos tributários de tal negócio.

IV. Do Direito aplicável.

· Aplicam-se os artigos 2º, 116, 251, 252 da lei 6.404/76; artigos 43, 117, 118 do CTN; artigos 219, 247, 248, 249, 251, 418, 425 e 426 do RIR/99.

· Quanto à responsabilidade tributária, aplica-se ao Itaú Unibanco S/A o artigo 132 do CTN e à Cia E. Johnston de Participações o artigo 124 do mesmo diploma legal.

V. Sobre o valor tributável.

· Foi tributada no final do ano calendário 2008, a parcela de R\$ 2.213.745.209,45, correspondente ao ganho de capital apurado na liquidação dos investimentos Unibanco Holdings e Banco Unibanco, os quais foram entregues na subscrição de capital da Itaú Unibanco Holding, mediante recebimento de 445.686.815 ações ordinárias, subscritas no capital daquela sociedade pelo valor de R\$ 10,51 cada, conforme demonstrativo abaixo:

Ativo entregue:	
Unibanco Holdings ações ON	525.398.072
Banco Unibanco ações ON	378.434
Total de ações entregues	525.776.506
Ações Itaú Unibanco Holding ON	
Recebidas	445.686.615
Valor de subscrição de cada ação	R\$ 10,51
Valor total do novo investimento	R\$ 4.684.166.323,65
Custo Contábil do investimento entregue	R\$ 2.470.421.114,20
Ganho de capital - Valor tributável	R\$ 2.213.745.209,45

· O crédito tributário foi lançado com multa punitiva de 75%, na forma do inciso I do artigo 957 do RIR/99, acompanhado dos acréscimos legais cabíveis.

· O ganho de capital apurado foi adicionado à base de cálculo estimada do IRPJ e da CSLL referente ao mês de novembro, nos termos dos artigos 222 e 225 do RIR/99, sujeitando o contribuinte ao lançamento de ofício da multa isolada de que trata o inciso II do artigo 44 da lei 9.430/96, conforme demonstrativos abaixo:

...

Irresignado com a autuação, o Itaú Unibanco S/A apresentou, em 13/12/2013, a impugnação de fls. 1.455 a 1.472, informando e alegando, em síntese, o seguinte:

Fatos

i) A integração das atividades dos grupos Itaú e Unibanco se deu em duas etapas: a) primeiramente as operações do grupo Unibanco foram absorvidas pelo Banco Itaú, mediante incorporação de ações do Unibanco S/A e de suas holdings (UBBH e E. Johnston); b) depois as ações do Banco Itaú emitidas para os antigos acionistas do grupo Unibanco foram incorporadas pelo Itaú Holding. Subsequentemente, em operação que envolveu apenas os antigos controladores do Itaú e os antigos controladores do Unibanco, foi criada a *holding* IUPAR, cujo capital foi integralizado com o aporte de ações ordinárias do Itaú Holding possuídas por ambos os grupos de controladores. Na visão do autuante, segundo TVF, as ações do grupo Unibanco, possuídas pela E. Johnston, teriam sido transferidas para a Itaú Holding, ficando a E. Johnston fora do controle do Banco Itaú, como acionista dele e não como controlada.

Preliminares

ii) Como visto, o TVF nega a incorporação de ações da E. Johnston pelo Banco Itaú S.A. e pelo Itaú Holding. A E. Johnston teria entregue em subscrição de capital do Itaú Holding as ações que possuía no capital da Unibanco Holdings e do Unibanco. Nessa "entrega", teria realizado ganho de capital.

iii) Conforme o autuante, as pessoas físicas sócias da E. Johnston falsamente receberam ações do Banco Itaú, depois falsamente receberam ações do Itaú Holding e, por decorrência lógica, falsamente aportaram estas ações ao capital da IUPAR. Tanto que, afinal, as ações retornam à pessoa jurídica que originalmente as possuía. Quem, "na realidade", teria recebido ações emitidas pelo Itaú Holding seria a E. Johnston (que, depois, aportou essas ações na IUPAR). Para o autuante, quem continua existindo é a E. Johnston Representação e Participações S.A., que agora teria recebido novo nome, Cia. E. Johnston de Participações.

iv) Observada a lógica do autuante, o contribuinte continuaria sendo, única e exclusivamente, a E. Johnston, agora sob nova denominação social, porém, em total contradição, o mesmo considera o Banco Itaú como responsável tributário e arrola a Cia E. Johnston como responsável solidário.

v) O auto de infração não identifica como sujeito passivo a E. Johnston mas somente "Itaú Unibanco S.A. (responsável por sucessão) e outro", sem especificar quem seria o outro. Fica evidente o erro na identificação do sujeito passivo em desarmonia com a fundamentação do auto, o que o inquina de nulidade.

vi) No auto de infração lavrado em 25/06/13 (processo administrativo nº 16327.720680/2013-61), a fiscalização reconheceu que as ações da E. Johnston, da Unibanco Holding e do Unibanco foram para o ativo do Banco Itaú (fls. 78 daquele processo), embora tenha sustentado que a sequência das operações "reais" foi inversa: primeiro elas teriam sido aportadas no Itaú Holding. No atual TVF a fiscalização muda a valoração dos fatos que embasaram a autuação anterior dizendo que não houve aporte das ações da E. Johnston nem no Itaú Holding nem no Banco Itaú. Agora, a E. Johnston é que teria feito o aporte, não de suas próprias ações, obviamente, mas das ações que possuía no Unibanco Holding e no Unibanco. É o mesmo autuante que faz essa valoração fático-iurídica radicalmente diferente para a mesma operação, o que fulmina de nulidade o auto de infração, lavrado em total desacordo com o art. 142 do CTN.

Mérito

vii) As operações praticadas, além de serem legítimas, representaram o caminho mais racional e direto para a implementação da associação, enquanto a sequência imaginada pela fiscalização, além de esbarrar em vedações legais, supõe a realização de passos materialmente impossíveis de serem implementados.

viii) Para integrar as estruturas societárias e operacionais dos dois grupos a Associação foi realizada em duas etapas consecutivas e sucessivas: (i) a unificação das operações financeiras dos dois bancos e (ii) a união das estruturas acionárias, com a integração de todos os acionistas numa única companhia aberta.

ix) A incorporação das ações de emissão das sociedades que integravam o grupo Unibanco (Unibanco, Unibanco Holdings e E. Johnston) ao patrimônio do Banco Itaú assegurou a unificação das operações financeiras dos dois bancos.

x) A incorporação das ações de emissão do Banco Itaú ao patrimônio da Itaú Holdings promoveu a união das estruturas acionárias, com a integração de todos os acionistas numa única companhia aberta.

xi) Seria praticamente impossível implementar a Associação por meio de simples aumentos de capital do Banco Itaú ou da Itaú Holding a serem integralizados com ações de emissões do Unibanco e da Unibanco Holdings, pois, para tanto, seria necessária a manifestação individual de cada um dos milhares de acionistas destes últimos.

xii) A Lei nº 4.595/1964 (artigo 28) proíbe o aumento de capital de instituições financeiras em bens, a não ser em hipóteses excepcionais.

xiii) Seria também praticamente impossível utilizar o instituto da fusão, na medida em que este pressuporia a extinção de todas as sociedades existentes e a criação de pessoas jurídicas novas, que deveriam, a partir de sua constituição, obter as necessárias autorizações do Banco Central do Brasil – Bacen e da Comissão de Valores Mobiliários – CVM para poderem funcionar e ter suas ações admitidas à negociação no mercado.

xiv) Tendo em vista a rapidez com que foi deliberada e concretizada a associação entre os grupos Itaú e Unibanco, era importantíssimo que, ao menos no primeiro momento, fosse mantida a personalidade jurídica de todas as companhias envolvidas, a fim de que fosse possível avaliar, com tranquilidade, os eventuais impactos que a extinção de algumas delas poderia acarretar sobre seus contratos e demais negócios jurídicos.

xv) A manutenção das diferentes pessoas jurídicas teve motivações de ordem regulatória. Dado que a Associação precisaria passar pela aprovação das autoridades (Bacen, CADE), extinguir as empresas poderia criar uma situação de difícil reversão na hipótese de a Associação não ser aprovada.

xvi) Posteriormente, o Banco Itaú complementou a reorganização dos negócios financeiros (antes segregados nas várias sociedades por ele "incorporadas"), alocando-os aos vários segmentos (varejo, corporate, seguros etc).

xvii) As operações societárias realizadas foram submetidas ao escrutínio das autoridades reguladoras. O Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE analisaram detidamente as estruturas, aprovando-as expressamente.

xviii) O caminho imaginado pelo Fisco esbarraria na lei e não atenderia aos objetivos da Associação (unificação com a Itaú Holding de 100% da estrutura acionária do Unibanco).

xix) O fundamento da autuação - a "inexistência" da incorporação de ações da E. Johnston (sob o argumento de que o objeto de interesse do Itaú eram os ativos da E. Johnston e não a própria empresa) - se aceito, levaria à conclusão de que também não teria havido a incorporação de ações da Unibanco Holdings (cujo ativo também era composto exclusivamente por ações do Unibanco e estas é que seriam o objeto de interesse do Itaú).

xx) Na lógica construída pelo autuante, a Unibanco Holdings também teria aportado no Itaú as ações que possuía no Unibanco (já que era nestas ações que o Itaú tinha interesse). Ora, seguindo o raciocínio do autuante, o "ganho de capital" que ela teria apurado nesse aporte não poderia ser tributado na E. Johnston, e sim nela mesma. Ou seja, a própria autuação nega o seu fundamento pois da mesma forma que aceita o fato de que as ações da Unibanco Holdings (possuídas pela E. Johnston) puderam ser transacionadas (para o efeito de fundamentar o alegado ganho de capital na E. Johnston), nega a validade da transação feita com as ações da E. Johnston, que também era uma *holding* pura, sendo que o objetivo final da incorporação de ações de uma *holding* e de outra era rigorosamente o mesmo: em ambas, se visava à titularidade indireta das ações do Unibanco.

xxi) Se não existe razão para a alienação de ações da *holding* pura E. Johnston (que é o fundamento do auto), não existe razão para a alienação de ações da *holding* pura Unibanco Holdings (que é o objeto do auto). O objeto da autuação contraria o seu próprio fundamento.

xxii) Tudo isso mostra que aquilo que efetivamente ocorreu foi a incorporação das ações das três companhias (E. Johnston, Unibanco Holdings e Unibanco), mesmo porque esse era o caminho natural, simples e direto para se trazer 100% do grupo Unibanco (controladores e minoritários) para o âmbito do Itaú.

xxiii) Mais uma razão que enfatiza a insubsistência do auto de infração está na inconsistência de outros fatos que o autuante considera "reais". O TVF aceita o fato de que a E. Johnston foi incorporada pelo Banco Itaú, não obstante tenha afirmado que ela se tornou acionista da *holding* do Itaú (Itaú Holding). Tal fato acarretaria em uma aberrante participação recíproca, causando uma enorme redução do patrimônio líquido do Banco Itaú.

xxiv) Não se pode acolher a duplicidade de penalidades de ofício sobre uma mesma infração, pois o valor do tributo (supostamente não recolhido), tanto fez parte do crédito tributário lançado de ofício e sobre o qual incidiu a multa de 75%, quanto foi utilizado a título de base de cálculo da multa isolada por falta de recolhimento de estimativa.

xxv) No caso deste processo, trata-se de dupla incidência sobre a mesma materialidade, pois o valor do pagamento mensal é exatamente a totalidade ou diferença do tributo incluído pela autoridade fiscal no cálculo do ajuste anual.

xxvi) Não é cabível a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício. Da leitura do artigo 61 da lei 9.430/96 se extrai que não incidem juros de mora sobre a multa de mora, assim, por iguais razões não cabe aplicar tais juros sobre a multa de ofício. Se a multa de ofício estivesse compreendida na referência aos débitos do *caput* do citado artigo chegar-se-ia ao absurdo de concluir que o § 3º do artigo prevê a incidência de multa de mora sobre a multa de ofício.

xxvii) Os artigos 164 e 161 do CTN separam tributo, juros de mora e penalidades. Por consequência não são aplicáveis à multa de ofício os juros de 1% ao mês referidos no § 1º do art. 161 do CTN.

Requer seja reconhecida a improcedência do auto de infração.

Também irressignada, a Cia E. Johnston de Participações apresentou, em 17/12/2013 (fls. 1.638), a impugnação de fls. 1.596 a 1.601, informando e alegando, em síntese, o seguinte:

a) A associação objetivou a unificação das atividades operacionais do grupo Unibanco no grupo Itaú e se daria da forma descrita pelo outro impugnante, ou seja, primeiro por incorporação de ações de todas as empresas que compunham a estrutura societária do grupo Unibanco pelo banco Itaú, segundo pela incorporação de ações do Banco Itaú, detidas pelos antigos acionistas do grupo Unibanco, pela Itaú Holding Financeira S/A. e por último pela constituição da IUPAR com ações da Itaú Holding detidas pelos controladores dos dois grupos.

b) O autuante, no entanto, entende que a associação teria se dado de forma diversa, conforme já explicado (aumento de capital da Itaú Holding, subscrito pelos acionistas do grupo Unibanco, inclusive E. Johnston, com entrega de ações da UBBH e UBB). Tal conclusão não encontra nenhum apoio na realidade, pois, conforme contrato de associação, objetivou-se a unificação integral das atividades operacionais dos grupos Itaú e Unibanco, bem como a unificação integral da estrutura societária do grupo Unibanco no grupo Itaú. Fazia, portanto, todo o sentido negocial, sendo mesmo necessária, que a integração compreendesse todas as empresas do grupo Unibanco, até o nível das pessoas físicas. Assim, nada mais normal que as empresas do grupo Unibanco já ficassem integralmente desde o início embaixo do Banco Itaú, que era e foi seu destino natural para depois promover a unificação dos acionistas numa única companhia aberta.

c) Nesse contexto, a operação envolveu a incorporação das ações da EJ pelo Banco Itaú.

d) Para o fiscal, a EJ teria subscrito o aumento de capital da Itaú Holding Financeira, entregando as ações da Unibanco Holdings de que era titular. Nesse sentido, pretende o fiscal autuar suposto ganho de capital auferido pela EJ, correspondente à diferença entre o custo do investimento que essa mantinha na Unibanco Holdings e o valor pelo qual, segundo o fiscal, tal participação societária teria sido entregue à Itaú Holding Financeira S/A. Para fundamentar tal raciocínio, chega o autuante a afirmar que EJ e o impugnante são uma única e mesma empresa.

e) De forma contraditória, o fiscal lavra a autuação contra o Itaú Unibanco S/A (atual denominação do Banco Itaú), na qualidade de sucessor por incorporação da EJ. E decide incluir o impugnante como responsável solidária por ter interesse comum no fato gerador tributável. Tal tese exigiria a desconsideração de operações societárias efetivamente ocorridas e aprovadas por todos os órgãos reguladores do País.

f) Ou: a) EJ e o impugnante são uma única e mesma companhia, e, nesse sentido, deveria ter sido o impugnante identificado como contribuinte (art. 121 do CTN); ou b) EJ e Impugnante são "quase uma única e mesma companhia", por sucessão, e então a razão para ele ser sujeito passivo teria de ser a sucessão prevista no art. 132 do CTN; ou c) são companhias distintas, e, nesse caso, forçosa a conclusão de que nenhum vínculo as une, para nenhum efeito.

g) Se aceita a opção “a” o auto é nulo por não ter identificado o sujeito passivo como contribuinte. Já se aceita a opção “b”, haveria vício insanável no motivo da responsabilização tributária da Impugnante, pois não houve menção da sucessão.

h) Dados da realidade demonstram que o impugnante e a EJ são companhias constituídas de forma independente, em datas diferentes, com objetos sociais diversos, registros societários diferentes na Junta Comercial e com diferentes inscrições no Cadastro de Contribuintes do Ministério da Fazenda. Nunca houve qualquer ato societário ou contratação envolvendo a EJ e o impugnante.

i) Enquanto a EJ tinha por característica precípua concentrar direitos econômicos e políticos das ações que compunham o bloco de controle de todo o grupo Unibanco, o impugnante tem como objetivo apenas organizar o exercício do direito de voto da família Moreira Salles na IUPAR. Apesar das denominações parecidas, os papéis seriam diversos.

j) Se aceita a opção “c”, forçosa a conclusão de que o impugnante não tem vínculo com o fato gerador apto a acarretar sua responsabilidade tributária solidária.

k) O impugnante e a EJ não têm interesse comum, nos termos do artigo 124 do CTN, pois: i) não há participação do impugnante no fato gerador identificado, este nunca foi titular de ações do grupo Unibanco. Seu capital social na constituição era de R\$ 9.000,00 e, em fevereiro de 2009, seu patrimônio era basicamente de R\$ 900,00 e ii) o impugnante apenas se torna envolvida no controle do grupo Itaú Unibanco após ter recebido as ações da IUPAR que eram de titularidade de família Moreira Salles, o que ocorreu em 27/02/2009, ou seja, 3 meses após o fato gerador apontado.

l) O propósito negocial, além do explicado acima (concentração operacional no Banco Itaú e acionária na Itaú Holding), se justifica uma vez que não faria sentido se incorporarem somente as ações somente do Unibanco. Era lógico e até natural terem sido incorporadas as ações de ambas as puras holdings do grupo Unibanco pelo Banco Itaú (ou como quis o fiscal, pela Itaú Holding Financeira).

m) O fato do impugnante ter recebido participação societária controladora do grupo Itaú Unibanco se justifica pela forma ordinária de condução de negócios. É normal que pessoas físicas, que detêm participação em grandes grupos econômicos, tenham por conveniente concentrar tal participação em sociedades holdings, de modo a organizar o exercício de seus poderes e deveres como sócio.

n) A similitude de denominação tem explicações históricas. O embaixador Walther Moreira Salles iniciou sua notável saga empresarial adquirindo em Londres, em 1950, uma empresa denominada Brazilian Warrant, que era dona da maior plantação contínua de café do mundo, em Matão, SP. Tal compra foi feita pela aquisição do controle da empresa diretamente de sua família fundadora, a família Johnston, que detinha 10% do capital da Brazilian Warrant (o restante do capital foi adquirido na bolsa de Londres, por oferta pública). A Brazilian Warrant, por sua vez, detinha, entre seus ativos, investimento em uma exportadora de café, denominada E. Johnston. Essa companhia (E. Johnston), desde então, foi mantida pela família Moreira Salles, como holding familiar. Esta é a razão da preservação do nome.

o) Caso se entenda pela manutenção da responsabilidade tributária do impugnante, a autuação é manifestamente improcedente. Trata-se de ficção criada pela autoridade fiscal.

p) Não é crível imaginar que as operações societárias, que atingiram dezenas de milhares de acionistas minoritários, acompanhadas e aprovadas por todos os órgãos reguladores (entre eles, Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários e Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência), tenham sido ilusórias e irreais.

q) A operação sugerida pelo fiscal é impossível de se concretizar. O fiscal imaginou que houve a deliberação de aumento de capital da Itaú Holding Financeira, subscrito pelos acionistas do grupo Unibanco. Para que tal operação societária se realizasse, todos e cada um dos acionistas do grupo Unibanco deveriam ter comparecido, assinado o boletim de subscrição do aumento de capital, e realizado todos os procedimentos, junto a corretoras e à Bolsa de Valores, para transferir as ações do grupo Unibanco para a Itaú Holding Financeira, em integralização do aumento de capital.

r) A operação sugerida pelo fiscal é ilegal. O art. 28 da Lei 4.595/64 impede que a integralização de capital em instituições financeiras (e a Itaú Holding Financeira é instituição financeira) seja realizado em bens.

Requer seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração impugnado, por erro na identificação do sujeito passivo: ou, seja reconhecida a inexistência de responsabilidade solidária por não estarem configurados os requisitos do art. 124, I, do CTN ou ainda seja o auto de infração cancelado por não verificação do fato gerador nele identificado.

A 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo, São Paulo, apreciando as razões de defesa trazidas ao processo, decidiu, por meio do acórdão nº 16-58.323, de 30 de maio de 2014, pela procedência dos lançamentos tributários.

O referido julgado restou assim ementado:

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. OPERAÇÕES DESPROVIDAS DE LÓGICA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. INOPONIBILIDADE AO FISCO.

São inoponíveis ao Fisco os efeitos fiscais advindos de reorganização societária praticada por meio de operações que, isolada ou conjuntamente analisadas, se mostram desprovidas de lógica econômica ou societária, quando inexistente, para sua prática, motivação outra que não seja preponderantemente a economia de tributos. A análise do Fisco, em sede de planejamento tributário, se restringe à obrigação de aceitação ou não dos efeitos fiscais advindos do mesmo e não na validade ou descon sideração dos atos formais efetivados.

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ASPECTOS FORMAIS. DEPENDÊNCIA.

Havendo a identificação do contribuinte responsável pelo cometimento da infração e tendo sido este incorporado, a responsabilidade por sucessão deve levar em consideração os aspectos formais que continuam válidos para todos os fins (civis, comerciais, tributários, etc.). Já a responsabilidade solidária prevista no artigo 124, I do Código Tributário Nacional, impõe ao Fisco a apuração do “interesse comum”, que por sua vez não está necessariamente vinculado aos aspectos formais dos atos.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. MATERIALIDADES DISTINTAS.

A partir do advento da MP 351/2007, convertida na Lei 11.488/2007 a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

CSLL. DECORRÊNCIA.

O resultado do julgamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ espraia seus efeitos sobre a CSLL lançada em decorrência das mesmas infrações.

Irresignadas, a contribuinte autuada e a apontada como responsável solidária interuseram os recursos voluntários de fls. 1.710/1.781 e 1.988/2.007, por meio dos quais sustentaram:

ITAÚ UNIBANCO S/A

- que na autuação levada a efeito contra a empresa ITAÚ UNIBANCO HOLDINGS S/A (processo nº 16327.720680/2013-61), a autoridade fiscal deu às mesmas operações societárias interpretação distinta;

- que a Fiscalização foi explícita quanto ao seu entendimento de que as operações que teriam ocorrido no caso não seriam de INCORPORAÇÃO DE AÇÕES, mas, sim, de aumento de capital mediante subscrição com bens, de modo que o ato decisório recorrido não poderia afirmar "*que quando o fiscal questiona as incorporações de ações (art. 252) invocando o art. 170, ele teria pensado em incorporação de ações e não em aumento de capital com integralização em bens (ações) e por desconhecimento das diferenças entre os dois institutos, falou num deles o tempo todo, mas só pensava no outro*";

- que o "caminho" imaginado pela Fiscalização (aumento de capital com integralização de bens), era no caso praticamente impossível, visto que exigiria manifestação individual de cada um dos milhares acionistas do UNIBANCO e da UNIBANCO HOLDINGS, além do fato de que seria vedado por lei (art. 28 da Lei nº 4.595/64 proíbe o aumento de capital de instituições financeiras em bens, salvo em situações excepcionais);

- que o ato decisório recorrido, percebendo que a tese do aumento de capital era impossível, na tentativa de "salvar" a autuação, passa a sustentar que a Fiscalização só poderia ter "pensado" em incorporação de ações, nunca em aumento de capital;

- que, ainda que fossem corretos os entendimentos esposados na decisão de primeira instância e na declaração de voto, o mesmo resultado patrimonial e fiscal seria obtido e nenhum tributo incidiria na operação;

- que as empresas E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A e COMPANHIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES são companhias distintas, formal e substancialmente;

- que a maior parte dos frutos decorrentes dos lucros e dividendos das atividades do Grupo ITAÚ UNIBANCO são pagos diretamente à família MOREIRA SALES, o que afasta o argumento de que as ações da ITAÚ HOLDING FINANCEIRA teriam apenas "passado" formalmente pelas pessoas físicas;

- que os direitos equivalentes aos que antes da associação constituíam o objeto social da E. JOHNSTON (direito ao recebimento dos dividendos e o exercício do controle de um dos grupos), foram, após as operações de incorporação de ações, desmembrados entre diferentes titulares (os direitos políticos passaram a ser exercidos pela IUPAR, enquanto os direitos econômicos passaram a ser auferidos diretamente pelas pessoas físicas);

- que, enquanto a COMPANHIA E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES passou a deter exclusivamente as ações ordinárias representativas de seu investimento na IUPAR, a empresa E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A possuía na data da operação diversos outros ativos de valor expressivo, que jamais foram transferidos seja para a COMPANHIA E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES seja para a IUPAR ou para a ITAÚ UNIBANCO HOLDINGS, permanecendo em seu ativo até a extinção da sociedade quando de sua incorporação pelo BANCO ITAÚ;

- que os fatos invocados pela Fiscalização e pelo ato decisório recorrido não autorizam concluir que a incorporação de ações se deu na ordem inversa da que foi praticada pelas partes, e tendo por objeto as ações do UNIBANCO e da UNIBANCO HOLDINGS detidas pela E. JOHNSTON, e não suas próprias ações;

- que, se a posterior incorporação da E. JOHNSTON, que não foi questionada, seria a prova de que a incorporação de suas ações jamais foi desejada, suficiente para que se desconsiderassem para efeitos fiscais essa operação, a única conclusão possível é a de que para efeitos fiscais deveria ser considerado ter ocorrido no caso apenas a incorporação direta pelo BANCO ITAÚ da E. JOHNSTON;

- que, a se entender que deve ser desconsiderada, para fins fiscais, a incorporação de ações da E. JOHNSTON pelo BANCO ITAÚ, então, quem teria recebido as ações por este emitidas em virtude do aumento do seu capital a valor de mercado seriam os acionistas da sociedade incorporada (E. JOHNSTON), que no caso são pessoas físicas;

- que, no que diz respeito à declaração de voto feita em primeira instância, é equivocada a correspondência que é efetuada entre o ágio de um lado e o ganho de capital do outro, o que fica evidente de plano quando se constata que o deságio não gera perda dedutível para os demais acionistas da sociedade investida;

- que, no caso de incorporação de ações, em que tem-se apenas a substituição das ações anteriormente detidas pelas ações da nova sociedade, o fato de as ações anteriormente detidas eventualmente ingressarem na sociedade que as incorporar a valor de mercado, não acarreta de modo algum o surgimento de um ganho de capital imediatamente tributável para o antigo detentor das ações incorporadas, mas apenas e tão somente faz nascer um deságio que somente será tributado quando da alienação das ações recebidas em substituição, justamente porque o ordenamento reconhece que antes que isto ocorra não há que se falar em realização da renda;

- que à Fiscalização e à autoridade administrativa julgadora não é dada a liberdade para desconsiderar ou alterar os negócios jurídicos firmados pelo contribuinte e pretender tributar uma suposta renda que se supõe auferida sem a indicação precisa e específica de qual seria o verdadeiro negócio jurídico que supostamente teria sido realizado;

- que não se questiona que havia outras opções para atingir o objetivo pretendido pela Associação, mas esses caminhos, no caso de bancos, ou encontravam obstáculos legais, ou eram materialmente impossíveis ou eram impraticáveis por questões regulatórias, ou ainda apresentavam sequência menos direta e lógica do que a adotada;

- que as alternativas, incluindo as sugeridas pelo Fisco, pelo ato decisório recorrido e pela declaração de voto, se possíveis e adotadas, levariam a efeitos iguais aos que foram obtidos com as incorporações de ações, sem apresentar nenhuma vantagem de ordem comercial ou econômica, ou diferença de tratamento tributário;

- que a única operação que geraria o ganho de capital que se pretende tributar seria a efetiva venda do controle acionário do UNIBANCO pelos seus antigos controladores (E. JOHNSTON), o que implicaria então sua retirada do negócio que passaria a ser tocado exclusivamente pelo Grupo ITAÚ, o que representaria operação totalmente distinta e contrária aos objetivos que ensejou a transação em si, que foi a unificação das operações bancárias do ITAÚ e do UNIBANCO em um único banco e o controle compartilhado deste novo Grupo ITAÚ-UNIBANCO pelos antigos controladores do ITAÚ e do UNIBANCO;

- que não há na incorporação de ações verdadeira alienação, e sim mera substituição de ações de uma empresa por ações de outra, mas que, ainda que de alienação se tratasse, não teria ocorrido no caso concreto qualquer ganho de capital tributável, dada a absoluta ausência de realização da renda;

- que, se as operações societárias praticadas foram falsas, como afirma a autoridade autuante, a E. JOHNSTON sempre teria mantido a sua existência, inclusive para apurar o alegado ganho de capital, tendo apenas mudado ligeiramente sua denominação social, porém, contraditoriamente, o referido autuante considera no Termo de Verificação Fiscal como responsável tributário o BANCO ITAÚ (atual ITAÚ UNIBANCO) e arrola a CIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES como responsável;

- que o auto de infração não identifica como sujeito passivo a E. JOHNSTON, mas somente "Itaú Unibanco (responsável por sucessão) e outro" (indaga: *Quem é outro?*);

- que é evidente o erro substancial na identificação do sujeito passivo, em desarmonia com a fundamentação do auto, o que o inquina de nulidade;

- que a decisão recorrida, ao ter como correta a indicação do ITAÚ UNIBANCO S/A como sujeito passivo por entender que não houve desconsideração das operações formalmente efetuadas mas apenas de seus efeitos tributários, afirma algo que não condiz com o que autuante pretendeu fazer, pois ele não só desconsiderou os efeitos da incorporação de ações da E. JOHNSTON, mas, sim, a própria operação, tanto que os efeitos que está tributando são de outra operação (aumento de capital com integralização de ações);

- que a CIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES não pode ser identificada com a E. JOHNSTON para um efeito (desconsideração da incorporação das ações da E.

JOHNSTON) e ser considerada empresa distinta para outra efeito (incorporação da E. JOHNSTON no ITAÚ UNIBANCO S/A);

- que o auto de infração seria nulo, visto que a autoridade fiscal modificou os fatos que ela mesmo considerou reais em outra autuação (processo administrativo nº 16327.720680/2013-61);

- que as afirmações consignadas no voto vencedor e no Termo de Verificação Fiscal de que a intenção das partes era uma e o caminho seguido foi outro e que a incorporação das ações da E. JOHNSTON pelo BANCO ITAÚ foi totalmente omitida no FATO RELEVANTE publicado em 03/11/2008, não são verdadeiras, visto que no CONTRATO DE ASSOCIAÇÃO já havia a previsão da incorporação das ações das empresas do Grupo UNIBANCO (E. JOHNSTON, UNIBANCO HOLDINGS e UNIBANCO) pelo BANCO ITAÚ, exatamente na ordem em que foi efetivada;

- que o autuante insurgira-se contra as chamadas *step transactions* da realizadas alegando duração de poucos minutos, mas, o caminho proposto por ele também envolveria *step transactions* que durariam poucos minutos e ainda levariam a um "passeio" do investimento pela ITAÚ HOLDING;

- que a ordem dos fatos, se alterada, não mudaria o resultado, nem econômico, nem negocial, nem tributário;

- que, analisado o "filme" inteiro, fica claro o "caminho" percorrido e o resultado almejado, onde, nesse "caminho": a) não houve aumento de capital por aporte (art. 170 da Lei das S/A); b) houve incorporação de ações (art. 252 da Lei das S/A); e c) não se aplica o art. 264 pois a relação de troca de ações do Grupo ITAÚ pelas ações do Grupo UNIBANCO foi negociada entre partes não relacionadas;

- que, desde o início da operação, o objetivo declarado e concretizado sempre foi a unificação das operações bancárias dele, Recorrente, e do UNIBANCO, porém, se ele tivesse levado o investimento para o ITAÚ HOLDING e, depois, para o BANCO ITAÚ, que era o seu destino, a Fiscalização certamente o acusaria de fazer um "passeio" com o investimento e glosaria seu ágio;

- que a MULTA ISOLADA prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96 é ilegal, não procedendo a afirmação, contida no ato decisório recorrido, de que, com as alterações trazidas pela Lei nº 11.488, de 2007, está permitida a concomitância dela com a multa de ofício;

- que, pelo que se infere da legislação que rege a matéria, esta somente autoriza a incidência de multa e juros sobre o valor atualizado do tributo ou da contribuição, inexistindo autorização para o cálculo dos juros sobre o valor da multa, como pretende o Fisco.

CIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES

- que as empresas E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A e COMPANHIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES são companhias distintas, formal e substancialmente;

- que, enquanto a E. JOHNSTON tinha por fim específico concentrar direitos econômicos e políticos das ações que compunham o bloco de controle de todo o Grupo UNIBANCO, a CIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES tem como objetivo organizar o exercício do direito de voto da família MOREIRA SALLES na IUPAR, sendo esta a sociedade que passou a exercer o papel de controladora do novo Conglomerado financeiro resultante da transação;

- que a maior parte dos frutos decorrentes dos lucros e dividendos das atividades do Grupo ITAÚ UNIBANCO são pagos diretamente à família MOREIRA SALES, o que afasta o argumento de que as ações da ITAÚ HOLDING FINANCEIRA teriam apenas "passado" formalmente pelas pessoas físicas;

- que os direitos equivalentes aos que antes da associação constituíam o objeto social da E. JOHNSTON (direito ao recebimento dos dividendos e o exercício do controle de um dos grupos), foram, após as operações de incorporação de ações, desmembrados entre diferentes titulares (os direitos políticos passaram a ser exercidos pela IUPAR, enquanto os direitos econômicos passaram a ser auferidos diretamente pelas pessoas físicas);

- que a CIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES, apesar de adquirir denominação social parecida com a extinta E. JOHNSTON, exerce papel diverso, que passou a existir depois das operações de incorporações de ações (regular as relações entre as pessoas físicas, que anteriormente controlavam o Grupo UNIBANCO, no que se refere agora ao compartilhamento - e não mais exercício isolado - do controle do novo conglomerado financeiro formado, a partir de suas participações no capital da IUPAR);

- que, enquanto a COMPANHIA E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES passou a deter exclusivamente as ações ordinárias representativas de seu investimento na IUPAR, a empresa E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A possuía na data da operação diversos outros ativos de valor expressivo, que jamais foram transferidos seja para a COMPANHIA E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES seja para a IUPAR ou para a ITAÚ UNIBANCO HOLDINGS, permanecendo em seu ativo até a extinção da sociedade quando de sua incorporação pelo BANCO ITAÚ;

- que, diferentemente do que assegura o ato decisório recorrido, a impugnação anteriormente apresentada não se baseou apenas em aspectos formais, mas fundamentalmente em aspectos substanciais (transcreve excertos da peça impugnatória);

- que a decisão recorrida também não pode prevalecer, pois desconsiderou completamente o sentido e alcance do art. 124, I, do Código Tributário Nacional;

- que, assentado que o interesse comum que conduz à solidariedade significa que ambas as pessoas jurídicas praticaram o fato gerador da obrigação tributária, e, considerando que no caso o suposto fato gerador seria, na visão do Fisco, a entrega pela E. JOHNSTON das suas participações nas societárias no UNIBANCO HOLDING e no UNIBANCO, então, para que a COMPANHIA E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES pudesse ser solidária na suposta obrigação de pagar IRPJ e CSLL decorrente dessa entrega, deveria também ter promovido tal entrega, o que só ocorreria se fosse detentora de parte dessas participações societárias ou co-proprietária nas participações da E. JOHNSTON;

- que caberia ao Fisco comprovar essa participação da COMPANHIA E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES no suposto fato gerador, jamais atribuir responsabilidade tributária invocando a similitude da denominação das duas pessoas jurídicas;

- que a manutenção do seu nome no auto de infração, como responsável solidário, poderá trazer-lhe graves prejuízos.

Às fls. 2.077/2.123, a Fazenda Nacional, amparada pelas disposições do parágrafo 2º do art. 48, ANEXO II, do Regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, apresenta contrarrazões aos recursos voluntários interpostos, em que, rebatendo os argumentos expendidos nas referidas peças de defesa, protesta pela manutenção, na íntegra, dos lançamentos tributários efetivados.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço dos apelos.

Trata a lide de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e MULTA ISOLADA, relativas ao ano calendário de 2008, formalizadas a partir de auditoria promovida na operação societária conhecida como FUSÃO DO ITAÚ COM O UNIBANCO.

A autuação foi efetuada na pessoa jurídica ITAÚ UNIBANCO S/A, na qualidade de sucessora de E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES S/A, tendo sido incluída também no polo passivo da obrigação tributária formalizada, como responsável solidária, a pessoa jurídica COMPANHIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES.

Aprecio, pois, os recursos voluntários interpostos.

Alega-se que a Fiscalização pautou a imputação da infração com base em três aspectos, quais sejam:

A - a ordem em que verdadeiramente ocorreram as operações foi diversa da ordem em que FORMALMENTE foram realizadas;

B - as operações realizadas não se caracterizaram como INCORPORAÇÃO DE AÇÕES, mas, sim, como SUCESSIVOS AUMENTOS DE CAPITAL com integralização de bens (ações); e

C - a pessoa jurídica E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A teria sido sujeito e não objeto das operações realizadas.

Argumenta-se que a Fiscalização, em procedimento anterior, analisando as mesmas operações e em que a autuada foi a pessoa jurídica UNIBANCO HOLDINGS S/A (processo nº 16327.720680/2013-61), deu interpretação distinta aos fatos, visto que:

i) no referido procedimento (processo nº 16327.720680/2013-61), afirmou expressamente que as ações da E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A tinham sido conferidas ao capital da ITAÚ UNIBANCO HOLDINGS S/A e depois ao do BANCO ITAÚ, de modo que, ao final, ela, a E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, tornou-se subsidiária integral deste último (BANCO ITAÚ S/A), antes de ser por ele incorporada, o que de fato ocorreu;

ii) na presente autuação, diferentemente, passou a sustentar que seria ela, a E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, quem teria "verdadeiramente" feito o aumento de capital na ITAÚ UNIBANCO HOLDINGS S/A e no BANCO ITAÚ, o que efetivamente não ocorreu.

Resumindo a compreensão acerca dos fatos declinada pela Fiscalização no presente processo, sustenta-se que ela, a Fiscalização, entendeu *"que as ações do grupo Unibanco possuídas pela holding E. Johnston (cujas ações foram incorporadas pelo Banco Itaú, com a consequente entrega de ações deste para os acionistas da E. Johnston) teriam sido transferidas (a) para a Itaú Holding, (b) mediante aumento de capital e (c) pela própria E. Johnston"*, de modo que *"a E. Johnston remanesceria fora de controle do Banco Itaú, como acionista dele e não como controlada. Adita que "a operação imaginada pelo autuante teria provocado um ganho de capital na E. Johnston"*, recaindo sobre tal ganho as exigências formalizadas.

No que diz respeito a tais considerações, assinalo, primeiramente, que, diante do que dispõe o parágrafo 1º do art. 6º do ANEXO II do Regimento Interno em vigor, inexistente vinculação entre o presente feito fiscal e o retratado no processo administrativo nº 16327.720680/2013-61, ou seja, referidos feitos revelam-se autônomos, eis que os fatos que servem de lastro as exigências, em que pese terem como elemento propulsor a "associação" entre o Grupo UNIBANCO e o Grupo ITAÚ, são absolutamente distintos, sendo despicienda, assim, qualquer análise comparativa acerca da interpretação destes emprestada pela autoridade fiscal.

Não obstante, transcrevo a seguir excertos da decisão de primeiro grau que, a meu ver, espancam os argumentos antes referenciados, senão vejamos:

[..]

Fica evidente, ..., que a reorganização societária efetivamente ocorreu por meio de incorporação das ações da UBBH e do UBB pela Itaú Holding, seguida de aumento de capital no Banco Itaú com as ações do Grupo Unibanco, também via incorporação de ações. Neste ponto é importante frisar que o destaque de certas passagens do Termo de Verificação Fiscal ou do voto proferido em julgamento administrativo deve ser analisado com o inteiro teor dos mesmos documentos. Por exemplo, no excerto acima colacionado, no quadro comparativo entre as versões do autuante e do autuado, existe a menção sobre o aumento de capital realizado no Banco Itaú com ações do grupo Unibanco. De forma descontextualizada poder-se-ia levantar a tese a respeito da impossibilidade jurídica de tal operação tendo em vista o disposto no artigo 28 da Lei nº 4.595/64 que veda o aumento de capital efetuado em bens, exceto em determinadas condições, porém, ao analisar o inteiro teor do mesmo voto, percebe-se que tal aumento é decorrente da incorporação de ações. Ou seja, se fosse uma operação ilegal, também seria o aumento de capital no Banco Itaú, promovido pelos antigos acionistas do grupo Unibanco, na versão formal idealizada pelos envolvidos na associação dos grupos.

Esta observação se faz relevante também para afastar o argumento de que o autuante teria modificado os fatos que ele próprio considerou reais no outro auto de infração.

De fato, a autoridade fiscal relatou no TVF daquele processo (16327.720680/2013-61) que a segunda etapa da reorganização se efetivou pela entrega dos investimentos ao Banco Itaú, incluindo no rol os investimentos da E. Johnston. Tal citação, no entanto, não tem o condão de descaracterizar todo o descrito no mesmo documento, configurando um mero erro de descrição, o que fica evidenciado na mesma frase e em várias passagens do TVF, conforme o a seguir disposto.

Nota-se que na mesma sentença, colacionada pelo impugnante, a autoridade fiscal relata que *“uma vez recebidos os investimentos, a Itaú Unibanco Holding conferiu ao Banco Itaú, sua subsidiária integral, pelo valor econômico do laudo de avaliação em aumento de capital, materializado pela entrega dos investimentos”*. Grifamos a frase que evidencia estar a fiscalização se referindo às ações do UBB e do UBBH, pois conforme se extrai dos processos analisados não existe laudo de avaliação para as ações da E. Johnston.

Antes disso, no mesmo TVF, se encontram uma série de outros elementos que levam à conclusão de que o autuante não alterou, no presente feito, a valoração dos fatos que embasaram a autuação anterior, como defende o impugnante. No excerto abaixo, extraído daquele TVF (pág. 07), o autuante deixa claro que, no seu entendimento, quem subscreveu o capital da IUPAR, como antigos controladores do Unibanco, juntamente com a Itausa, foi a E. Johnston Participações, de forma que se a mesma tivesse anteriormente suas ações incorporadas pela Itaú Holding e depois conferidas ao Banco Itaú, não haveria o desenho do controle compartilhado colocado pelo fiscal naquele TVF. Ainda, o exceto abaixo serve para evidenciar que, também naquela autuação a fiscalização já havia entendido que a operação real efetivamente ocorrida era de que a E. Johnston Participações, controlada pelas pessoas físicas da Família Moreira Salles, continuaria a existir e subscreveria o capital da IUPAR.

No presente processo, considerado o consignado no Termo de Verificação Fiscal de fls. 18/112, o procedimento fiscal foi direcionado para a operação societária conhecida como FUSÃO DO ITAÚ COM O UNIBANCO, que, nos termos das averiguações empreendidas, gerou a realização de ganhos patrimoniais significativos para as pessoas envolvidas e, por outro lado, amortizações fiscais de ágios por parte de empresas integrantes do Grupos ITAÚ e UNIBANCO.

A COMPANHIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES foi incluída no pólo passivo da obrigação tributária formalizada, com lastro nas disposições do art. 124, I, do Código Tributário Nacional

Os negócios societários que objetivaram a unificação das atividades bancárias entre o ITAÚ e o UNIBANCO foram capitaneados pelos controladores da ITAÚ HOLDING FINANCEIRA (ITAÚSA) e os controladores do UNIBANCO HOLDINGS - UBBH, E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES.

A associação entre os Grupos se deu por meio da migração da totalidade dos acionistas do Grupo UNIBANCO para o Grupo ITAÚ, a partir da entrega das participações societárias detidas no conglomerado UNIBANCO e o concomitante recebimento das ações de emissão da ITAÚ UNIBANCO HOLDING, que permaneceu como única instituição financeira de capital aberto e que passou a deter a totalidade das ações do ITAÚ UNIBANCO S/A, nova denominação do BANCO ITAÚ S/A.

Até a data do evento, a ITAÚ HOLDING FINANCEIRA (ITAÚ UNIBANCO HOLDING) controlava integralmente o BANCO ITAÚ, detendo 100% do seu capital.

Na visão da Fiscalização, embora sob o aspecto estritamente negocial a união dos dois Grupos (ITAÚ e UNIBANCO) tenha se dado de forma semelhante à FUSÃO, na formalização jurídica do novo negócio, *“não foram praticados os atos que estão previstos no*

direito societário para caracterizar tecnicamente a operação neste instituto jurídico, nos termos do art. 228 da Lei 6.404/76".

A operação também envolveu a transferência da empresa ITAÚSA EXPORT, controladora do BANCO ITAÚ EUROPA.

A E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES, que detinha 95% do capital votante da UNIBANCO HOLDINGS (UBBH), correspondentes a aproximadamente 32% do capital total, tinha inicialmente o seu capital social dividido em 4.800 ações, sendo 1.600 ordinárias e 3.200 preferenciais. Em 31/10/2008, suas ações preferenciais foram convertidas em ordinárias, divididas em igual número pelos seus sócios (Grupo familiar MOREIRA SALLES), e, poucos dias depois, em 05/11/2008, nova alteração foi promovida no Estatuto da Companhia, em que deliberou-se pelo aumento do capital social com a capitalização de valores registrados em contas de juros sobre o capital próprio e de mútuos com sócios, bem como de reservas patrimoniais, alterando-se, em razão disso, o número de ações em que o capital se dividia, que passou a contar a partir de 05/11/2008 com 525.776.506 ações, todas ordinárias.

A operação sob exame (união dos Grupos ITAÚ e UNIBANCO) foi efetivada em 03/11/2008, por meio de um denominado CONTRATO DE ASSOCIAÇÃO, firmado entre os controladores de cada um dos Grupos.

Nos termos descritos pela Fiscalização, na operação em referência, "*a ITAÚSA, na qualidade de controladora da Itaú Unibanco Holding e a E. Johnston Participações, empresa de propriedade da família Moreira Salles e controladora da Unibanco Holdings, comprometerem-se a criar uma nova companhia controladora, a qual recebeu o nome de IUPAR - ITAÚ UNIBANCO PARTICIPAÇÕES S/A, através da qual passou a ser exercido o controle compartilhado da Itaú Unibanco Holding*".

No cenário descrito pela Fiscalização, os "atores" foram os seguintes: do lado do GRUPO ITAÚ, a ITAÚSA, a ITAÚ HOLDING FINANCEIRA e o BANCO ITAÚ; do lado do GRUPO UNIBANCO, a FAMÍLIA MOREIRA SALLES, a E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A (E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES), a UNIBANCO HOLDINGS; e o BANCO UNIBANCO.

Com o intuito de fazer transparecer o entendimento declinado pela Fiscalização na presente autuação, destaco, a seguir, elementos apontados no Termo de Verificação Fiscal que, a meu ver, concorreram para imputação da infração. Contudo, faço isso considerando, primeiro, a descrição feita pela Fiscalização acerca dos fatos que, para ela, representaria a ótica da contribuinte; depois, a descrição segundo o entendimento dela própria, da Fiscalização.

Para a Fiscalização, pela ÓTICA DA CONTRIBUINTE, o contrato de associação entre os Grupos ITAÚ e UNIBANCO se daria, em apertada síntese, segundo os seguintes passos:

i) os sócios do UNIBANCO e da UNIBANCO HOLDINGS entregariam suas ações para a ITAÚ HOLDING FINANCEIRA e receberiam ações desta, que passaria a se denominar ITAÚ UNIBANCO HOLDING;

ii) objetivando viabilizar o controle compartilhado do novo GRUPO, decidiu-se pela constituição de uma nova empresa de participações, denominada IUPAR, que seria detentora de 51% do capital votante da ITAÚ UNIBANCO HOLDING;

iii) os controladores do UNIBANCO, através da IUPAR, seriam detentores de 8,68% da ITAÚ UNIBANCO HOLDING, e a ITAÚSA, embora titular de direitos que lhe permitiria controlar isoladamente essa empresa (ITAÚ UNIBANCO HOLDING), passaria a compartilhar esse controle com o antigo controlador do UNIBANCO, haja vista o compromisso firmado no contrato;

iv) a reorganização societária foi formalizada por meio de INCORPORAÇÃO DE AÇÕES;

v) a totalidade das ações emitidas pela ITAÚ UNIBANCO HOLDING, valoradas ao preço de mercado das ações preferenciais praticado no BOVESPA (R\$ 26,2468), correspondeu ao montante de R\$ 29.973.546.276,26;

vi) independentemente das partes terem negociado a transação, na formação da relação de troca, em bases de mercado, o aumento do capital da ITAÚ UNIBANCO HOLDING, resultante da subscrição de ações realizada e que deu vida à associação dos Grupos, foi efetivado com base no valor de PATRIMÔNIO LÍQUIDO da ação, equivalente a R\$ 10,51;

vii) em um primeiro momento, teriam sido emitidas ações do BANCO ITAÚ com valor unitário de R\$ 26,24, que representava o valor de mercado das ações PN da ITAÚ UNIBANCO HOLDING, o que permitiu a entrada do investimento UNIBANCO no ativo permanente do BANCO ITAÚ pelo montante de R\$ 29,973 bilhões, com registro de ágio que atingiu a cifra de R\$ 18,0 bilhões, vez que o patrimônio líquido do UNIBANCO situava-se próximo de R\$ 12,0 bilhões¹;

viii) momento seguinte (no dizer da Fiscalização, "*poucas horas depois*"), a ITAÚ UNIBANCO HOLDING emitiu o mesmo número de ações que o BANCO ITAÚ havia emitido, porém, pelo valor de patrimônio líquido do BANCO ITAÚ, ações essas que foram entregues aos antigos acionistas do UNIBANCO;

ix) a partir dessa segunda emissão de ações, o BANCO ITAÚ retomou sua condição de pessoa jurídica subsidiária integral da ITAÚ UNIBANCO HOLDING; e

x) resumindo as operações, a autoridade autuante assinala:

Para melhor entendimento do leitor, dada a confusão estabelecida na reorganização societária promovida, as partes informam que teriam ocorrido duas emissões de ações, sendo:

a) a primeira no Banco Itaú, sociedade anônima de capital fechado, subsidiária integral da Itaú Unibanco Holding, para o qual os antigos acionistas entregaram suas ações e receberam em troca ações do Banco Itaú, pagando por estas como se estivessem adquirindo ações da Itaú Unibanco Holding (R\$26,24 por ação);

¹ Diante da emissão de ações e da entrada de novos acionistas no BANCO ITAÚ, a ITAÚ UNIBANCO HOLDING contabilizou o montante de R\$ 18.031.350.399,47 a título de GANHO NÃO OPERACIONAL - REDUÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA, que, embora tenha aumentado o seu lucro líquido, não afetou o lucro tributável, pois foi excluído para fins de determinação do lucro real.

b) A segunda, poucas horas depois no mesmo dia, na Itaú Unibanco Holding, na qual todas as ações recém adquiridas no Banco Itaú S. A., pelas quais, repise-se, os antigos acionistas do Unibanco teriam pago R\$26,24, agora foram trocadas por ações da Itaú Unibanco Holding, que foram emitidas a R\$10,51, preço inferior ao de mercado destas ações e inferior inclusive ao próprio valor de Patrimônio Líquido de cada ação da Itaú Unibanco Holding, o qual, na ordem colocada pelo contribuinte, seria superior a R\$ 15,60 por ação, elevado por conta do registro do ganho de R\$ 18.031.350.399,47 contabilizado como de redução de participação societária.

Na ÓTICA da FISCALIZAÇÃO:

a) se os fatos tivessem ocorrido na ordem apresentada pela contribuinte, as emissões de ações teriam afrontado a lei das sociedades anônimas e a própria lógica, vez que não se pode conceber que se pague mais por algo que vale menos, que é o que retrata o fato de os antigos acionistas do UNIBANCO na primeira emissão, em que supostamente compraram ações do BANCO ITAÚ pagando como se estivessem adquirindo títulos da ITAÚ UNIBANCO HOLDING; e, também, vender por menos algo que vale mais, o que teria feito a própria ITAÚ UNIBANCO HOLDING ao entregar as suas ações por preço muito inferior ao de mercado e, inclusive, de seu patrimônio líquido;

b) subscrever capital no BANCO ITAÚ não se confunde com subscrever capital na própria ITAÚ UNIBANCO HOLDING, cabendo aditar que a referida pessoa jurídica (ITAÚ UNIBANCO HOLDING) detinha, além de 100% do investimento no BANCO ITAÚ, participações relevantes em outras companhias, não sendo razoável admitir quem ambas as empresas tivessem valores econômicos similares (no transcorrer da ação fiscal a contribuinte teria informado que não havia sido elaborado nenhum laudo de avaliação relacionado ao valor econômico do BANCO ITAÚ);

c) o fato efetivamente ocorrido teria sido o ingresso dos antigos acionistas do UNIBANCO no capital da ITAÚ UNIBANCO HOLDING, o que seria confirmado pela falta de propósito da ordem e dos valores praticados, pelas declarações, publicações e respostas apresentadas pelos contribuintes;

d) o destino final dos antigos acionistas do Grupo UNIBANCO seria a propriedade definitiva das ações da ITAÚ UNIBANCO HOLDING, sendo fundamental deixar claro que tal ingresso se deu pelo valor R\$ 10,51 por ação e que acarretou aumento de seu capital social de R\$ 12 bilhões;

e) o aumento do capital do BANCO ITAÚ, mediante a entrega dos investimentos do Grupo UNIBANCO, e o reconhecimento da mais valia destes investimentos em sua contabilidade, foi jurídica e economicamente realizado pela ITAÚ UNIBANCO HOLDING;

f) não se materializou o fato que ITAÚ UNIBANCO HOLDING denominou de ganho por redução de participação societária, sendo este apenas fruto da criação de um passo intermediário no qual os antigos acionistas do UNIBANCO entraram no capital do BANCO ITAÚ para saírem horas depois;

g) desde o início da transação, já estava estabelecido que a associação contemplaria a migração dos acionistas do UNIBANCO HOLDINGS e do UNIBANCO para a ITAÚ UNIBANCO HOLDING FINANCEIRA, inexistindo possibilidade de esta deixar de possuir 100% das ações do BANCO ITAÚ;

h) as partes utilizaram-se do expediente de transferir, somente pelo lapso temporal necessário, para as pessoas físicas da família MOREIRA SALLES, as ações ordinárias que a E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES detinha no capital da UNIBANCO HOLDINGS e no capital do BANCO UNIBANCO, as quais, tão logo a operação se formalizou, retornaram para a pessoa jurídica, agora denominada CIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES ;

i) a transferência efêmera da titularidade das ações para as pessoas físicas objetivou a utilização na subscrição da IUPAR da faculdade prevista no art. 23 da Lei nº 9.249/95², e refletiu diretamente no valor de integralização do outro sócio (ITAÚSA) no capital daquela companhia; e

j) a infração está consubstanciada no GANHO que deixou de ser contabilizado e tributado pela E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES na reorganização empreendida, tributação essa que não foi efetivada em razão da transferência temporária das ações negociadas a seus sócios, ato meramente provisório e dissociado da vontade das partes.

Adiante, a autoridade fiscal discorre sobre o que denominou FORMALIZAÇÃO DA TRANSAÇÃO E ATOS SOCIETÁRIOS REGISTRADOS. De tal narrativa, julgo relevantes as seguintes considerações:

- embora tidos como complementares, os FATOS RELEVANTES publicados em 03/11/2008 e 12/11/2008 espelharam circunstâncias da reorganização societária absolutamente distintas, visto que, no primeiro, faz-se referência aos controladores da ITAÚSA e da UNIBANCO HOLDINGS, enquanto, no segundo, a referência que é feita à mesma ITAÚSA e aos controladores da E. JOHNSTON; no FATO RELEVANTE de 03/11 foi expressa a migração dos acionistas da UNIBANCO HOLDINGS e do UNIBANCO mediante incorporação de ações na ITAÚ HOLDING, não havendo qualquer referência aos acionistas da E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES e nem ao BANCO ITAÚ; já no publicado em 12/11/2008, são apontadas a incorporação de ações da E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES e a efetivação da participação do BANCO ITAÚ como entidade que receberá o investimento e em razão da qual os antigos acionistas do Grupo UNIBANCO entrariam no capital até que se realizasse a troca com as ações da ITAÚ UNIBANCO HOLDING;

- no FATO RELEVANTE publicado em 12/11/2008, as partes envolvidas no processo de reorganização confundem a E. JOHNSTON com o ativo que ela detinha, na medida em que ao tratar da estrutura da incorporação das ações da E. JOHNSTON foi considerado o fato de possuir 525.398.072 ações ON da UNIBANCO HOLDINGS e 378.434 ações ON do UNIBANCO, não tendo sido estabelecida nenhuma relação de troca das ações da E. JOHNSTON com as da ITAÚ UNIBANCO HOLDING ou ainda com o BANCO ITAÚ;

² Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.

- as considerações acima reforçam o entendimento de que o evento societário refletido nas incorporações de ações da E. JOHNSTON representaram, na verdade, **a aquisição das ações ordinárias da UNIBANCO HOLDINGS**, sobre as quais recaíam o direito de controle da instituição;

- analisados de forma individualizada, os atos praticados em sequência (*step transactions*) não têm lógica, cabendo destacar que no período de 08:15 hrs, às 16:00 hrs. de um mesmo dia foram realizadas quatro assembleias;

- no processo de incorporação das ações do BANCO ITAÚ pela ITAÚ HOLDING, a inexistência de parâmetros comparativos entre os patrimônios das duas entidades denota falta de propósito econômico na realização da operação;

- a utilização do valor de patrimônio líquido das ações do BANCO ITAÚ para emissão das ações da ITAÚ UNIBANCO HOLDING desatende o disposto no art. 170 da Lei das S/A.

Em conclusão, a autoridade assevera que **a transação verdadeiramente firmada e consumada em 03/11/2008, por meio do denominado CONTRATO DE ASSOCIAÇÃO e tornada pública por FATO RELEVANTE publicado na mesma data, foi a entrada dos ex-sócios da UNIBANCO HOLDINGS e do UNIBANCO no capital da ITAÚ UNIBANCO HOLDING.**

Reordenando os fatos segundo o que considerou efetivamente ocorrido, e não como foram formalmente espelhados nos atos praticados, a Fiscalização aponta como infração, como já visto, o GANHO DE CAPITAL apurado pela então controladora da UNIBANCO HOLDING e, pela via indireta, do BANCO UNIBANCO, a pessoa jurídica E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES.

Em apertada síntese, os fundamentos da autuação são os seguintes:

- os atos societários praticados em sequência (*step transactions*) revelaram-se desprovidos de propósito negocial, e afrontaram princípios contábeis, a legislação societária, inclusive no que diz respeito à utilização do instituto da INCORPORAÇÃO DE AÇÕES, e a legislação tributária;

- os atos praticados destinaram-se exclusivamente a deslocar para os sócios, PESSOAS FÍSICAS, mediante o instituto da INCORPORAÇÃO DE AÇÕES e por um breve espaço de tempo, o GANHO auferido e materializado pela sociedade na liquidação do seu investimento na UNIBANCO HOLDINGS, com a subscrição de capital na ITAÚ UNIBANCO HOLDING;

- os ativos recebidos (ações ordinárias da ITAÚ UNIBANCO HOLDING), tão breve quanto possível, migraram à pessoa jurídica, que, em uma nova configuração, passou a denominar-se COMPANHIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES;

- o bem almejado e efetivamente adquirido pela ITAÚ UNIBANCO HOLDING, eram as ações ordinárias da UNIBANCO HOLDINGS, que carregavam consigo o controle direto do BANCO UNIBANCO e que pertenciam à E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES;

- em todos os documentos produzidos no processo de reorganização societária (Fato Relevante; Contrato de Associação, Protocolos de Incorporações de Ações; etc.), não há qualquer indicação da relação de troca entre as ações da ITAÚ UNIBANCO HOLDINGS e as ações da E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES, enquanto, ao inverso, da análise de todo o processo resta evidente que a quantidade de ações "entregues" aos sócios da E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES está diretamente relacionada à quantidade de ações que esta detinha no capital da UNIBANCO HOLDINGS;

- para possibilitar a utilização da relação de troca estabelecida de 1,1797 (ITAÚ HOLDING FINANCEIRA/UNIBANCO HOLDINGS), foi necessária a prática de atos (esvaziamento do ativo da empresa por meio de alienação de participações societárias; e aumento do número de ações em que se dividia o capital), ocorridos em momento posterior à consumação do negócio, que objetivaram transformar a E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES em sociedade "espelho" do ativo desejado (ações ON do UNIBANCO HOLDINGS);

- os acionistas controladores da E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES, ao decidirem pela INCORPORAÇÃO DE AÇÕES pela ITAÚ UNIBANCO HOLDING, não o fizeram no estrito interesse social da companhia, pois, *"conhecedores das condições avençadas no negócio celebrado, dos quais foram partícipes, inadmissível conceber que desconhecêssem o fato de que (o) evento formalizado como "incorporação de ações" alijaria a pessoa jurídica E. Johnston Participações de ganhos que, naquele momento estavam materializados e dimensionados, decorrentes da liquidação do investimento Unibanco Holdings com a subscrição de capital na Itaú Unibanco Holding. Em verdade, se tratou de ato anormal de gestão, desprovido de qualquer propósito econômico justificável, que atentou contra o próprio objeto social da companhia e cujos efeitos não podem e não devem ser opostos ao fisco."*

- carece de lógica negocial a todas as partes envolvidas, inclusive aos sócios, pessoas físicas (a situação foi revertida, logo que possível, com a devolução do ativo recebido por elas, por meio da subscrição de capital na CIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES), transformar a E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES, empresa holding, em subsidiária integral da ITAÚ UNIBANCO HOLDING;

- não se justifica incorporar ações e transformar uma companhia em sua subsidiária integral, quando se pretende da fato incorporar uma sociedade (*"a execução do planejado se deu em fevereiro de 2009, após a aprovação pelo BACEN da reorganização societária, com a incorporação da E. Johnston Participações e sua extinção"*);

- a criação de reserva de capital na CIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES, no montante de R\$ 678.575.552,84, não teve outro motivo que não igualar os valores de registros das sociedades (E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES com a CIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES), o que evidencia ainda mais a precariedade da entrega das ações da ITAÚ UNIBANCO HOLDINGS às pessoas físicas;

- a incorporação das ações da E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES, a subsequente integralização da IUPAR e, por fim, a subscrição do capital da CIA E. JOHNSTON com as ações.

No âmbito da primeira instância, a decisão prolatada, que manteve na íntegra os lançamentos tributários efetivados, serve-se, em um primeiro momento, de fundamentos esposados na decisão proferida, também em primeira instância, nos autos do processo

administrativo nº 16327.720680/2013-61, que trata dos efeitos da "associação" na ITAÚ UNIBANCO HOLDING.

São eles:

- a despeito da forma pela qual a reorganização societária foi efetuada, o seu resultado foi o seguinte: os antigos acionistas do Grupo UNIBANCO passaram a deter, direta ou indiretamente, participações na ITAÚ UNIBANCO HOLDING, que ficou com o seu capital aumentado em cerca de R\$ 12 bilhões, e o BANCO ITAÚ passou a deter as ações do Grupo UNIBANCO com o capital aumentado em cerca de R\$ 29 bilhões;

- em sede de planejamento tributário, não se questiona as *step transactions* por si sós, pois, o que importa verificar é se as etapas realizadas fogem daquilo que seria considerado normal para o negócio realizado e também se possuem alguma justificativa que não seja predominantemente a economia fiscal;

- a Fiscalização não mencionou de forma explícita a forma jurídica do ingresso dos antigos acionistas do conglomerado Unibanco no capital da Itaú Holding, porém, certamente ela não deve ter pensado no aumento de capital simples, mas, sim, na mesma forma utilizada pela contribuinte, qual seja a incorporação de ações;

- a expressão "ingresso dos acionistas do Unibanco no capital da Itaú Holding", admite que se esteja fazendo referência tanto a ingresso por meio de aumento de capital direto, como através da incorporação de ações, cabendo destacar que na incorporação de ações também ocorre aumento de capital;

- no presente caso, a Fiscalização insurgiu-se apenas contra a ordem dos fatos, e não contra a forma adotada;

- para a Fiscalização, primeiro teria havido a incorporação de ações do Grupo UNIBANCO pela ITAÚ HOLDING, e, posteriormente, o aumento de capital do BANCO ITAÚ com as ações do Grupo UNIBANCO, pessoa jurídica que ficou com os ativos, avaliados pelo valor de mercado (o aumento do patrimônio líquido do BANCO ITAÚ refletiu o valor de mercado apurado);

- o termo "fusão" empregado pela Fiscalização não correspondeu ao conceito jurídico (art. 228 da Lei nº 6404/1976), ele foi utilizado em sentido genérico;

- a forma adotada não se alteraria na situação considerada pela Fiscalização, de modo que todas as justificativas trazidas pela contribuinte acerca da escolha da incorporação de ações como meio mais adequado para a implementação da associação efetivada, seriam também cabíveis na alternativa tida como realmente ocorrida pelo Fisco;

- a tese sustentada pela contribuinte não pode ser acolhida, pois, além de ir contra a lógica do negócio realizado, não seria implementada, como de fato não foi, com os valores referenciados por ela;

- a Fiscalização demonstrou, de forma cabal, que a incorporação das ações do Grupo Unibanco pelo Banco Itaú, de fato, nunca ocorreu, sendo apenas uma etapa formal com objetivo único de economia tributária, seja pela possibilidade de

dedução da amortização do ágio, seja pela geração de um ganho por equivalência patrimonial que não seria tributado pelo IRPJ e pela CSLL;

- diante dos fatos relatados pela autoridade fiscal, fica evidente que um grande número dos detentores de ações do BANCO UNIBANCO e da UNIBANCO HOLDINGS (minoritários), apesar do fato relevante publicado em 12/11/2008, sequer tiveram conhecimento de que, por algum instante, foram acionistas do Banco Itaú;

- o anúncio da associação feito com a publicação do fato relevante de 03/11/2008, omite totalmente a informação da incorporação de ações pelo Banco Itaú e, ao contrário, afirma expressamente que tal reorganização dar-se-ia mediante incorporação de ações pela Itaú Unibanco Holding;

- o juízo da Autoridade Fiscal acerca da necessidade das etapas formalmente declaradas levou em conta a lógica do mercado, sendo evidente que os acionistas do Grupo UNIBANCO nunca tiveram a intenção de ser acionistas do BANCO ITAÚ;

- "o raciocínio utilizado pelo autuante é correto e cristalino ao afirmar que, não podendo revestir os antigos acionistas do Unibanco de sócios do Banco Itaú, também não se pode atribuir aos mesmos o aumento de capital realizado neste último, de forma que tal aporte foi, de fato, realizado por sua única acionista, qual seja a Itaú Unibanco Holding", cabendo destacar "o fato apontado pela fiscalização de que no começo do dia o Banco Itaú era subsidiária integral da Itaú Holding, mesma situação encontrada ao final do dia."

Abaixo, fragmentos do voto condutor da decisão exarada em primeira instância, extraídos da decisão prolatada nos autos do processo administrativo nº 16327.720680/2013-61, aos quais reputo especial importância na solução da lide, eis que abordam a questão da ordem da reorganização ditada pela Fiscalização e do fato de que ela, a Fiscalização, não contestou que as ações do Grupo UNIBANCO foram avaliadas por cerca de R\$ 29 bilhões para o estabelecimento da relação de troca dos ativos.

[...]

Com relação ao valor de ingresso cabe fazer uma distinção entre o utilizado para estabelecer a relação de troca das ações e aquele considerado para o aumento de capital efetivado. Como dito por ambas as partes, não teria qualquer lógica os acionistas do Grupo Unibanco receberem menos do que o valor justo dos ativos que detinham, portanto está correto o impugnante quando afirma que para estabelecer a relação de troca das ações considerou-se o valor de mercado de ambas as companhias. Mas isto o fiscal não questiona, o que ele aponta é apenas o valor que foi utilizado para o aumento de capital na Itaú Unibanco Holding e depois no Banco Itaú. Houve uma mais valia dos ativos do Unibanco que, na versão formalmente estabelecida pelos envolvidos na associação, acarretaria em ganho apurado pelos antigos acionistas das empresas do Unibanco e, na versão real apontada pela fiscalização, em grande parte pelo autuado.

A controvérsia se estabelece, neste ponto, pelo sentido da expressão “entrar no patrimônio” utilizado pelas partes para definir o ingresso das ações do Grupo Unibanco no “conglomerado” Itaú. Tal expressão pode ser utilizada tanto para apontar o valor pelo qual as ações foram avaliadas quanto para definir aquele pelo qual as mesmas foram registradas contabilmente. Percebe-se que quando o impugnante afirma que ninguém entregaria um patrimônio de 29 bilhões por R\$ 12 bilhões, o mesmo está se referindo à avaliação feita, já quando afirma que entraria

por R\$ 29 bilhões e seria repassado pelo mesmo valor ao Banco sem apurar ganho de capital, o faz para mostrar que além da avaliação, haveria também o registro deste valor na contabilidade da Itaú Holding.

Não existem contradições nas colocações feitas pelo autuante, pois quando o mesmo diz que as ações entraram na Holding por R\$ 12 bilhões e foram aportadas no Banco por R\$ 29 bilhões ele está considerando os valores dos aumentos de capital efetivados (registros contábeis) e quando o mesmo diz ser inconcebível alguém pagar mais por algo que vale menos, o faz com o intuito de descaracterizar a ocorrência fática de determinada passagem da reorganização (avaliação econômica). Note que ambas as partes consideram terem sido, tanto as ações do Grupo Unibanco quanto as da Itaú Holding, avaliadas a preço de mercado para o estabelecimento da relação de troca, até porque, se assim não fosse, dificilmente quaisquer dos envolvidos acordariam com o pactuado.

Então pergunta-se: Se nas duas situações existe uma reorganização societária implementada por meio das “*step transactions*”; com os mesmos valores envolvidos na relação de troca das ações e com etapas isoladas, do ponto de vista formal, legalmente válidas. Qual seria a razão de considerar que o ocorrido de fato foi a situação apontada pela fiscalização em detrimento daquela defendida pelo autuado? A resposta é simples: A sequência adotada pelo impugnante possui etapas que isoladamente analisadas são desprovidas de qualquer lógica negocial e de motivação outra que não seja a economia tributária. Já aquela considerada como normal pelo Fisco, tanto isolada como conjuntamente conduzem ao mesmo objetivo pretendido pelas partes, porém com coerência e respeito ao senso comum.

Para deixar mais claro o raciocínio da fiscalização, façamos um quadro comparativo analisando as etapas de forma isolada (considerando as incorporações das ações da E. Johnston, UBBH e UBB em uma única etapa), já adiantando que não discordamos do fato de que a reorganização tem que ser vista como um “filme”, ou seja, as etapas isoladas precisam ser verificadas dentro do contexto de todo o processo, entretanto, deixemos as considerações da análise conjunta para um momento posterior.

Etapas e Análise	Versão do autuado	Versão do autuante
Etapas 1	Incorporação de ações do Grupo Unibanco ao patrimônio do Banco Itaú com aumento de capital em cerca de R\$ 29 bilhões	Incorporação de ações do Grupo Unibanco ao patrimônio da Itaú Holding com aumento de capital em cerca de R\$ 12 bilhões
Análise	Não tem sentido estabelecer a relação de trocas das ações do Banco Itaú com o valor de mercado da sua controladora. Os acionistas que tiveram suas ações incorporadas não aceitariam receber ações de companhia fechada na proporção de ações valoradas pelas da holding, pois esta com certeza possuiria um valor bem superior ao do Banco. Não tem lógica promover o aumento de capital de uma companhia na monta de R\$ 29 bilhões e no momento seguinte deixar de ser sócio da mesma, haveria falta da “<i>affectio societatis</i>” que rege as	Estabelecida a relação de troca pelos valores de mercado, esta é a operação que condiz com a realidade, visto que as ações foram trocadas de acordo com a vontade das partes. Os antigos acionistas do Unibanco queriam ser sócios da Itaú Holding e não do Banco Itaú. Não houve desvantagem a nenhuma das partes pois a quantidade de ações emitidas pela Itaú Holding levou em consideração o valor de mercado das companhias envolvidas. O aumento de capital em cerca de R\$ 12 bilhões, considerando o valor patrimonial das ações não afronta as

	operações societárias.	regras societárias. Cabe apenas aos sócios decidirem qual o valor a ser considerado no momento do aumento de capital. Aqui não há falta de " <i>affectio societatis</i> ", visto que os acionistas que promoveram tal aumento permaneceram como sócios da companhia e decidiram por assim valorar seus ativos neste momento.
Etapas 2	Incorporação de ações do Banco Itaú ao patrimônio da Itaú Holding com aumento de capital em cerca de R\$ 12 bilhões	Aumento de capital do Banco Itaú em cerca de R\$ 29 bilhões pela Itaú Holding com as ações do Grupo Unibanco
Análise	Não tem lógica a relação de troca de uma ação do Banco Itaú para uma ação da Itaú Holding, isto porque tanto em termos patrimoniais como de mercado a Itaú Holding valia muito mais do que o Banco Itaú, uma de suas controladas. Como apontado pela fiscalização, esta relação só foi possível porque foi desconsiderada a equivalência patrimonial no cálculo e porque todo o processo anterior já havia sido planejado para o alcance do verdadeiro fim almejado pelas partes.	Operação coerente com a lógica do negócio jurídico de aumento de capital. A Itaú Holding, única acionista do Banco Itaú, teria o poder absoluto de decidir pelo aumento de capital de sua subsidiária em ações e também de entregá-las em subscrição pelo valor de mercado.

O impugnante, em sua defesa, alega que a análise, no entanto, não pode ser feita de forma isolada, pois é preciso averiguar se o encadeamento seria coerente com os objetivos pretendidos. No caso em tela, como já explicitado, havia um duplo objetivo, qual seja a manutenção das ações do Grupo Unibanco no Banco Itaú e dos acionistas na Itaú Holding. Assim, argumenta que qualquer das etapas só faz sentido se analisada em conjunto, portanto, se isoladamente as etapas são desprovidas de lógica elas fariam sentido se pensássemos que num primeiro momento buscou-se deixar os ativos no Banco Itaú com um aumento de capital em cerca de R\$ 29 bilhões e depois migrar os acionistas para a Holding promovendo o aumento de capital em cerca de R\$ 12 bilhões. Ora, mas este duplo objetivo também seria atingido na sequência normal e coerente apontada pela fiscalização. Daí se pergunta: Qual teria sido o motivo para a implementação de um encadeamento de etapas, que embora formalmente válidas, analisadas isoladamente, fossem desprovidas de lógica e coerência, seja do ponto de vista do instituto utilizado ou da ótica econômica dos fatos?

A doutrina moderna, capitaneada pelo professor Marco Aurélio Greco, entende que o contribuinte pode organizar sua vida como bem entender, entretanto se a reorganização efetivada resultar em economia de tributos sem motivação extratributária que possam justificar a utilização de determinados institutos jurídicos de forma incoerente ou desviadas de seus fins, então os efeitos fiscais de tais negócios não podem ser oponíveis ao Fisco por afrontar os princípios constitucionais tributários, mormente o da capacidade contributiva, redesenhado pela Constituição Federal de 1988 e visto no seu sentido mais objetivo, no qual, dentro de um determinado pressuposto fático realizado, não se pode admitir que alguém, pertencente a este grupo (do pressuposto realizado), deixe de contribuir para o

custeio das ações do Estado na mesma proporção que os outros em igual situação. Seria o princípio da solidariedade aplicado ao Direito Tributário.

Visto que ambos os caminhos conduziram à realização dos mesmos objetivos, então a justificativa para o encadeamento adotado pelo contribuinte não poderia ser simplesmente o atingimento destes fins. Deveria haver algum impedimento de ordem legal, prática, concorrencial, etc. que viesse a justificar a adoção da sequência com etapas ilógicas e sem propósito comercial ao invés daquele normal apontado pela fiscalização. Falecendo os argumentos a respeito do impedimento legal e da inviabilidade prática apostos pelo impugnante em sua peça recursal e restando a economia fiscal pela não tributação do ganho de capital obtido pela Itaú Holding e eventualmente pela localização do ágio na contabilidade do Banco Itaú, correta está a fiscalização em considerar tais efeitos como inoponíveis ao Fisco.

O autuado prossegue na sua defesa alegando que, se fosse possível o caminho sugerido pela fiscalização, então os ativos não teriam ingressado no patrimônio da Itaú Holding por R\$ 12 bilhões, teria sido feito o aporte no valor de mercado (R\$ 29 bilhões) com o posterior aumento de capital no Banco Itaú na mesma cifra, não havendo assim ganho de capital. No seu entendimento o autuante não poderia dizer que o caminho deveria ser outro sem considerar as conjunturas desta nova alternativa.

Sobre tal questão, primeiramente é importante frisar que a autoridade fiscal não está sugerindo que as transações devessem ocorrer de outra maneira, mas sim afirmando o ocorrido de fato, ressaltando que somente a formalização dos atos é que foi diferente. Assim, por óbvio, não haveria como obter algum documento registrando o valor da incorporação das ações do Grupo Unibanco pela Itaú Holding e nem do aumento de capital do Banco Itaú pela sua controladora, pois tais etapas não se restaram formalizadas. O autuante quando remete ao protocolo de incorporação de ações do Banco Itaú pela Itaú Unibanco Holding, aprovado na Assembleia Geral de 28/11/2008, que estabelece o valor patrimonial para fins de aumento de capital, não o faz para conferir validade a tal documento, mas sim para demonstrar qual era a vontade das partes pactuantes na reorganização efetivamente ocorrida.

A contra argumentação para os pontos levantados na impugnação se encontram bem explicitados no Termo de Verificação Fiscal (fls.75 a 80) e no resultado final das operações. Em várias passagens encontra-se a distinção que é feita entre o valor utilizado para o aumento de capital e aquele considerado para o estabelecimento da relação de troca. O impugnante se equivoca ao afirmar que se as ações tivessem entrado no patrimônio da Itaú Holding por R\$ 12 bilhões o número de ações deveria ser menos do que as 1.121.033.136 emitidas por tal companhia. Ora, o mesmo, em outra ocasião, esclareceu a diferença entre o valor utilizado para o estabelecimento da relação de troca e aquele considerado para o aumento de capital na Itaú Holding, como por exemplo na resposta à intimação cujo excerto se encontra no Termo de Verificação Fiscal (fls. 78) que por oportuno, abaixo colacionamos:

...

O autuante não nega que tenha sido considerado o valor de R\$ 29 bilhões para a emissão de ações, apenas aponta, corretamente, que foi utilizado o valor patrimonial para o aumento de capital da Itaú Holding. O que fica bem claro nas seguintes passagens do Termo de Verificação Fiscal:

Conferindo assertiva ao entendimento fixado pela fiscalização, cai por terra o argumento de que as ações teriam ingressado (sido registradas) no patrimônio da Itaú Holding por R\$ 29,423 bilhões, porque isto de fato não aconteceu. Repise-se, não está se imaginando uma nova situação hipotética sugerida pelo autuante, mas sim observando a realidade fática dos acontecimentos. Em outras palavras, não há como afirmar que, numa nova alternativa, as ações teriam sido entregues causando aumento patrimonial de R\$ 29,423 bilhões na Itaú Holding, porque isto, de fato, nunca ocorreu.

Cabem aqui algumas observações que julgamos ser de extrema relevância:

- Na hipótese, levantada pelo impugnante, em que as ações tivessem sido aportadas pelo valor de R\$ 29,423 bilhões, haveria a necessidade do registro deste valor na contabilidade da Itaú Holding, de forma que a configuração final atingida seria diferente daquela obtida ao final do processo, portanto, conforme já explicitado anteriormente, tal hipótese não serve como alternativa por não coadunar com o pretendido pelas partes.

- Ademais, podemos afirmar, pelo resultado das operações, que, na verdade, o duplo objetivo poderia se desdobrar em um terceiro, qual seja a existência de uma mais valia das ações escriturada no Banco Itaú, de sorte que se as ações tivessem ingressado no patrimônio da Itaú Holding pelo valor acima, o ágio, em princípio, permaneceria registrado na Itaú Holding, podendo a sua transferência ao Banco Itaú ser objeto de questionamento por parte do Fisco.

- Além disso, a contabilização desta mais valia no patrimônio da Itaú Holding teria como contrapartida uma conta patrimonial, não transitando pelo resultado do exercício, de forma que alteraria também eventual distribuição de lucros ou constituição de reservas. Enfim, apesar de não interferir na apuração de ganho de capital da Itaú Holding, tal hipótese traria uma série de consequências, inclusive fiscais, que seriam divergentes da vontade dos pactuantes.

No contexto da valoração dos ativos para fins de aumento de capital efetuado na Itaú Holding e no Banco Itaú, conforme abaixo transcrito (Termo de Verificação Fiscal, fls. 76) o autuante aponta mais um elemento que além de corroborar o entendimento da inversão da ordem das etapas ainda reforça a tese do intento das partes de registrar os aumentos dos capitais da forma estabelecida pela fiscalização.

“Sobre a utilização do valor do Patrimônio Líquido na emissão das ações, estranhamente o contribuinte alegou ter utilizado como critério para emissão das ações da Itaú Unibanco Holding o valor de patrimônio líquido do Banco Itaú. Se este fato efetivamente tivesse acontecido, esta emissão de ações estaria afrontando a lei societária no já mencionado artigo 170, §1º e seus incisos de I a III.

A verdade é que, não obstante toda a tortuosidade do caminho adotado na reorganização ocorrida, a emissão de ações da Itaú Unibanco Holding foi realizada com base no valor do seu Patrimônio Líquido antes do início da operação e que ao alegar que teria emitido ações a preço de Patrimônio Líquido do Banco Itaú, o contribuinte apenas decortina a ordem dos fatos realmente ocorridos.

Se admitido fosse que o aumento de capital do Banco Itaú tivesse ocorrido antes da emissão das ações da Itaú Unibanco Holding teríamos que conviver com o absurdo da emissão de títulos por valor inferior ao seu Patrimônio Líquido, ao completo arrepio da norma societária e conseqüente agumento do capital. Há de se recordar que na ordem apresentada, com a emissão das ações do Banco Itaú, a Itaú Unibanco Holding permitiu-se contabilizar ganho por redução de participação

societária de R\$ 18.031.350.399,47, o qual elevaria naquele instante o valor do PL de cada uma de suas ações para aproximados R\$15,60.”

Aqui cabem algumas considerações que servem tanto para derrubar outra argumentação feita pelo impugnante como para sacramentar qual teria sido a real operação praticada envolvidos na associação. Na impugnação (itens 67 a 70, fls. 2.367), o impugnante se insurge contra o questionamento da fiscalização sobre o fato da incorporação de ações não ter se efetuado segundo critérios do artigo 170 da Lei das S/A, alegando que tal dispositivo não seria aplicável ao caso em tela, uma vez que a matéria de incorporação de ações está regulada nos artigos 252 do mesmo diploma legal. Nas palavras do próprio autuado teríamos o seguinte:

“67) A fiscalização questiona o fato de a incorporação de ações não se ter efetuado segundo os critérios do art. 170 da Lei das S.A.

68) Ora, aqui não se cuidava de aumento de capital por subscrição regulado no citado dispositivo.

69) Efetivamente, a matéria está regulada no art. 252, que manda aplicar os arts. 224 e 225. As relações de substituição previstas no Protocolo (art. 224, I) são livremente decididas pelas assembleias das companhias, e aprovadas majoritariamente, com direito de recesso dos dissidentes (excetuadas as situações previstas no art. 264, que envolvem operações entre partes relacionadas, que não é o caso deste processo).

*70) Exatamente nesse sentido é a decisão do Colegiado da CVM: "Nas operações de incorporação realizadas entre empresas independentes, a lei societária, em seus artigos 224 a 227, não estabelece os critérios a serem utilizados na avaliação dos patrimônios das sociedades envolvidas, **bem como na fixação da relação de substituição das ações**, uma vez que as condições são **livremente negociadas** pelos seus respectivos administradores e controladores e devem fazer parte do Protocolo e Justificação da operação. Neste caso, cabe aos acionistas minoritários a decisão de permanecer na sociedade, trocando as ações pelas da incorporadora, **ou dela se retirar mediante o reembolso** fixado nos termos do art. 45 da Lei n. 6.404/76".*

Nota-se que quando o autuante remete ao disposto no artigo 170, § 1º da Lei das S/A, ele o faz para mostrar que a operação formalizada é despropositada, seja do ponto de vista societário, seja do econômico. Considerando o instituto da incorporação de ações, o dispositivo mais adequado para evidenciar tal afronta à lei das S/A seria mesmo o artigo 264, mencionado pelo impugnante e abaixo transcrito. **Note-se que a operação contestada é justamente a incorporação de ações do Banco Itaú (controlada) pela Itaú Holding (controladora), portanto, o impugnante, ao afirmar que o artigo 264 não se aplicaria ao presente caso por se tratar de partes não relacionadas, o mesmo está a admitir que tal etapa, de fato, nunca ocorreu, havendo somente a incorporação das ações do Unibanco pela Itaú Holding (partes independentes).**

Art. 264. Na incorporação, pela controladora, de companhia controlada, a justificação, apresentada à assembléia-geral da controlada, deverá conter, além das informações previstas nos arts. 224 e 225, o cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas não controladores da controlada com base no valor do patrimônio líquido das ações da controladora e da controlada, avaliados os dois patrimônios segundo os mesmos critérios e na mesma data, a preços de mercado, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, no caso de companhias abertas. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

O Termo de Verificação Fiscal ainda traz uma série de outros fatos que corroboram o entendimento da fiscalização do desvirtuamento dos institutos jurídicos e do abuso de formas, sem qualquer outro objetivo que não fosse a economia tributária, tais como a passagem momentânea das ações para as pessoas físicas sócias da E. Johnston e a criação posterior da Companhia E. Johnston, a incorporação de ações da E. Johnston ao invés das da UBB e da UBBH, desvirtuando o instituto da incorporação de ações que pressupõe a integralidade das ações. Tais distorções servem ainda para derrubar o argumento do impugnante de que o caminho “sugerido” pela fiscalização seria mais longo. **Numa visão bem simplificada, temos o seguinte:**

- Versão formal praticada: incorporação de ações da E. Johnston pelo Banco Itaú; incorporação de ações da UBB e UBBH pelo Banco Itaú; incorporação da E. Johnston pelo Banco Itaú; incorporação de ações do Banco Itaú, pela Itaú Holding, da parcela não detida por esta; subscrição do capital da IUPAR pela Itaúsa e pelas pessoas físicas antigas acionistas da E. Johnston com ações da Itaú Unibanco Holding; criação e subscrição do capital da Cia E. Johnston pelas pessoas físicas com ações da IUPAR.

- Versão real apontada pela fiscalização: Incorporação de ações da UBB e UBBH pela Itaú Holding; aumento de capital do Banco Itaú com tais ações; subscrição do capital da IUPAR pela Itaúsa e pela E. Johnston com ações da Itaú Unibanco Holding.

É nítido que o caminho utilizado pelo autuado, além de possuir uma série de inconsistências, é muito mais longo, tortuoso e indireto.”

Vejo como robustas a fundamentação da autuação e o pronunciamento da Turma Julgadora de primeiro grau.

Penso que a autuação tem por pilares de sustentação as seguintes premissas: a ocorrência de GANHO DE CAPITAL tributável, independentemente de a reorganização societária ter se dado por meio do instituto da INCORPORAÇÃO DE AÇÕES; e, não obstante o desaparecimento formal da pessoa jurídica E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES face à sua incorporação pela ITAÚ UNIBANCO, a continuidade da realização do objeto social dessa mesma pessoa jurídica (E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES) por meio da constituição da COMPANHIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES.

O acolhimento dessas premissas conduz à conclusão de que são procedentes os lançamentos tributários, descabendo falar, a meu ver, em erro de identificação do sujeito passivo, eis que, formalmente, a sucessora por incorporação (ITAÚ UNIBANCO) foi acertadamente incluída no polo passivo da obrigação formalizada, sendo também acertada a imputação de solidariedade à COMPANHIA E. JOHNSTON DE PARTICIPAÇÕES, pois, muito embora à luz desse cenário formal se apresente como pessoa jurídica distinta da E. JOHNSTON REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÕES, não me parece restar dúvida de que, em substância, ela substituiu a E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES, restabelecendo a configuração inicial como efetiva HOLDING da FAMÍLIA MOREIRA SALES.

A meu ver, os elementos reunidos ao processo autorizam concluir de que não houve exatamente, por parte da Fiscalização, descon sideração da reorganização societária empreendida, mas, sim, o descortinamento de uma realidade fática que, antes, encontrava-se

embaçada pela prática de atos desprovidos de qualquer propósito, ilógicos e contrários à legislação.

Rejeito o argumento de que, no presente caso, a Fiscalização entendeu que as operações que teriam ocorrido não seriam de INCORPORAÇÃO DE AÇÕES, mas, sim, de aumento de capital. A referência feita aos aumentos de capital decorre da própria análise das incorporações de ações efetuadas, pois, como é cediço, a capitalização de ações é o meio pelo qual a incorporação em debate se efetiva.

Na linha do sustentado pelo ato decisório recorrido, destaco que a Fiscalização não se insurgiu contra a forma adotada na reorganização societária empreendida (INCORPORAÇÃO DE AÇÕES), mas, sim, contra a ordem dos fatos, de modo que não são consistente as alegações acerca de proibição legal e impossibilidade prática de realização de aumento de capital direto na ITAÚ HOLDING.

Não se pode olvidar, contudo, que, considerada a ordem dos fatos sustentada pelas peças de defesa, a forma em referência (INCORPORAÇÃO DE AÇÕES), especialmente no que tange à E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES, revelou-se absolutamente despropositada.

Para alcançar o "caminho" descortinado, a Fiscalização não desconsiderou efetivamente os passos adotados pela contribuinte, mas, apenas, depois de reordená-los segundo a lógica fática, demonstrou a total ausência de propósito e de ilogicidade de alguns desses passos, evidenciando que a sua adoção teve um único objetivo, qual seja, evitar o oferecimento à tributação do ganho auferido na operação.

Embora discorde de posicionamento adotado na DECLARAÇÃO DE VOTO que integra o ato decisório recorrido no que diz respeito à ordem dos fatos e, por decorrência, da alegada divergência em relação ao montante do tributo devido, penso que são merecedoras de destaque as seguintes passagens:

Primeiramente, analisaremos a questão da sujeição passiva, em razão da alegação de erro na identificação do sujeito.

Concordo integralmente com o voto do Relator neste tópico.

Destaco os seguintes argumentos como razões de decidir:

- A incorporação das ações da E. Johnston não tem propósito negocial.
- O direito de escolher livremente a forma da reorganização societária foi exercido ilicitamente. A forma “incorporação de ações” foi utilizada em desacordo com seu fim econômico e social, uma vez, que desde o início já havia sido afirmado ao Banco Central que a E. Johnston seria incorporada, o que demonstra que, em nenhum momento, pretendeu-se que esta empresa fosse efetivamente uma subsidiária integral do Banco Itaú.
- A situação inicial e situação final é a mesma, ou seja, a holding familiar, ainda que com outro CNPJ, é que continua detendo a propriedade das ações substituídas, indiretamente, através da holding IUPAR.
- A obrigação tributária é definida em lei, não sendo lícita a conduta de realizar atos jurídicos sem propósito negocial, mas com o único objetivo de reduzir indevidamente o montante do tributo.

Por conseguinte, a análise da sequência das operações indica que a substituição das ações da Unibanco Holding e do Unibanco pelas ações da Itaú Unibanco Holding foi efetuada no patrimônio da holding familiar dos Moreira Salles, e não no das pessoas físicas.

A partir destas considerações, corroboro integralmente o entendimento expresso no voto do Relator acerca da identificação dos sujeitos passivos - contribuinte e responsável, sendo perfeitamente possível, a desconsideração, para fins fiscais, do efeito decorrente da utilização indevida da forma “incorporação de ações”, qual seja, o de fazer com que os alienantes fossem as pessoas físicas, e não a E. Johnston.

...

Reproduzo novamente o seguinte trecho do fato relevante de fls. 582:

“Com base nas relações de troca estabelecidas, a avaliação atribuída para o Unibanco na transação é de R\$ 29,4 bilhões, equivalente a 2,3 vezes seu valor patrimonial contábil. Os conselhos de administração do Unibanco e da Unibanco Holdings contrataram o Rothschild e os conselhos de administração do Itaú Holding e Itaúsa contrataram o Morgan Stanley para emitir opinião sobre o valor atribuído ao Unibanco na operação, sendo que esse valor foi considerado justo por ambas as instituições. A Hirashima foi a empresa especializada contratada para emissão de laudo para os fins dos artigos 8º e 252 da Lei 6.404/76.”

Este trecho demonstra claramente que o valor de mercado atribuído ao conglomerado Unibanco foi de R\$ 29,4 bilhões, e que este foi utilizado para estabelecer as relações de troca das ações.

Chegamos a um ponto crucial: o valor de mercado foi utilizado para a relação de troca, mas o ingresso deste patrimônio no conglomerado Itaú poderia ou não ser efetuado por este valor. O registro contábil do patrimônio do conglomerado Unibanco poderia ter sido feito pelo valor de seu patrimônio líquido, ou ainda, as ações da Itaú Unibanco Holding poderiam ter sido emitidas com preço correspondente ao valor patrimonial das ações do conglomerado Unibanco (todas as ações foram emitidas sem valor nominal). O que realmente interessa é o número de ações emitidas. O preço de emissão é pactuado pelas partes e fixado nos instrumentos legais que concretizaram as operações.

Se o preço de emissão das ações fosse equivalente ao valor patrimonial das ações recebidas não haveria ganho de capital, mas simples substituição de ações sem reavaliação.

No entanto, por acordo entre as partes foi decidido que o conglomerado Unibanco seria registrado no patrimônio líquido do Banco Itaú, adquirente das participações, pelo valor de mercado. Em outras palavras, o aumento no patrimônio líquido deste último foi efetuado pelo valor econômico do Unibanco, constante do laudo de avaliação.

A avaliação das ações com base no valor de mercado, fez com que o valor econômico das ações fosse materializado, fosse apropriado pela contabilidade, fazendo surgir um acréscimo patrimonial. Ou seja, as ações do conglomerado Unibanco entram no patrimônio do Banco Itaú como contraprestação transferida em troca das ações da Itaú Unibanco Holding (analisando-se a operação como um todo, pelo seu resultado final, não tem relevância a troca pelas ações do Banco Itaú que ocorreu num primeiro momento). Pergunta-se: como seria possível fazer desaparecer

a diferença entre o valor contábil das ações registrado na contabilidade da E. Johnston e do preço de emissão das ações da Itaú Unibanco Holding?

No presente caso, estamos diante de uma situação em que foi registrado um ágio no Banco Itaú e não foi tributado nenhum ganho de capital no alienante do conglomerado Unibanco. Neste ponto surge claramente a ilicitude praticada pelo sujeito passivo: pretender registrar um ágio sem tributar o correspondente ganho de capital.

Quando o ágio é considerado inexistente ou sem substância econômica não é possível efetuar o lançamento do correspondente ganho de capital. Em princípio, o ágio com substância econômica gera um ganho de capital para o alienante de participação societária avaliada pelo método de equivalência patrimonial (MEP).

Partindo do pressuposto da licitude do ágio, que não é objeto desta autuação, identificamos claramente o fato econômico da existência de renda resultante da alienação das participações societárias do Unibanco e da Unibanco Holding, seja por incorporação de ações ou por outra forma.

O ganho advindo da mais valia decorrente da diferença entre o valor patrimonial das ações e o valor de emissão das ações da Itaú Holding representa acréscimo patrimonial, e pode, portanto, ser alcançado pelos tributos incidentes sobre a renda e o lucro. O ajuste ao valor de mercado representa acréscimo patrimonial, independentemente de sua realização em dinheiro. É perfeitamente possível que a contraprestação de qualquer negócio jurídico seja feita em bens, não sendo necessário para a ocorrência do fato gerador que a renda seja auferida em pecúnia. A mais valia surge no momento em que se decide apropriar contabilmente o valor econômico do conglomerado Unibanco no patrimônio do Banco Itaú.

Em que pese o registro de que, em sentido contrário ao esposado na declaração acima reproduzida, a meu ver, os fatos ocorreram na ordem indicada pela Fiscalização, penso que, à luz dos elementos colacionado aos autos e analisados estes como um todo, efetivamente, a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária formalizada foi efetuada de forma correta e a incorporação das ações não teve qualquer propósito negocial.

Em convergência com a decisão de primeira instância, resta demonstrado nos autos que a incorporação das ações do GRUPO UNIBANCO pelo BANCO ITAÚ, realizada tão somente em âmbito formal, isto é, desprovida de substância econômica, objetivou apenas a obtenção de uma economia tributária.

Nessa linha, trago por reprodução os seguintes fragmentos da decisão de primeiro grau:

Neste sentido, por todo o exposto pela autoridade fiscal, fica patente que um grande número dos detentores de ações do UBB e da UBBH (minoritários), apesar do fato relevante publicado em 12/11/2008, sequer tiveram conhecimento de que, por algum instante, foram acionistas do Banco Itaú. Para estes as ações que possuíam foram simplesmente trocadas pelas da Itaú Holding na proporção do valor de mercado das duas companhias. Note-se que o anúncio da associação feito com a publicação do fato relevante de 03/11/2008, omite totalmente a informação da incorporação de ações pelo Banco Itaú e, ao contrário, afirma expressamente que tal reorganização dar-se-ia mediante incorporação de ações pela Itaú Unibanco Holding, conforme trecho abaixo, extraído do Termo de Verificação Fiscal:

Diante desta posição, reutilizando as palavras da fiscalização “*é inadmissível se atribuir a condição de sócio a determinada pessoa que apenas por poucos momentos permanece no capital da companhia, cuja saída já está acordada e com todas as condições pré-estabelecidas*”. Ora, o raciocínio utilizado pelo autuante é correto e cristalino ao afirmar que, não podendo revestir os antigos acionistas do Unibanco de sócios do Banco Itaú, também não se pode atribuir aos mesmos o aumento de capital realizado neste último, de forma que tal aporte foi, de fato, realizado por sua única acionista, qual seja a Itaú Unibanco Holding. Importante frisar o fato apontado pela fiscalização de que no começo do dia o Banco Itaú era subsidiária integral da Itaú Holding, mesma situação encontrada ao final do dia.

Resta claro, pois, na linha do decidido na instância *a quo*, que a ordem dos fatos sustentada pela Recorrente objetivou fazer com que as pessoas físicas sócias da E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES recebessem ações do BANCO ITAÚ, posteriormente trocadas pelas da ITAÚ HOLDING, evitando, assim, a incidência tributária sobre o ganho de capital auferido pela E. JOHNSTON.

Embora possa-se dizer que, aqui, com intuito de sustentar a invalidade do lançamento, busca-se fazer prevalecer a forma em detrimento da substância, é certo que, no que diz respeito à constituição do crédito tributário, os aspectos formais não podem ser desconsiderados. Nessa linha, resta patente que os autos de infração não poderiam ser lavrados em nome da E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES, eis que à época em que foram lavrados formalmente ela não mais existia, haja vista a sua incorporação pelo BANCO ITAÚ UNIBANCO, decorrendo daí a responsabilidade por sucessão deste último. De igual forma, embora em substância E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES e CIA E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES representem uma mesma unidade econômica, do ponto vista estritamente formal, tratam-se de pessoas jurídicas distintas, de modo que a atração da segunda para o polo da obrigação tributária formalizada só poderia se dar por meio do instituto da RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Em que pese a tentativa de se buscar, além de aspectos puramente formais, elementos capazes de distinguir as pessoas jurídicas E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES e CIA E. JOHNSTON PARTICIPAÇÕES, a meu sentir, referidas entidades, em substância e naquilo que é essencial (HOLDING FAMILIAR), são absolutamente idênticas, revelando-se, assim, correto o procedimento da Fiscalização no sentido de imputar à segunda, com amparo nas disposições do art. 124, I, do Código Tributário Nacional, solidariedade no cumprimento da obrigação tributária. Na linha do sustentado pela Fazenda Nacional em suas contrarrazões, a eventual distinção de ativos e passivos entre uma e outra empresa e a existência de distinção entre os dos direitos administrados por elas, “*não prejudicam a conclusão de que, na realidade, uma holding substitui a outra tanto no nome, como no endereço e até mesmo no valor reconhecido pelos integrantes da FMS*”³.

Por oportuno, transcrevo fragmentos do voto condutor da decisão de primeira instância que, a meu ver tratam da matéria em debate com propriedade.

[...]

Qual teria sido a razão de se decidir pela incorporação de ações da E. Johnston e pela posterior criação da Cia. E Johnston, se toda a reorganização poderia

ser feita com a manutenção da primeira e através da incorporação de ações da UBBH e do UBB?

Os motivos são preponderantemente de cunho tributário, primeiro porque, ao formalizar a incorporação de ações da E. Johnston pelo Banco Itaú, as pessoas físicas, sócias da referida empresa, receberiam em troca ações do Banco que posteriormente seriam trocadas pelas da Itaú Holding com as quais subscrever-se-ia o capital da IUPAR, livrando a empresa do ganho de capital decorrente da “alienação” (via incorporação de ações) dos seus ativos para a incorporadora, este é o objeto da presente autuação. Além disso, a jurisprudência tem entendido que, para pessoas físicas, o ganho obtido na incorporação de ações só deve ser tributado quando da alienação dos ativos recebidos em substituição, ainda com alíquota inferior à utilizada na pessoa jurídica (IRPJ + CSLL). Registra ainda o autuante que, embora a subscrição de capital na Itaú Unibanco Holding tenha se efetivado a R\$ 10,51 por ação, os sócios pessoas físicas não reconheceram à época nenhuma espécie de ganho na operação (as ações estavam registradas na declaração das pessoas físicas por R\$ 6,91).

Importante ainda destacar que na constituição da Cia. E Johnston com as ações da IUPAR, elevou-se o capital social daquela para R\$ 2.400.000.000,00 juntamente com uma destinação de R\$ 678.575.552,84 à conta de reserva de capital, totalizando uma contribuição dos subscritores de R\$ 3.078.575.552,84, ou seja, exatamente o mesmo valor que constava nas DIRPF dos subscritores como participações na E. Johnston, evidenciando que, na essência, elas são exatamente a mesma empresa. Ou seja, partiu-se de uma situação onde as pessoas físicas da Família Moreira Salles detinham participação total na E. Johnston Participações de R\$ 3.078.575.552,84 registradas em suas declarações de pessoa física, para uma outra em que as mesmas pessoas passaram a ter participações na Cia E. Johnston com exatamente o mesmo valor, não apurando assim qualquer ganho na operação, o que revela total precariedade dos atos praticados. A situação é tão despropositada que quando as pessoas físicas subscreveram o capital da IUPAR com ações da ITHF, valoradas a R\$ 6,91, a mesma foi constituída, na parcela de responsabilidade do sócio E. Johnston, por bens entregues a valor inferior ao de patrimônio líquido, conforme bem se visualiza no quadro abaixo, extraído do TVF (fls. 101):

...

Todo o exposto até aqui serve para demonstrar que não havia propósito algum, que não fosse a economia tributária, para a formalização dos atos com a passagem temporária dos ativos da E. Johnston para os seus sócios, pessoas físicas. Assim, antes de concluir a questão a respeito da sujeição passiva e da responsabilidade solidária, cumpre observar que o autuante, necessariamente, precisaria lavrar o auto de infração sobre um “CNPJ” que seria o da E. Johnston Participações, entretanto, formalmente tal CNPJ foi sucedido, por incorporação, pelo autuado Itaú Unibanco S/A, o que não leva a nenhuma contradição como alegado pelos impugnantes. É preciso analisar a questão em sua substância, para que não haja o privilégio da forma sobre a mesma.

Na visão, correta, do autuante, conforme já demonstrado, o que ocorreu de fato foi que a E. Johnston Participações teve suas ações da UBBH e do UBB incorporadas pela Itaú Holding e ato contínuo a mesma E. Johnston teria subscrito e integralizado o capital da IUPAR com as ações da ITHF recebidas em substituição àquelas. Evidentemente tais atos foram formalizados de outra maneira, não sendo possível portanto encontrar qualquer documento que venha a caracterizar a incorporação de ações da UBBH e do UBB pertencentes à E. Johnston pela Itaú

Holding e nem a subscrição do capital da IUPAR realizado pela E. Johnston. Nota-se que ambos os impugnantes utilizam-se dos atos formais em sua defesa, como nas alegações de que a Cia E. Johnston se traduz em outra companhia, com outro CNPJ, vindo a fazer parte do grupo somente depois da ocorrência do fato gerador e também que seria irracional o Banco Itaú incorporar a sua própria acionista. Ora, de nada adiantaria considerar inoponíveis ao Fisco os efeitos das operações formais se não se pudesse lavrar o auto de infração justamente por conta de tais formalidades.

Veja que o segundo impugnante (Cia E. Johnston) levanta três possibilidades quanto à identificação do sujeito passivo, a saber: a) EJ e o impugnante são uma única e mesma companhia, e, nesse sentido, deveria ter sido o impugnante identificado como contribuinte (art. 121 do CTN); ou b) EJ e Impugnante são "quase uma única e mesma companhia", por sucessão, e então a razão para ele ser sujeito passivo teria de ser a sucessão prevista no art. 132 do CTN; ou c) são companhias distintas, e, nesse caso, forçosa a conclusão de que nenhum vínculo as une, para nenhum efeito.

Para a possibilidade "a" o impugnante afirma que teria havido erro na identificação do sujeito passivo, pois nesta situação a Cia E. Johnston deveria ter sido identificada como contribuinte e não o Itaú Unibanco, como sucessor. Já o Itaú Unibanco S/A, afirma que houve erro na identificação do sujeito passivo pois deveria ser contribuinte a E. Johnston Participações. Nota-se que a reorganização formalizada permite uma série de interpretações permitindo a alegação de erro na identificação do sujeito passivo em qualquer configuração que eventualmente fosse considerada pelo autuante. Se por acaso o autuante tivesse identificado a Cia E. Johnston como contribuinte, como hipoteticamente aventou um dos impugnantes para defender a ocorrência de erro, da mesma maneira caberia a defesa feita contra a possibilidade "c" de que esta seria uma outra empresa, com outro CNPJ, e que não teria praticado o fato gerador objeto da autuação.

Em suma, foi verificada a existência de uma infração ao ordenamento jurídico, na constatação de um planejamento tributário com o fim de não se apurar o ganho de capital na E. Johnston Participações, e tal falta não poderia ficar sem a devida sanção. Visto que haveria alegação contrária em qualquer que fosse a identificação do sujeito passivo efetuada pelo autuante, não haveria como, em função do princípio da verdade material que rege o processo administrativo fiscal, privilegiar os aspectos dos atos formais em detrimento dos fatos substanciais. Ademais o autuante identificou muito bem o sujeito passivo da infração, qual seja a E. Johnston Participações que formalmente foi incorporada pelo Itaú Unibanco S/A e na essência se traduz na Cia E. Johnston de Participações, revelando que ambos deveriam mesmo ser responsabilizados pela prática da infração. A justificativa para a aplicação do artigo 124, I do CTN se encontra no fato da E. Johnston e da Cia E. Johnston serem, substancialmente, a mesma pessoa, tendo assim inequívoco interesse comum na prática do fato gerador identificado na presente autuação.

Antes de qualquer alegação a respeito da existência de contradição no presente voto, mister se faz frisar que o decidido encontra guarida na própria interpretação dos dispositivos legais. A identificação do contribuinte e do seu sucessor respeitou os aspectos formais, pois, para todos os fins (civis, comerciais, tributários, etc) a E. Johnston Participações foi sucedida pelo Itaú Unibanco S/A, devendo este ser responsabilizado. Ora não há como autuar a empresa incorporada pois o seu CNPJ foi baixado. Já no que tange à responsabilidade solidária da Cia E. Johnston, o artigo 124, I do CTN, impõe ao Fisco que faça a apuração do "interesse comum", que por sua vez não necessariamente está vinculado aos aspectos formais do ato.

Restam assim prejudicadas as argumentações acerca do Banco Itaú ter incorporado sua própria acionista, porque, apesar de ter ocorrido a sequência demonstrada pelo autuante, a formalização se deu de maneira diversa e neste aspecto o Banco Itaú não incorporou a sua acionista, mas sim a sua subsidiária integral. A fiscalização manteve total coerência, pois se tivesse mudado a valoração fática de uma autuação para a outra ou se tivesse considerado, de fato, que houve a incorporação das ações da UBBH e do UBB pelo Banco Itaú, conforme alega o impugnante, o ganho de capital deveria ser bem superior ao apurado. Veja que a incorporação formal no Banco Itaú se deu a valor de mercado, de forma que a diferença entre o valor contábil das ações e a substituição por ações do Banco Itaú (valoradas pelo preço de mercado da Itaú Holding) geraria um ganho em monta bastante superior ao apurado na presente infração.

No que tange à alegação de que também não poderia ter ocorrido a incorporação de ações da Unibanco Holdings (UBBH) por ser esta, similarmente à E. Johnston, uma holding pura, cumpre ressaltar que o fundamento da autuação não reside no fato do fiscal ter considerado a E. Johnston como uma holding pura. A demonstração de que, quando da incorporação de ações da E. Johnston, os ativos efetivamente desejados eram as ações da UBBH e do UBB, não vem no sentido de considerar impossível esta última incorporação de ações, mas sim para revelar o total despropósito da mesma. Desta maneira, não é válido o raciocínio de que: se inexistiu a incorporação de ações da E. Johnston sob o argumento de que o objeto de interesse do Itaú eram os seus ativos, também não teria existido a incorporação de ações da UBBH, pois o interesse do grupo Itaú eram as ações do UBB. O autuante em nenhum momento afirmou que as ações da E. Johnston não poderiam ser negociadas por ela ser uma holding pura, apenas disse que a operação (incorporação de ações da E. Johnston) era sem propósito algum que não fosse o trânsito temporário dos ativos para as pessoas físicas sócias da E. Johnston. Já incorporação de ações da UBBH se justifica pela existência de acionistas minoritários que poderiam ser diferentes daqueles detentores de ações do UBB.

O impugnante alega ainda, neste ponto, que a incorporação de ações das três companhias (E. Johnston, Unibanco Holdings e Unibanco), além de ser o que efetivamente ocorreu, era o caminho natural, simples e direto para se trazer 100% do grupo Unibanco (controladores e minoritários) para o âmbito do Itaú. Ora, mais uma vez não merece razão o arguido. Como visto o caminho mais natural, simples e direto para tal objetivo era justamente a incorporação de ações da UBBH e do UBB pertencentes ao controlador (E. Johnston) e aos minoritários.

As questões abordadas na impugnação apresentada pela Cia. E. Johnston encontram-se exauridas no presente voto, cumprindo apenas destacar que, se a similaridade dos nomes tem as razões históricas levantadas pelo recorrente, seria de se questionar o porque da extinção da antiga E. Johnston, uma vez que em pouco espaço de tempo as pessoas físicas, acionistas da mesma, subscreverem o capital em outra empresa, com o mesmo fim (holding familiar), mesmo valor de patrimônio e o mesmo objeto, considerando que as participações iriam sendo substituídas no curso da reorganização. Conforme todo o exposto até aqui seria mais natural e direto, no que diz respeito à E. Johnston, que houvesse incorporação de ações da UBBH e do UBB pela Itaú Holding e em seguida a própria E. Johnston subscrevesse o capital da IUPAR com as ações da ITHF recebidas em substituição. Porém este caminho levaria ao ganho de capital aqui apurado, razão pela qual houve a formalização dos atos de maneira diversa.

Afasto o argumento de que, no presente caso, a Fiscalização desconsiderou ou alterou os negócios jurídicos firmados pela autuada, pois, como já dito, ela apenas reordenou esses fatos segundo a lógica e o propósito espelhado pelos atos praticados.

Relativamente às considerações acerca da ocorrência, ou não, de ganho de capital na INCORPORAÇÃO DE AÇÕES, embora concorde com o argumento da Fazenda Nacional no sentido de que tal matéria não havia sido trazida por meio das impugnações interpostas, na medida em que ela foi tangenciada pela declaração de voto que integra o acórdão atacado na parte acolhida no presente pronunciamento, penso que referida questão deva ser apreciada.

Nesse diapasão, registro que, no caso, alinho-se ao entendimento de que a INCORPORAÇÃO DE AÇÕES caracteriza-se como alienação, sujeita, no caso de acréscimo patrimonial, à incidência do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro.

Peço licença para reproduzir, na íntegra, o pronunciamento do Ilustre Jurista Edmar de Oliveira Andrade Filho⁴, eis que, além de didático, convergente com o entendimento aqui esposado.

A incorporação de ações é operação regida pelo artigo 252 da Lei nº 6.404/76 e que tem por objetivo a criação de uma subsidiária integral (sociedade unipessoal referida no art. 251 da referida Lei) a partir de sociedade já existente; envolve, pois a conversão de uma de uma sociedade com dois ou mais sócios ou acionistas para torná-la unipessoal de modo que todas as ações sejam de titularidade de uma sociedade brasileira. Pode ou não haver transformação em sentido próprio (artigo 220 da Lei nº 6.404/76), que designa a mudança de tipo de sociedade; só haverá transformação se sociedade que vier a se tornar subsidiária integral não for uma sociedade por ações. A transformação é exigida porque o caput do artigo 251 da Lei nº 6.404/76 determina que a “subsidiária integral” seja uma sociedade por ações.

O artigo 252 da Lei nº 6404/76 estabelece um procedimento especial para essa conversão e dá nome de incorporação de ações. A palavra incorporação, neste contexto, não tem a mesma significação que a incorporação de sociedade, pois não há a extinção de sociedade, mas sim, mera conversão de sociedade anônima.

A operação de incorporação de ações requer a existência de pelo menos três partes distintas. A sociedade investida, que se tornará uma subsidiária integral e, portanto, passará a ter um único acionista; a sociedade incorporadora das ações ou quotas, que terá o seu capital aumentado em decorrência de subscrição feita pela terceira parte, representada pelos demais sócios ou acionistas da sociedade investida e que “trocarão” as ações ou quotas do capital daquela que se tornará subsidiária integral por ações ou quotas da sociedade incorporadora que, como visto, terá o seu capital aumentado mediante a emissão de novas ações ou quotas.

Em termos práticos, a sociedade que vier a ser a incorporadora das ações adquire todas as ações (ou o restante para completar a totalidade, se ela já for acionista) da sociedade que vier a ser sua subsidiária integral; essa aquisição é feita mediante o recebimento por conferência das ações ou quotas em subscrição de aumento de seu próprio capital. Assim, a recebedora das ações ou quotas da sociedade que vier a se tornar a subsidiária integral extingue a obrigação pela subscrição das ações mediante a entrega de ações de seu próprio capital.

A operação será submetida à assembléia geral (de sócios ou acionistas) das sociedades envolvidas, exceto aquela que se tornará a subsidiária integral.

Em princípio, não será necessária a realização de assembléia na sociedade que se tornará a subsidiária integral porquanto nela não ocorrerá acréscimo patrimonial de qualquer natureza; uma única mudança ocorre no quadro de sócios ou acionistas, que é reduzido a um. No entanto, haverá necessidade de realização de assembléia em razão da transformação do tipo societário ou para mudança nos direitos atribuídos pelas ações ou quotas, de acordo com a sua espécie, ou, ainda, para modificação do quadro dirigente, se for o caso.

Na sociedade que se tornará a única acionista da subsidiária integral (incorporadora das ações ou quotas), a realização de uma assembléia geral é necessária porque haverá aumento de seu capital social e porque certos acionistas ou sócios poderão dissentir da decisão e requerer o reembolso do valor das suas ações ou quotas. Ademais, a lei impõe formalização de um protocolo e justificação com os termos do negócio jurídico a ser realizado e a apresentação de um laudo de avaliação do valor econômico das ações ou quotas que estarão sendo objeto da “troca” e que, em última análise, diz respeito ao valor do aumento do capital social, que pode ser realizado com ou sem prêmio (ágio na emissão de ações). Na sociedade (ou nas sociedades) que vier a subscrever ações ou quotas do capital da sociedade incorporadora das ações, a assembléia geral deve ser convocada em razão do disposto em Lei (§ 2º do artigo 252), que exige que uma operação desta natureza deva contar com a deliberação prévia dos sócios ou acionistas que podem dela dissentir. Neste caso, a Lei retira dos administradores os poderes para realizar uma operação que envolve ativos da sociedade.

Algumas controvérsias existem acerca do caráter jurídico da “troca” de ações ou quotas nos casos de incorporação de ações regidas pelo artigo 252 da Lei nº 6.404/76 (vide, no meu livro “Imposto de renda das empresas”, no Capítulo 31, o item 31.3).

Sob a perspectiva daquele que realiza da “troca” das ações ou quotas, há substituição de investimento que pode acarretar ou não a apuração de ganho ou perda de capital; tudo fica a depender do valor a ser atribuído à operação, se maior ou menor que o valor contábil do investimento primitivo, que é substituído por outro.

Esta operação pode ser qualificada como sendo passível de produzir uma alienação ou uma liquidação do investimento. A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo; com efeito, o detentor das ações ou quotas as entrega sob a forma de conferência de bens para subscrição de capital e recebe ações ou quotas da sociedade que teve o seu capital aumentado e que passou a ser a única acionista da sociedade convertida em subsidiária integral. Todavia, não se pode olvidar que o fenômeno possui afinidade funcional com a liquidação de investimento por incorporação de sociedade nos termos do artigo 227 da Lei nº 6.404/76; de fato, o investimento na antiga sociedade (aquela que se tornou a subsidiária integral) deixa de existir em razão do cancelamento das antigas ações ou quotas que são substituídas por ações da controladora (única acionista ou quotista) da subsidiária integral.

Os negócios jurídicos que compõem o instituto da incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembléias, nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais as

operações serão realizadas (observadas as prescrições legais tendentes a proteger acionistas minoritários) de modo que se a operação de subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil haverá apuração de ganho de capital tributável e, se for o caso, haverá a realização do ágio ou deságio já amortizado e objeto de controle na Parte B do Livro de Apuração do Lucro Real.

Por fim, cabe aduzir que ainda que a operação venha a ser qualificada como “liquidação de investimento”, não é permitido o adiamento da tributação incidente sobre o eventual ganho de capital, nos termos do item II do artigo 430 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 que trata, unicamente, das operações de incorporação, fusão ou cisão em razão da menção, no citado preceito, da figura do “acervo líquido”, assim considerado a diferença entre ativos e passivos recebidos em razão de qualquer uma das citadas operações.

(GRIFEI)

Quanto a tal aspecto, qual seja, pronunciamentos doutrinários acerca da natureza da incorporação de ações, se representativa ou não de alienação capaz de fazer emergir ganho tributável, merece transcrição também, fragmento de artigo da autoria de Jéferson Roberto Nonato⁵ acerca da matéria em referência.

Ganhos de capital nas alienações de participações societárias. Disciplina tributária

De plano devemos focar a hipótese em que a titularidade das ações alienadas, em situação de Incorporação de Ações, fosse detida por uma Pessoa Jurídica. Para esta hipótese, já vigorou, entre nós, o que disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2.002. Tal regra permitia que a Pessoa Jurídica alienante, em caso de Incorporação de Ações, deslocasse a tributação sobre os Ganhos de Capital para o momento da alienação, baixa ou liquidação das ações que foram adquiridas no processo de Incorporação de Ações. Os termos de tal dispositivo eram os seguintes:

...

Esta permissão legal foi amplamente utilizada em Planejamentos Tributários e Societários, terminando revogada pelo art. 15 da Medida Provisória nº 232 de 30 de Dezembro de 2.004.

Desta citação legal, se pode extrair que **o legislador ordinário sempre reconheceu a ocorrência de Ganhos ou Perdas de Capital em situação de Incorporação de Ações, não importando para tal configuração, a inexistência de fluxo financeiro ou de manifestação de vontade do titular das ações alienadas. Não se tem na espécie mera substituição de ativos, como advogado por alguns. Efetivamente o ato jurídico encerra uma das espécies do gênero alienação que pode gerar ganho ou perda de capital para o alienante porque se materializa a transmissão onerosa da propriedade de ativos, sempre passível de avaliação em termos de moeda corrente.**

(GRIFEI)

Vê-se, pois, em consonância com os pronunciamentos acima reproduzidos, que a legislação tributária já previa a incidência do imposto e da contribuição social no ganho

⁵ Disponível em www.fiscosoft.com.br/a/53lj/ganhos-de-capital-realizados-na-incorporacao-de-acoes-subsidiaria-integral-jeferson-roberto-nonato. 200-2 de 24/08/2001

de capital derivado de incorporações de ações, tanto que autorizou o diferimento dessa tributação no período de vigência da norma trazida pelo art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002. Irrelevante, no caso, como asseverado por Jéferson Roberto Nonato, “*a inexistência de fluxo financeiro ou de manifestação de vontade do titular das ações alienadas*”.

No que diz respeito à multa isolada, exigida em decorrência da falta e/ou insuficiência de recolhimento de antecipações obrigatórias (estimativas), esclareço, inicialmente, que a penalidade em discussão foi aplicada com suporte no disposto no art. 44, II, b, da Lei nº 9.430, de 1996, relativamente a fatos gerador ocorrido no ano de 2008, isto é, a autuação teve por lastro o art. 44 da lei, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.488, de 2007. Assim, não estamos diante de situação capaz de atrair a aplicação da súmula CARF nº 105, vez que esta alcança tão somente as multas isoladas lançadas com fundamento no citado art. 44 antes das alterações promovidas pela referida Lei nº 11.488, de 2007.

Não se pode deixar de admitir que a questão da aplicação da multa isolada, nas circunstâncias versadas nos presentes autos, constitui matéria controversa no âmbito deste Colegiado.

Não obstante, alinho-me ao entendimento de que o óbice apontado pela Recorrente na sua peça de defesa não encontra ressonância na legislação de regência.

Com efeito, penso que não cabe falar em duplicidade de incidência sobre um mesmo fato (concomitância), pois, na situação sob análise, estamos diante de duas infrações distintas, quais sejam: a) ausência de oferecimento à tributação de GANHO DE CAPITAL em operação de associação de empresas; e b) falta de recolhimento das antecipações obrigatórias (estimativas).

A meu ver, a norma legal aplicada revela obrigações distintas que, uma vez inobservadas, podem ensejar a aplicação da sanção. A primeira, consubstanciada no dever de recolher o imposto e a contribuição com base em estimativa a que se submetem as pessoas jurídicas que, por opção, apuram o resultado tributável anualmente. A segunda, decorrente da opção em questão, surge em consequência da eventual apuração de saldo positivo no resultado tributável anual.

Tenho que o fato de as infrações terem sido apuradas por meio de um mesmo procedimento revela, apenas, concomitância de verificação das irregularidades, não constituindo, contudo, causa capaz de fazer desaparecer a infração antes cometida.

Destaco que a variação do aspecto temporal da apuração reflete a evidência de que, no caso, estamos diante de duas infrações absolutamente distintas.

Tome-se, por exemplo, a situação em que, no curso do período-base de incidência, apurou-se receita omitida e, em razão disso, aplicou-se a multa isolada em virtude da insuficiência de recolhimento das estimativas devidas. Noutro momento, restou verificado que a mesma receita, antes omitida, também não foi considerada nas bases de cálculo do tributo e da contribuição devidos. Fica claro que, nessa circunstância, o tributo, assim como a contribuição, serão lançados com a multa de ofício correspondente, não havendo que se falar, nesse caso, em duplicidade de sanção sobre o mesmo fato.

Relativamente ao juro sobre a multa de ofício, embora tenha me pronunciado em outras ocasiões pela procedência da sua incidência, não com base na taxa

selic, mas, sim, com aplicação do percentual de 1% a que alude o parágrafo primeiro do art. 161 do Código Tributário Nacional, em razão de reiterados pronunciamentos desta Corte Administrativa, revi meu posicionamento, de modo que passei a acolher o entendimento de que efetivamente existe lastro legal para que a incidência se dê com base na taxa selic.

No que diz respeito à referida matéria (juros sobre a multa de ofício), dentre inúmeros no mesmo sentido, adoto como razões de decidir o pronunciamento do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto nos autos do processo administrativo nº 19515.720343/2012-64 (acórdão nº 1402-001.750, sessão de 30 de julho de 2014), que, amparado em manifestação da Câmara Superior de Recursos Fiscais, consignou:

[...]

Observa-se, inicialmente, que a questão tem sido objeto intenso debate pela Câmara Superior, haja vista que, num lapso de poucos meses, ocorreram votações em sentidos opostos, ambos decididos por maioria apertada de votos, como se verifica dos acórdãos nº 9101-00539, de 11/03/2010, e nº 9101-00.722, de 08/11/2010.

Abstraindo-se de argumentos finalísticos, como o enriquecimento ilícito do Estado, os quais fogem à alçada deste tribunal administrativo, conforme determina a Súmula CARF nº 2, expõe-se os fundamentos considerados suficientes para justificar a cobrança nos presentes autos, com espelho no acórdão nº 9101-00539, de 11/03/2010, de lavra da Conselheira Viviane Vidal Wagner.

O conceito de crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto tributo quanto penalidade pecuniária.

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

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

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

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

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

O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o crédito tributário não pago

integralmente no seu vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento.

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

De acordo com a definição de Hugo de Brito Machado (2009, p.172), o crédito tributário "é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)."

A obrigação tributária principal referente à multa de ofício, a partir do lançamento, converte-se em crédito tributário, consoante previsão do art. 113, §1º, do CTN:

Art. 113 A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito tributário dela decorrente. (destacou-se)

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

A multa de ofício é prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e é exigida "juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago" (§1º).

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

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

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

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

Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei nº 9.430/96 quanto à incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

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

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

Art.950. Os débitos não pagos nos prazos previstos na legislação específica serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61).

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

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

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

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

No mesmo sentido já se manifestou a Câmara Superior de Recursos Fiscais quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/0400.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

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

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

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

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

No âmbito do Poder Judiciário, a jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

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

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

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

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

No âmbito administrativo, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, de observância obrigatória pelo colegiado, por força de norma regimental (art. 72 do RICARF), nos seguintes termos:

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

Diante de todo o exposto, conduzo meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO aos recursos.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães - Relator