



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

Processo nº 19515.720169/2011-79
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-002.164 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2013
Matéria IRPF
Recorrente ROBERTO BALLS SALLOUTI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

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

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, seguida de incorporações reversas e nova capitalização, em nítida inobservância da primazia da essência sobre a forma, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado.

MULTA QUALIFICADA

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

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

Os juros de mora equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC não incidem sobre a multa de ofício lançada juntamente com o tributo ou contribuição, por absoluta falta de previsão legal.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, QUANTO A MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA: por unanimidade de votos, desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%. QUANTO A EXCLUSÃO DA MULTA DE OFÍCIO POR ERRO ESCUSÁVEL: por maioria de votos, negar provimento. Vencido o Conselheiro Pedro Anan Junior, que votou pela exclusão da multa de ofício. QUANTO A EXCLUSÃO DA INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO: por maioria de votos, excluir da exigência da taxa Selic incidente sobre a multa de ofício. Vencidos os Conselheiros Antonio Lopo Martinez (Relator) e Nelson Mallmann, que negaram provimento ao recurso nesta parte. Designado para redigir o voto vencedor a Conselheira Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga. QUANTO AS DEMAIS QUESTÕES: por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Guilherme Barranco de Souza, que provia integralmente o recurso voluntário. Manifestaram-se, quanto ao processo, o contribuinte através de seu advogado Dr. Luís Claudio Gomes Pinto, inscrito na OAB/RJ sob nº 88.704 e a Fazenda Nacional, através de seu representante legal Dra. Indiara Arruda de Almeida Serra (Procuradora da Fazenda Nacional).

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann – Presidente

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Relator

(Assinado digitalmente)

Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga – Redatora designada

Composição do colegiado: Participaram do julgamento os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Guilherme Barranco de Souza, Antonio Lopo Martinez, Odmir Fernandes, Pedro Anan Junior e Nelson Mallmann. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Rafael Pandolfo.

Relatório

Em desfavor do contribuinte, ROBERTO BALLS SALLOUTI, foi lavrado, em 02/05/2011, o Auto de Infração de fls. 543/548, acompanhado dos demonstrativos de fls. 02 e 540/542 e do Termo de Verificação Fiscal de fls. 520/539, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, anos-calendário 2006 e 2009, por meio do qual foi apurado crédito tributário no montante de R\$ 9.670.774,69 (nove milhões, seiscentos e setenta mil, setecentos e setenta e quatro reais e sessenta e nove centavos), sendo R\$ 3.502.560,93 referentes ao imposto, R\$ 5.253.841,39, à multa de ofício e R\$ 914.372,37, aos juros de mora (calculados até 29/04/2011).

Conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 545/546), o procedimento resultou na apuração da seguinte infração:

***-.Omissão de Ganhos de Capital na Alienação de Ações/Quotas
Não Negociadas em Bolsa***

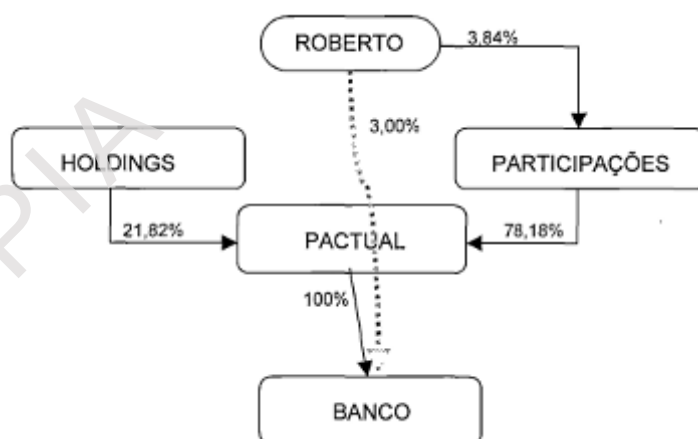
Fato Gerador Valor Tributável ou Imposto (R\$) Multa (%)

31/12/2006	40.130.308,78	150
30/09/2009	61.467.567,75	150

Segundo o Termo de Verificação Fiscal de fls. 520/539, em dezembro de 2006, após um complexo processo de reorganização societária, o contribuinte alienou à empresa UBS Brasil Participações Ltda a participação que possuía no Banco Pactual, representada por 34.022.332 (trinta e quatro milhões, vinte e dois mil, trezentas e trinta e duas) ações ordinárias. Tal alienação resultou na apuração de um ganho de capital no valor aproximado de R\$ 101,6 milhões e de um imposto de renda pessoa física da ordem de R\$15,24 milhões, sendo R\$ 6,02 milhões no ano de 2006 e R\$ 9,22 milhões em 2009.

Afirma a autoridade lançadora que, antes de concluir a venda de sua participação no Banco Pactual S/A à UBS Brasil Participações Ltda, o contribuinte elevou indevidamente o custo de aquisição dessa participação, utilizando-se de sofisticados artifícios contábeis, engendrados através de diversos negócios societários, que, resumidamente, consistiram na elevação do capital em empresas investidoras, via equivalência patrimonial com as empresas investidas e a quase simultânea extinção das holdings que detinham participação societária no Banco Pactual, por meio de sucessivas incorporações reversas, culminando com a alienação das ações do Banco diretamente pelos acionistas pessoas físicas da instituição. Com isto, o contribuinte inflou artificialmente o custo das ações que pretendia vender, com o propósito de reduzir o montante de seu ganho de capital e consequentemente o valor do IR incidente sobre essa alienação.

De acordo ainda com o Termo de Verificação Fiscal, esse artifício se torna flagrante ao compararmos a evolução do Patrimônio Líquido do Banco, que atingiu 84,45% no período de 31/12/2005 a 31/11/2006, com o aumento do custo de aquisição pretendido pelo contribuinte de 233,71% no mesmo período.



Segundo o TVF, a reorganização societária ocorreu da seguinte forma:

- Aumento de Capital na “Nova Pactual PARTICIPAÇÕES” em 13/10/2006 mediante capitalização dos créditos detidos pelos sócios quotistas em face da sociedade.

- Na mesma data, a controladora (Nova Pactual PARTICIPAÇÕES LTDA.) foi incorporada pela sua controlada PACTUAL S.A., ocorrendo a denominada incorporação inversa.

- Em 13/10/2006, aumentou-se o capital social da Pactual HOLDINGS S.A., mediante a capitalização dos créditos detidos pelos sócios quotistas em face da sociedade. Na mesma data, a controladora (PACTUAL HOLDINGS S.A.) foi incorporada pela sua controlada (PACTUAL S.A.), ocorrendo a denominada incorporação inversa.

- Em 01/11/2006, aumentou-se o capital social da PACTUAL S.A. mediante a capitalização dos créditos detidos pelos sócios quotistas contra a sociedade.

- Por fim, em 01/12/2006, a controladora (PACTUAL S.A.) foi incorporada pela sua controlada (BANCO PACTUAL S.A.)

- No mesmo dia 01/12/2006, o contribuinte aliena a sua participação no BANCO à UBS BRASIL.

Segundo o Termo de Verificação Fiscal observa-se que os negócios perpetrados pelo “GRUPO PACTUAL” entre 13/10/2006 e 01/12/2006, tinha o padrão de promover o aumento de capital em uma determinada empresa, através de créditos detidos por seus sócios pessoa físicas, e sua subsequente incorporação em outra empresa, que por sua vez, sofrerá novo aumento de capital e nova incorporação. E ainda que os ativos das empresas incorporadas se constituíam quase que integralmente, ou integralmente no último caso, do investimento na incorporadora.

Conclui, então, o fiscal autuante que a análise em conjunto de todas as operações que antecederam a alienação das ações representativas do capital social do Banco Pactual, realizadas entre o grupo Pactual e o contribuinte, evidenciam que este incorreu na prática de ato simulado, ao inflar artificialmente o custo de aquisição das ações, com capitalização cumulativa de valores derivados dos lucros apurados por equivalência patrimonial, nas operações de incorporações inversas, com o propósito de lesar terceiros, no caso a Fazenda Nacional, configurando-se a hipótese de incidência prevista no inciso I, do parágrafo primeiro, do art. 167 do Código Civil, combinado com seu parágrafo 2º.

Assim, para efeito da correta apuração do ganho de capital ocorrido na alienação da participação societária que o contribuinte possuía no Banco Pactual S/A, foi expurgado, para fins de cálculo de seu efetivo custo de aquisição, o efeito produzido pelas capitalizações de lucros e/ou reservas nas empresas Nova Pactual Participações e Pactual Holdings, ocorridas em 13/10/2006, nos respectivos valores de R\$ 686 milhões e de R\$ 202,5 milhões, uma vez que, como acima evidenciado, esse efeito foi utilizado em duplicidade e está embutido na capitalização de lucros da “PACTUAL”, realizada em 01/11/2006, no valor de R\$996.087.876,00.

Expurgando-se o acréscimo promovido pelo contribuinte no custo de aquisição de suas ações, em razão da capitalização da empresa Nova Pactual Participações, no valor de R\$ 24.589.386,00, foi apurado o valor correto do custo de aquisição das ações alienadas, que somou R\$ 53.185.664,95 (R\$ 77.775.050,95 - R\$ 24.589.386,00).

Cientificado da autuação em 06/05/2011 (fls. 549), o interessado apresentou, em 02/06/2011, por meio de seu representante legal, a impugnação de fls. 553/593, por meio da qual alega, em síntese, o que segue:

1. antes da reestruturação, o impugnante era titular de investimentos representativos de 4,16% da Nova Pactual Participações Ltda, sociedade holding titular de investimentos representativos de 78,18% do capital de Pactual S.A., holding titular de investimentos representativos de 100% do capital do Banco Pactual;

2. os investimentos representativos dos demais 21,82% do capital da Pactual S/A eram de propriedade de Pactual Holdings S.A., sociedade holding na qual o impugnante não tinha qualquer participação;

3. os principais atos da reestruturação questionados pelo Auto de Infração foram: i) aumento de capital de Nova Pactual, realizado em 13/10/2006, mediante a capitalização de lucros gerados pelo Banco Pactual e por ela reconhecidos em razão da aplicação do Método de Equivalência Patrimonial (MEP), resultando em acréscimo do custo dos investimentos do impugnante em R\$ 24.589.386,00; ii) aumento de capital de Pactual Holdings, na mesma data, mediante a capitalização de lucros gerados pelo Banco Pactual e por ela reconhecidos em razão da aplicação do MEP, o qual é irrelevante no caso concreto porque, como visto acima, o impugnante não era titular de investimentos na Pactual Holdings; iii) incorporação da Nova Pactual (e Pactual Holdings, o que não é relevante no caso) por Pactual, sua controlada (incorporação reversa), e transferência

ao impugnante, em substituição à sua participação no capital da incorporada, de investimentos diretos na incorporadora, ou seja, em Pactual; iv) aumento de capital de Pactual, em 03/11/2006, mediante a capitalização de lucros gerados pelo Banco Pactual e por ela reconhecidos em razão da aplicação do MEP, resultando em aumento do custo dos investimentos do impugnante de R\$ 29.882.639,00; v) incorporação de Pactual pelo Banco Pactual (incorporação reversa), tendo o impugnante recebido, em substituição à sua participação no capital da incorporada, extinta com a incorporação, investimentos diretos na incorporadora, ou seja, no Banco Pactual;

4. depois da incorporação da Pactual pelo Banco Pactual, as ações deste último das quais o impugnante se tornou proprietário foram alienadas à UBS Brasil Participações Ltda, pelo preço total de R\$ 154.783.546,79, do qual uma parcela foi paga a vista, em 2006 (R\$ 61.138.205,50), e outra parcela, em 2009 (R\$ 93.645.341,29);

5. dos R\$ 93.645.341,29 pagos em 2009, parte ocorreu em dinheiro (R\$ 71.170.459,00) e o restante (R\$ 22.474.881,91), em ações representativas de aumento de capital de BTG Pactual Participações II S.A.;

6. após a implementação da reestruturação, o custo dos investimentos do impugnante no Banco Pactual passou a ser de R\$ 77.775.050,95, e, assim, a venda de suas ações gerou um ganho de capital no valor de R\$ 78.243.082,90 e a incidência de IRPF, que foi devidamente recolhido aos cofres públicos;

7. no Termo de Verificação Fiscal anexo ao Auto de Infração, a fiscalização afirma que a reestruturação: i) implicou na majoração indevida do custo de aquisição dos investimentos do impugnante no Banco Pactual, a qual decorreria de uma interpretação equivocada do art. 135 do RIR com relação aos efeitos das incorporações inversas; ii) consubstanciou ato simulado cujos efeitos, nos termos do art. 116, § único, do CTN, poderiam ser desconsiderados para fins fiscais; iii) implicou na caracterização cumulativa de todas as hipóteses previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, quais sejam, sonegação, fraude e conluio, motivando a aplicação da multa de 150%;

8. em razão do exposto, a fiscalização desconsiderou parte do acréscimo do custo de aquisição dos investimentos do impugnante no Banco Pactual, qual seja, aquele decorrente da capitalização de lucros pelas holdings do Banco Pactual (Nova Pactual e Pactual S.A), no que excederam os lucros existentes no próprio Banco Pactual;

9. o auto indica, como enquadramento legal, uma série de dispositivos que apenas contém regras gerais relativas à apuração e à tributação dos ganhos de capital auferidos por pessoas físicas, e nenhum deles foi infringido pelo impugnante;

10. o Grupo Pactual era composto por diversas holdings existentes há mais de dez anos e constituídas em uma época em que as pessoas físicas integrantes do grupo sequer cogitavam alienar seus investimentos no Banco Pactual;

11. os objetivos das holdings eram exclusivamente os de organizar o exercício do controle do Banco Pactual e a distribuição de seus resultados e, dessa forma, a alienação do Banco Pactual a terceiros faria com que as mesmas se tornassem totalmente desnecessárias;

12. em tese, as holdings poderiam ser extintas antes ou depois da concretização da venda do Banco Pactual, sendo que, na primeira hipótese, os controladores figurariam no polo vendedor da operação, ao passo que, na segunda, as holdings ocupariam essa posição;

13. pela natureza do negócio celebrado com o UBS Brasil, optou-se pela extinção das holdings antes da realização do negócio;

14. como é comum nas vendas de instituições financeiras com as características do Banco Pactual, seus principais acionistas assumem obrigações de caráter personalíssimo, como a de não competirem com a sociedade vendida e mesmo de nela continuarem atuando até que seu fundo de comércio tenha se consolidado após a transferência de seu controle acionário;

15. assim, nada mais lógico que eles fossem parte no negócio, e não meros intervenientes.

16. o caminho trilhado pelos controladores para se tornarem vendedores do Banco Pactual foi o mais lógico, rápido e econômico possível e o acréscimo de custo de seus investimentos é mera consequência da aplicação das normas em vigor;

17. entre as diversas variantes que poderiam ser adotadas para fazer com que os controladores figurassem como vendedores, tais como: i) a liquidação das holdings com a entrega dos ativos (no que se incluíam as ações do Banco Pactual) aos controladores em devolução do capital; ii) a redução do capital das holdings, mediante entrega dos investimentos no Banco Pactual aos controladores; iii) incorporações diretas; ou tradicionais, cujos inconvenientes são enormes, ressaltando que a incorporação de um banco como o Pactual por outra empresa, sobretudo uma que não seja instituição financeira, seria extremamente complexa e onerosa; iv) a venda, pelos controladores, de investimentos diretos nas holdings, hipótese em que seria desnecessária qualquer reestruturação societária prévia; a última variante disponível, a incorporação reversa das holdings pelo Banco Pactual, sem dúvida, era a mais conveniente do ponto de vista prático, operacional, negocial e fiscal;

18. desde que o art. 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, definiu os efeitos fiscais das incorporações inversas, as incorporações de holdings têm sido a primeira opção para a eliminação de empresas cuja existência se torna desnecessária;

19. não procede, assim, a alegação de que a opção pelas incorporações inversas consistiu em um artifício motivado exclusivamente pela economia fiscal;

20. nas incorporações, a incorporadora recebe um conjunto patrimonial (bens, direitos e obrigações) e “paga” aos acionistas da incorporada pelo mesmo, em ações representativas de aumento de seu capital;

21. não se apuram resultados na substituição de ações da incorporada por ações da incorporadora e, por essa razão, as ações da incorporadora recebidas pelos acionistas da incorporada tem o mesmo custo de seus investimentos na incorporada, declarados extintos na incorporação;

22. a incorporação das holdings pelo Banco Pactual é um exemplo de incorporação “inversa” ou “reversa”, na qual a investida (Banco Pactual) sucede as investidoras (as holdings) em todos os seus bens, direitos e obrigações, dentre os quais figuram os investimentos da investidora/incorporadora na investida/incorporada, cabendo à investida aumentar seu capital social e entregar as ações representativas desse aumento aos acionistas da investidora/incorporadora;

23. contudo, a investida/incorporadora passa a ter ações representativas de seu próprio capital social, que são canceladas no próprio ato ou, opcionalmente, mantidas em tesouraria, na hipótese de a investida dispor de lucros ou reservas suficientes à subsistência das ações;

24. ocorre, assim, um aumento de capital (para a emissão de ações destinadas aos acionistas da investidora/incorporada) e uma subsequente redução do capital para cancelamento das ações representativas do próprio capital da investida, caso a mesma não possa ou não queira mantê-las em tesouraria;

25. o conjunto patrimonial destinado à realização do aumento de capital corresponde à diferença entre o valor dos ativos e das obrigações da incorporada, isto é, ao seu patrimônio líquido;

26. a parcela do patrimônio líquido da incorporada, representada por lucros ou reservas de lucro, por exemplo, transforma-se em capital da incorporadora no processo de incorporação e, por essa razão, é indiferente que, antes da incorporação, os lucros da incorporada sejam ou não capitalizados;

27. a automática conversão de todas as contas do patrimônio líquido da incorporada em capital da incorporadora é reconhecida pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e até mesmo pelo fisco;

28. não fosse a distribuição e capitalização prévia de lucros assim, a incorporação faria com que as quotas da incorporadora (Pactual S.A.), destinadas aos quotistas da Nova Pactual Participações Ltda em substituição de suas participações na mesma, fossem-lhes atribuídas na proporção do capital social, fazendo com que os lucros acumulados até então fossem distribuídos também nesta proporção;

29. em vista disto, os lucros de Nova Pactual foram distribuídos em bases desproporcionais e reaplicados na empresa, acertando as participações dos acionistas no patrimônio líquido antes da incorporação;

30. tal assertiva é comprovada pela simples análise da capitalização de lucros de Nova Pactual, realizada nos termos de sua 4ª Alteração Contratual, datada de 13/10/2006 oportunidade em que o capital de Nova Pactual foi aumentado em R\$ 686.000.000,00, mediante a conversão de créditos detidos por seus quotistas, créditos estes decorrentes do direito ao recebimento de lucros;

31. antes da capitalização desproporcional, o impugnante era titular de investimentos representativos de 4,16% do capital de Nova Pactual;

32. assim, partindo-se de sua posição anterior no capital de Nova Pactual, caber-lhe-iam lucros no valor de R\$28.537.600,00, os quais, tão logo fossem capitalizados, aumentariam o custo de seus investimentos no mesmo valor;

33. todavia, em função da dita distribuição desproporcional de lucros, só lhe couberam lucros no valor de R\$24.589.386,00, os quais, quando capitalizados, aumentaram o custo de seus investimentos no mesmo valor;

34. verifica-se, portanto, que, em função da capitalização desproporcional de lucros de Nova Pactual, o custo dos investimentos do impugnante na mesma foi menor em R\$3.948.214,00;

35. se os efeitos da capitalização de lucros da Nova Pactual fossem ignorados, o custo dos investimentos do impugnante no Banco Pactual, na época da vendas de suas ações, seria maior, na medida em que: i) a redução de sua participação no capital de Nova Pactual - de 4,16% para 3,84% - seria desconsiderada; e ii) tocara ao impugnante uma parcela maior dos lucros capitalizados pela Pactual S.A, aumentando, por conseguinte, o custo das ações desta, subsequentemente substituídas por ações do Banco Pactual;

36. em vista disto, se, por absurdo, fosse mantido o auto de infração, o ganho de capital do recorrente deveria ser recalculado e quantificado com base na participação que o mesmo teria no Banco Pactual se a capitalização de lucros de Nova Pactual, e consequente redução de sua participação, não tivesse ocorrido;

37. a legislação do Imposto de Renda determina, no art. 130, §1º e art. 135 do RIR, que o custo de aquisição de ações ou quotas de titularidade de uma pessoa física corresponde ao custo original do investimento acrescido do montante dos lucros ou reservas de lucros capitalizados;

38. nas incorporações inversas, se, por um lado, os acionistas da incorporadora recebem ações da incorporada por custo idêntico ao das ações da incorporadora, por outro lado, ocorre a capitalização de lucros ou reservas eventualmente existentes na incorporada e o novo custo de aquisição das ações dos acionistas da incorporada passa a corresponder ao valor original de seu investimento acrescido do montante dos lucros e reservas de lucros da incorporada;

39. no caso concreto, a capitalização de lucros e reservas de lucros das holdings foi deliberada antes da incorporação, mas a capitalização existiria independentemente desta deliberação;

40. o ajuste de custo do valor dos investimentos se verificaria, quer houvesse deliberação expressa específica no sentido da capitalização dos lucros das holdings, como houve, quer não;

41. a legislação em vigor prevê que a capitalização dos lucros gera acréscimo de custo para os acionistas pessoas físicas, sem cogitar da natureza do lucro;

42. quer a capitalização dos lucros das holdings tivesse resultado de deliberação específica, quer houvesse ocorrido no processo de incorporação, seus sócios ou acionistas eram os vendedores e, dentre eles, estava o impugnante e, assim, o ajuste do custo dos seus investimentos decorre da aplicação da lei, não havendo como rejeitá-lo;

43. a opção de eliminarem-se as holdings mediante incorporações reversas era o caminho lógico, natural e admitido por lei para viabilizar a venda das ações do Banco Pactual pelos controladores e o aumento de custo das ações do impugnante foi mera consequência da adoção dessa opção legítima e essencial aos negócios;

44. ainda que a majoração dos investimentos do impugnante no Banco Pactual seja em montante superior aos lucros auferidos pelo próprio Banco e que esta seja encarada como uma distorção, ela resulta da aplicação das normas societárias em vigor;

45. não se pode esperar que o contribuinte deixe de aplicar a lei em razão de a mesma lhe favorecer, pela peculiaridade de determinada situação; por outro lado, o fisco também não pode deixar de aplicá-la por considerar que ela beneficia indevidamente o contribuinte;

46. as distorções decorrentes da aplicação do método de equivalência patrimonial ocorrem não só nas hipóteses de incorporações reversas, mas também em outras situações;

47. o 1º Conselho de Contribuintes já decidiu que “a existência de falhas na legislação” não pode ser suprimida pelo julgador, ou, ainda, que “não cabe à autoridade fiscal ignorar o preceito representativo da vontade do legislador”;

48. as distorções que ocorrem devem ser corrigidas por quem tem competência para isso, o legislador, estando o intérprete e o aplicador da lei adstritos aos seus termos, não lhes cabendo

deixar de aplicá-la por considerar que deveria ter tratado de forma diversa uma situação específica;

49. ao afirmar que o impugnante deveria ter baixado uma parcela do custo de aquisição de seus investimentos quando ocorreu a incorporação reversa das holdings do Grupo Pactual, a fiscalização quer impor a adoção de procedimento sem base legal e sequer previsto em norma editada pela Receita Federal do Brasil;

50. além disso, faltaria até lógica a esse procedimento, pois, ao fazê-lo, a venda do investimento após a incorporação reversa (e redução de custo) importaria no reconhecimento de injustificável ganho de capital;

51. o art. 167, §1º, inciso I, do Código Civil contempla situação em que pessoas sem qualquer interesse real (as chamadas interpostas pessoas) participam de negócios jurídicos com o único objetivo de ocultar um de seus verdadeiros participantes;

52. no caso concreto, não houve simulação por interposição de pessoa, pois em nenhum momento aparentou-se conferir direitos a pessoa distinta com o objetivo de ocultar a que efetivamente os recebeu, não tendo havido em qualquer etapa da reestruturação a interposição de parte oculta;

53. a alienação do Banco Pactual foi celebrada entre seus proprietários e o UBS Brasil, tendo a reestruturação sido feita às claras para viabilizar a negociação das ações do Banco Pactual diretamente pelos controladores e, nesse particular, ela não foi contestada.;

54. os bens transferidos aos controladores foram ações do Banco Pactual e não direitos caracterizados pela majoração artificial do custo de aquisição das ações alienadas do Banco Pactual S/A;

55. ainda que a legislação vedasse a elevação dos custos do investimento do impugnante, a reestruturação teria ocorrido exatamente da mesma forma que ocorreu, pois ela representava a maneira mais rápida e econômica de viabilizar o negócio;

56. de acordo com a maior parte dos precedentes do 1º CC, a caracterização de simulação por interposta pessoa, prevista no art. 167, §1º, do CC/02, verifica-se quando direitos são entregues a pessoas que não são seus verdadeiros proprietários e sequer têm ingerência sobre eles;

A DRJ ao julgar as razões do contribuinte, julgou o lançamento procedente nos termos da ementa a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

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

Autenticado digitalmente em 09/03/2013 por NIELSON MALLMANN, Assinado digitalmente em 26/03/2013 por NELSON MALLMANN, Assinado digitalmente em 09/03/2013 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 11/03/2013 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA

Impresso em 02/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O fato de constar do auto de infração vários dispositivos legais concernentes a aspectos gerais relativos à tributação dos rendimentos de ganho de capital não macula o lançamento, quando restar caracterizado que não houve prejuízo ao contribuinte, seja porque a descrição da infração lhe possibilita ampla defesa, seja porque a impugnação apresentada revela pleno conhecimento da infração imputada.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. VALIDADE.

Só é considerado válido o planejamento tributário, conjunto de medidas e atos adotados pelo contribuinte na organização de sua vida econômico-fiscal, se este anteceder o fato gerador e pautar-se pela legalidade, com o afastamento de qualquer forma de simulação em relação aos atos e negócios praticados.

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

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, seguida de incorporações reversas e nova capitalização, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

SIMULAÇÃO. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA.

O fato de cada uma das transações dentro do grupo societário, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando restar comprovada a simulação, visto que, por trás da verdade declarada, uma aparente reorganização societária representada por um conjunto de alterações contratuais, existia uma outra verdade, qual seja, a majoração artificial do custo das ações do acionista pessoa física e a obtenção de benefícios fiscais, que, de outra forma, não poderiam ser alcançados.

MULTA QUALIFICADA.

É cabível, por disposição literal de lei, a incidência de multa de ofício sobre o valor do imposto apurado em procedimento de ofício, que deverá ser exigida juntamente com o imposto não pago espontaneamente pelo contribuinte, independentemente do motivo determinante da falta. No caso em exame, tendo sido comprovado o intento doloso do contribuinte de reduzir indevidamente sua base de cálculo, a fim de se eximir do pagamento do imposto devido, cabível é a aplicação da multa qualificada.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Considerando que a multa de ofício é classificada como débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é

correta a incidência dos juros de mora sobre os valores da multa de ofício não pagos, a partir de seu vencimento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte teve ciência de tal decisão e contra ela interpôs o Recurso Voluntário, por meio do qual assim resumiu os fatos que motivaram o lançamento:

- Primeiramente, reiterou as razões da impugnação;
- No que toca a decisão indica que é totalmente equivocada e não contém argumento jurídico, refutando todas as argumentações e argumentos do recorrente;
- Trouxe diversos exemplos para ilustrar seu raciocínio, bem como jurisprudência em favor de suas alegações.

Por fim, discorreu sobre a inexistência de simulação na espécie, defendendo que seria inaplicável ao caso a qualificação da multa de ofício, pugnando pela reforma da decisão recorrida.

Quando os autos já haviam sido encaminhados a este Conselho para julgamento, o Recorrente anexou aos autos parecer exarado por Ricardo Mariz de Oliveira acerca da inocorrência da simulação no caso em que se examina. O parecer tinha como objetivo oferecer resposta à seguinte indagação:

"12. Diante do exposto, indaga Gilberto Sayão da Silva se, na reestruturação realizada previamente à alienação do BANCO, para que a mesma fosse realizada por seus controladores finais, houve a prática de algum ato (ou de um conjunto de atos) que possa ser qualificado como simulado, nos termos do art. 167 do Código Civil."

A conclusão a que o signatário do mesmo chegou foi a de que: A única razão apresentada pela fiscalização autuante, e confirmada pela decisão da DRJ no respectivo processo administrativo, é a indevida (segundo o entendimento dessas instâncias fiscais) aplicação do art 135 do RIR/99, que teria majorado indevidamente o custo das ações vendidas.

Entretanto, as possíveis consequências tributárias dos atos não são hábeis para caracterizá-los como simulados, isto por um elementar raciocínio lógico: se fosse assim, toda vez que o art. 135 fosse aplicável ter seia que admitir ter havido simulação e ele deixaria de poder ser aplicado.

(...)

Como falei em passagem anterior, parece haver uma inconformidade da fiscalização com a duplicação de efeitos das capitalizações de lucros, em virtude de os lucros que existiam na Nova Pactual e na Pactual Holdings derivavam dos lucros da Pactual S.A. Todavia, isto não é resultado de simulação, mas, quando muito, insuficiência do comando legislativo, envolvendo

tanto o art. 135 do RIR/99 quanto todo o método de equivalência patrimonial, não cabendo ao destinatário da norma, nem ao seu intérprete ou aplicador, corrigi-la a pretexto de interpretação, pois a correção necessariamente deve ser objeto de alteração legislativa, assim como não lhes é dado distinguir onde a norma legal não distingue, ou acrescentar a ela requisitos ou condições nela inexistentes.

Seja como for, qualquer discussão em torno do art. 135 do RIR não depende necessariamente de ter havido simulação, e nem permite afirmar ter havido simulação.

Concluo, pois, não ter ocorrido simulação perpetrada pelo Sr. Gilberto Sayão da Silva ou por qualquer das pessoas envolvidas nos atos e negócio jurídicos de que ele participou.

É meu parecer.

Em seguida (fls. 984 e seguintes), a d. Procuradoria da Fazenda Nacional apresenta suas contra razões ao Recurso Voluntário, aduzindo, em síntese, e após um breve relato dos fatos, que teria havido o aumento irregular do custo de aquisição das ações do BANCO PACTUAL S.A., tendo em vista que o Banco era a única fonte produtora de riqueza para todo o grupo, e os lucros não distribuídos (e capitalizados) pelas demais empresas foram apurados através do método da equivalência patrimonial. Eis um trecho do entendimento esposado na referida peça:

Ora, as operações de capitalização e incorporação inversas não podem ser consideradas isoladamente, como pretende o contribuinte. Com efeito, a opção feita pelo contribuinte, no sentido de aproveitar os lucros e reservas de capital para aumentar o capital social, trará consequências para todas as suas empresas

. Dessa forma, os dividendos não distribuídos e que estavam presentes na NOVA PACTUAL PARTICIPAÇÕES LTDA. e na PACTUAL HOLDINGS S.A., por meio do método da equivalência patrimonial, podem ser utilizados para a capitalização dessas empresas. Por sua vez, a incorporação dessas empresas pela PACTUAL S.A. provocará a incidência do art. 135 do RIR/99, com o conseqüente aumento do custo de aquisição das ações.

Entretanto, unia vez utilizados os lucros e reservas de capital nessa operação, não é admissível que eles possam lastrear uma futura capitalização da PACTUAL S.A. e o eventual aumento no custo de aquisição das ações dessa pessoa jurídica na incorporação inversa pelo BANCO PACTUAL S.A.

Por fim, a PFN reitera o pedido para que seja mantida a qualificação da multa de ofício.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

O **recurso voluntário** está dotado dos pressupostos legais de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

O processo versa fundamentalmente sobre a validade do procedimento adotado pelo recorrente para a apuração do custo de aquisição das ações do Banco Pactual que foram alienadas a UBS Brasil.

No entendimento da autoridade recorrida, a operação deve ser verificada no seu efeito total, e não pela validade isolada das partes.

“nos casos de alegada “reorganização empresarial”, na qual se verifica a existência de um conjunto de atos é importante analisar o todo e não apenas cada ato isoladamente. O exame abrangente da situação permitirá identificar se cada operação é autônoma ou se faz parte de uma operação maior e que se esteja pretendendo ocultar do fisco. Nas operações de planejamento tributário, as questões formais têm menor relevância na análise da oponibilidade das operações perante o Fisco, devendo ser analisada primordialmente a essência do conjunto de operações

Argumenta a autoridade recorrida que a essencialidade do lançamento não pode ser desprezada.

Tais operações geraram um aumento importante do custo de aquisição das ações pertencentes ao contribuinte antes da alienação, por ocasião da capitalização de dividendos da holding Nova Pactual Participações S/A e da incorporadora Pactual S/A. Entretanto, conclui a fiscalização, de forma acertada, que os aumentos de capital promovidos pelo interessado e utilizados como justificativa para esses aumentos de custo tiveram origem em um único fato econômico: o lucro obtido pelo Banco Pactual S/A, sendo que os demais aumentos de custo foram destituídos de qualquer amparo material e econômico. Pretendeu-se aumentar o custo do Banco Pactual não através de recursos, mas através de reflexos/imagens de recursos, o que se torna patente ao compararmos o aumento do patrimônio líquido do Banco Pactual no período de 31/12/2005 a 31/11/2006 (84,45%) ao acréscimo do custo de aquisição das ações do contribuinte no mesmo período (233,71%).

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

Pactual S/A são o resultado da equivalência patrimonial do Banco Pactual.

Da análise do caso concreto, identifico que a operação ainda que revestida de aparente legalidade no que toca as partes isoladas, cria no conjunto uma situação irreal e artificial, que não condiz com o que o nosso sistema tributário almeja.

No caso concreto não tenho dúvidas que houve o aumento do custo de aquisição, fundamentado no procedimento adotado, deliberado e intencionalmente, materializado para assegurar o aumento do custo de aquisição pelo efeito multiplicativo dos resultados do Banco Pactual.

Entendo que no processo de hermenêutica, o operador do direito tributário deve empreender um esforço, para a aplicação da norma tributária mais consistente e rigorosamente compatível com o princípio da certeza do direito, na adequação da verdade material como exige o nosso artigo 145, parágrafo primeiro da Constituição.,

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Segundo o recorrente, a validade do método encontra respaldo no artigo 135 do RIR:

Art. 135. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista (Lei nº 9.249, de 1995, art.10, parágrafo único).

Nas operações em cotejo, os lucros apurados decorrem de lucros reconhecidos no Banco Pactual, materializados nos resultados de equivalência patrimonial. O método de Equivalência Patrimonial é assim denominado, pois o seu cálculo se baseia no valor do patrimônio líquido da empresa coligada ou controlada, diferentemente do método do custo, que somente considera o valor efetivamente desembolsado no momento da aquisição.

Urge preliminarmente destacar, que inobstante o procedimento contábil adotado, destaque-se que para a Contabilidade, os registros contábeis em conjunto devem refletir a **essência e a realidade econômica**, tal como se destaca da análise da estrutura conceitual da contabilidade que enfatiza a primazia da essência sobre a forma.

A equivalência patrimonial não é mais do que uma forma de atualização contínua do valor do investimento, que consiste na avaliação na empresa investidora, dos investimentos pelas variações do patrimônio líquido da empresa investida, mediante reconhecimento direto das variações apuradas, lucros, perdas ou prejuízos, para os fins de determinação do aumento ou da redução do valor investido.

Entrementes, a equivalência patrimonial presta-se para a determinação do capital aplicado que pertence ao seu titular e suas variações patrimoniais no período, pois há de levar em conta:

- (i) o patrimônio líquido atual da controlada ou coligada;
- (ii) o custo de aquisição da participação societária e
- (iii) o valor do investimento, com os reflexos do resultado da controlada ou coligada.

Toda a apuração da equivalência patrimonial, portanto, dependerá da determinação contábil do patrimônio líquido da sociedade investida, conforme exige o art. 248, I, da Lei nº 6.404/76. E a razão é evidente: "os conceitos de patrimônio líquido e de capital próprio representam o mesmo objeto - a quota-parte ideal de capital existente no ativo que é de propriedade do titular do patrimônio". Assim, a conta de investimentos da controladora variará segundo a variação do patrimônio líquido na controlada ou coligada, ou ainda pelo percentual da respectiva participação.

De modo resumido, a equivalência patrimonial tem a função de atualizar os investimentos relevantes em empresas controladas ou coligadas conforme os resultados forem sendo apurados nestas entidades, independentemente da distribuição dos lucros apurados. E para investimentos que não se qualificarem como relevantes, emprega-se o método de custo de aquisição (art. 183, III, da Lei nº 6.404/76).

O método de equivalência patrimonial deve refletir sempre a essência econômica, o verdadeiro valor do investimento da controladora, com os ajustes inerentes ao lucro ou prejuízo obtido e seus efeitos fiscais, o que se depreende da interpretação sistemática da legislação fiscal, compreendida à luz dos conceitos contábeis.

A patrimonialidade vincula-se ao conteúdo econômico, porque está intimamente vinculada ao valor econômico dos bens e direitos. Por isso, no Direito, a patrimonialidade somente tem sentido quando vinculada ao conceito de "direitos" (subjettivos), sobre coisas (reais) ou contra pessoas (pessoais). Daí que, sendo o patrimônio composto não de bens materiais, mas de direitos, qualquer acréscimo patrimonial há de ser de direitos (reais ou pessoais), logo, como uma "disponibilidade jurídica" efetiva, e não apenas artificial.

Para dar destaque a irregularidade do procedimento adotado pelo recorrente cabe apontar aquilo que prescreve ao CPC 18, que versa sobre os procedimentos para a equivalência patrimonial.

26. Muitos dos procedimentos que são apropriados para a aplicação do método da equivalência patrimonial são similares aos procedimentos de consolidação, descritos no Pronunciamento Técnico CPC 36 – Demonstrações Consolidadas. Além disso, os conceitos que fundamentam os procedimentos utilizados para contabilizar a aquisição de controlada devem ser também adotados para contabilizar a aquisição de investimento em coligada ou em empreendimento controlado em conjunto.

27. A participação de grupo econômico em coligada ou em empreendimento controlado em conjunto é dada pela soma das participações mantidas pela controladora e suas outras controladas no investimento. As participações mantidas por outras coligadas ou empreendimentos controlados em conjunto do grupo devem ser ignoradas para essa finalidade. Quando a coligada ou empreendimento controlado em conjunto tiver investimentos em controladas, em coligadas ou em empreendimentos controlados em conjunto (joint ventures), o lucro ou prejuízo, os outros resultados abrangentes e os ativos líquidos considerados para aplicação do método da equivalência patrimonial devem ser aqueles reconhecidos nas demonstrações contábeis da coligada ou do empreendimento controlado em conjunto (incluindo a participação detida pela coligada ou pelo empreendimento controlado em conjunto no lucro ou prejuízo, nos outros resultados abrangentes e nos ativos líquidos de suas coligadas e de seus empreendimentos controlados em conjunto), após a realização dos ajustes necessários para uniformizar as práticas contábeis (ver itens 35 e 36). Esse mesmo procedimento deve ser aplicado à figura da controlada no caso das demonstrações contábeis individuais.

28. Os resultados decorrentes de transações ascendentes (upstream) e descendentes (downstream) entre o investidor (incluindo suas controladas consolidadas) e a coligada ou o empreendimento controlado em conjunto devem ser reconhecidos nas demonstrações contábeis do investidor somente na extensão da participação de outros investidores sobre essa coligada ou empreendimento controlado em conjunto, desde que esses outros investidores sejam partes independentes do grupo econômico a que pertence a investidora. As transações ascendentes são, por exemplo, vendas de ativos da coligada ou do empreendimento controlado em conjunto para o investidor. As transações descendentes são, por exemplo, vendas de ativos do investidor para a coligada ou para o empreendimento controlado em conjunto. A participação do investidor nos resultados resultantes dessas transações deve ser eliminada.

28A. Os resultados decorrentes de transações descendentes (downstream) entre a controladora e a controlada não devem ser reconhecidos nas demonstrações contábeis individuais da controladora enquanto os ativos transacionados estiverem no balanço de adquirente pertencente ao mesmo grupo econômico. O disposto neste item deve ser aplicado inclusive quando a controladora for, por sua vez, controlada de outra entidade do mesmo grupo econômico.

28B. Os resultados decorrentes de transações ascendentes (upstream) entre a controlada e a controladora e de transações entre as controladas do mesmo grupo econômico devem ser reconhecidos nas demonstrações contábeis da vendedora, mas não devem ser reconhecidos nas demonstrações contábeis individuais da controladora enquanto os ativos transacionados estiverem no balanço de adquirente pertencente ao grupo econômico.

28C. O disposto nos itens 28A e 28B deve produzir o mesmo resultado líquido e o mesmo patrimônio líquido para a

controladora que são obtidos a partir das demonstrações consolidadas dessa controladora e suas controladas. Devem também, para esses mesmos itens, ser observadas as disposições contidas na Interpretação Técnica ICPC 09 - Demonstrações Contábeis Individuais, Demonstrações Separadas, Demonstrações Consolidadas e Aplicação do Método da Equivalência Patrimonial..

Por sua vez, assim define o CPC 36 que versa sobre as demonstrações consolidadas:

B86. Demonstrações consolidadas devem:

(a) combinar itens similares de ativos, passivos, patrimônio líquido, receitas, despesas e fluxos de caixa da controladora com os de suas controladas;

(b) compensar (eliminar) o valor contábil do investimento da controladora em cada controlada e a parcela da controladora no patrimônio líquido de cada controlada (o Pronunciamento Técnico CPC 15 explica como contabilizar qualquer ágio correspondente);

(c) eliminar integralmente ativos e passivos, patrimônio líquido, receitas, despesas e fluxos de caixa intragrupo relacionados a transações entre entidades do grupo (resultados decorrentes de transações intragrupo que sejam reconhecidos em ativos, tais como estoques e ativos fixos, são eliminados integralmente). Os prejuízos intragrupo podem indicar uma redução no valor recuperável de ativos, que exige o seu reconhecimento nas demonstrações consolidadas. O Pronunciamento Técnico CPC 32 – Tributos sobre o Lucro se aplica a diferenças temporárias, que surgem da eliminação de lucros e prejuízos resultantes de transações intragrupo.

Desse modo, inegavelmente, aumenta-se o custo do Banco Pactual não através de recursos, mas através de reflexos/imagens de recursos, o que se torna patente ao compararmos o aumento do patrimônio líquido do Banco Pactual no período de 31/12/2005 a 31/11/2006 ao acréscimo do custo de aquisição das ações do contribuinte no mesmo período, tal como apontado pela fiscalização e pela autoridade recorrida. **O custo de aquisição apontado não representa fidedignamente a realidade econômica, alterando o montante do tributo apurado, e desrespeitando o princípio da capacidade contributiva.**

Igualmente correto, o procedimento adotado de se expurgar o efeito da capitalização na Participações e nas Holdings, tendo em vista que a metodologia proposta pelo recorrente implicaria numa capitalização duplicada, e sem fundamentação econômica. A escolha é oportuna tendo em vista que a origem primária dos lucros é o Banco Pactual S.A.

Não se acolhe o argumento do recorrente de que o expurgo foi feito incorretamente dada a distribuição desproporcional de lucros. Numa capitalização sequencial, como no caso concreto, a manutenção da capitalização da etapa que expressa mais genuinamente o Lucro com o Banco Pactual S.A não pode ser entendida como incorreta. Selecionar para exclusão aquela capitalização que seja mais favorável para o recorrente, é visivelmente oportunista, e não se coaduna com o espírito das normas tributárias. O que

recorrente parece propor é que segundo o contexto específico, caberia ao fisco expurgar a capitalização que fosse mais favorável ao contribuinte, que implicasse para aquele especificamente o menor tributo. Isto posto, não vejo reparos a realizar no procedimento adotado pela fiscalização.

No que toca a base de cálculo e fundamentação, o tributo foi apurado conforme o valor de cotas apontadas pelo próprio recorrente em sua declaração de ajuste anual. O procedimento reveste-se deste modo de legalidade e nenhum vício se identificou, não merecendo prosperar quaisquer dos vícios apontados pelo recorrente.

Divergências de opiniões e interpretação distintas do direito são muitas vezes apontadas na Impugnação e Recurso Voluntário com grande eloquência e garantindo que a razão estaria sempre com o recorrente, entretanto, com a devido respeito, s.m.j., a pratica adotada não encontra respaldo em nosso sistema tributário. Esse é o entendimento que firmo e com base no qual não reconheço a validade do procedimento adotado pelo recorrente.

No relativo a **qualificação da multa**, não consigo identificar a simulação apontada pela fiscalização e pela autoridade recorrida.

Entendo que configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substancia ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade. Não é o caso nos autos tendo em vista que os fatos são transparentes e refletem o que realmente ocorreu, encontrando inclusive possível propósito negocial para a sua realização.

No caso concreto, o suposto planejamento tributário realizado é certamente uma matéria controversa, sem precedentes jurisprudenciais contrários à nova qualificação dos fatos pelo seu verdadeiro conteúdo, e não pelo aspecto meramente formal. Nesse contexto implica escusável desconhecimento da ilicitude do conjunto de atos praticados, ocorrendo na espécie erro de proibição. Tendo o contribuinte informado as operações com absoluta transparência, e assim permitindo ao fisco fiscalização e qualificação do fato, está ausente na espécie o evidente intuito de fraude. Neste contexto, afasta-se a qualificação da multa de ofício.

No que refere-se ao argumento, suscitado pelo Conselheiro Pedro Anan Junior, de que caberia afastar-se a multa de ofício completamente, tendo em vista o erro escusável, não concordo com o mesmo. O recorrente não se trata de um mero funcionário da organização que recebe seus informes de rendimentos passivo e que poderia ter deixado se enganar pelo procedimento. Trata-se de executivo de grande relevância no contexto do grupo, sócio e administrador atuante, deste modo não acolho o argumento de erro escusável para afastar toda a multa. A multa de ofício de 75% é oportuna e própria para a conduta envolvida, ainda que não tenha sido realizado com dolo.

Finalmente, cabe observar que no que toca a incidência de juros sobre a multa de ofício, diversas decisões judiciais e administrativas reconhecem a legalidade da incidência do juros sobre a multa de ofício. No STJ, a duas turmas já adotaram o posicionamento defendido pela Fazenda. No âmbito do CARF também diversos julgados confirmam esse entendimento.

Desse modo, deve ser mantida a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Processo nº 19515.720169/2011-79
Acórdão n.º **2202-002.164**

S2-C2T2
Fl. 12

Ante ao exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso, para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a a percentual de 75%.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

Voto Vencedor

Conselheira Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Redatora Designada

Em que pese o merecido respeito a que faz jus o Ilustre Relator, peço vênia para dele discordar quanto à incidência da Taxa Selic sobre a multa de ofício.

A incidência dos juros de mora está prevista no art. 61 do Código Tributário Nacional – CTN, *in verbis* (grifei):

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

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

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

Para a devida interpretação do dispositivo acima transcrito é necessário buscar o conceito de “crédito” a partir de outros artigos do mesmo código.

Assim dispõe o art. 113 do CTN:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

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

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Depreende do artigo acima transcrito que a obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador que pode ter dois objetos: pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, esta última decorrente da inobservância de uma obrigação acessória. Infere-se, assim, que o conceito de obrigação principal não inclui a multa de ofício vinculada, mas tão somente a multa pelo descumprimento da obrigação acessória.

Dessa forma, uma vez que “O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.” (art. 139 do CTN), este também não abrange a multa de ofício proporcional exigida junto com o tributo ou contribuição. Reforçando nosso

entendimento, o art. 161 do CTN deixa claro que os juros serão exigidos “*sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis*”.

Entendo, assim, que a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício não encontra amparo na lei complementar.

Resta agora analisar a legislação ordinária que prevê a aplicação da Taxa Selic, transcrevendo-se, inicialmente, o art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996:

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

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O dispositivo acima prevê os acréscimo moratórios (multa e juros de mora) incidentes sobre os débitos decorrentes de tributos e contribuições não pagos nos prazos, ou seja, sobre o valor do principal, que não se confunde com a multa de ofício vinculada. Caso a multa de ofício estivesse incluída no conceito de “débito” estar-se-ia defendendo a incidência de multa de mora sobre multa de ofício, o que não se admite. É cediço que a multa de mora é aplicada tão somente em recolhimentos de tributos e contribuições pagos após o vencimento, efetuados espontaneamente pelo sujeito passivo, enquanto que a multa de ofício é aplicada nos de falta de pagamento apurada em procedimento de ofício. Ademais, a aplicação concomitante das duas multas (de mora e de ofício) é vedada pelo art. 950, §3º, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – RIR/99.

A incidência cumulativa da Taxa Selic está prevista apenas nos casos de lançamento isolado de multa ou juros de mora, nos termos do art. 43 da Lei nº 9.430, de 1996:

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

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

Conclui-se, assim, que também na legislação ordinária não existe previsão para a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Pelos fundamentos expostos, voto por DAR provimento PARCIAL ao recurso voluntário para excluir a aplicação da Taxa Selic sobre a multa de ofício.

(Assinado digitalmente)

Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga