



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

Processo nº 19515.721610/2011-30
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-005.239 – 2ª Turma
Sessão de 22 de fevereiro de 2017
Matéria IRPF
Recorrente GUILHERME DA COSTA PAES
Interessado 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 incorporação reversa e nova capitalização, em inobservância da correta interpretação a ser dada ao art. 135 do Decreto nº 3.000, de 1999, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.
TAXA SELIC. A redação do art. 161 do CTN prevê que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, ou seja a redação do dispositivo permite concluir que o Código Tributário Nacional autoriza a exigência de juros de mora sobre o crédito e ao se referir a crédito, evidentemente o dispositivo está tratando de crédito tributário, que conforme definido pelo citado art. 113, decorre da obrigação principal, na qual estão incluídos tanto o valor do tributo devido como a penalidade dele decorrente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Patrícia da Silva e Ana Paula Fernandes, que lhe deram provimento; vencido, também, o conselheiro Fábio Piovesan Bozza (suplente convocado), que lhe deu provimento parcial para excluir os juros de mora sobre a multa de ofício.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em exercício

(Assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

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

Relatório

Contra o contribuinte foi lavrado auto de infração para cobrança de crédito tributário decorrente da omissão de ganhos de capital na alienação de ações/quotas de empresa não negociadas em bolsa. Os fatos geradores ocorreram nos anos de 2006 e 2009 e decorreram da alienação, à UBS Brasil Participações Ltda., de 17.011.162 ações de propriedade do contribuinte, de emissão de Banco Pactual S.A. Pelo lançamento cobra-se suposta diferença do imposto apurado no ganho de capital decorrente da utilização equivocada do Método de Equivalência Patrimonial, multa pelo lançamento de ofício e juros de mora sobre a totalidade do crédito apurado.

Usando o relatório elaborado pela DRJ esclareço que:

Segundo o Termo de Verificação Fiscal de fls. 230/247, 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 17.011.162 (dezessete milhões, onze mil, cento e sessenta e duas) ações ordinárias. Tal alienação resultou na apuração de um ganho de capital no valor aproximado de R\$ 51,43 milhões e de um imposto de renda pessoa física da ordem de R\$ 7,60 milhões, sendo R\$ 3,00 milhões no ano de 2006 e R\$ 4,60 milhões em 2009 (uma vez que parte do valor da venda foi recebida apenas nessa data, diferindo-se, assim, sua tributação).

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 conseqüentemente o valor do IR incidente sobre essa alienação.

De acordo ainda com o Termo de Verificação Fiscal, através dessa manobra, o contribuinte promoveu, em 2006, um aumento do custo de aquisição de sua participação no Banco Pactual de incríveis 315,64%, enquanto que, no mesmo período, o patrimônio líquido do Banco experimentou um aumento de 84,45%.

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 S/A, realizada em 03/11/2006, no valor de R\$996.087.876,00.

Expurgando-se o acréscimo promovido pelo contribuinte no custo de aquisição de suas ações, em razão capitalização da empresa Nova Pactual Participações, no valor de R\$ 14.883.266,00, foi apurado o valor correto do custo de aquisição das ações alienadas, que somou R\$ 24.390.072,67 (R\$ 39.273.338,67 - R\$ 14.883.266,00).

Cientificado da autuação em 17/11/2011 (fls. 383), o interessado apresentou, em 30/11/2011, por meio de seu representante legal, a impugnação de fls. 386/425, por meio da qual alega, em síntese, o que segue:

- 1. antes da reestruturação, o impugnante era titular de investimentos representativos de 1,9188% da Nova Pactual Participações Ltda, sociedade holding titular de investimentos representativos de 78,18% do capital da empresa 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 da 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 da Nova Pactual Participações, 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\$14.883.266,00; ii) aumento de capital da 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 Participações (e Pactual Holdings, o que não é relevante no caso) pela Pactual S/A, sua controlada (incorporação reversa), e transferência ao impugnante, em substituição à sua participação no capital da incorporada, de investimentos diretos na incorporadora, ou seja, na Pactual S/A; iv) aumento de capital da Pactual S/A, 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 na Pactual S/A em R\$14.491.316,00; v) incorporação da Pactual S/A 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 S/A 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\$ 78.654.288,42, sendo que uma parcela foi paga a vista, em 2006 (R\$ 30.569.095,57), e outra parcela, em 2009 (R\$ 45.257.004,00);*
- 5. do montante de R\$ 45.257.004,00, parte foi paga em dinheiro (R\$ 34.395.322,69) e o restante (R\$10.861.680,85), 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\$ 39.273.338,67;*

7. a capitalização de lucros gerados pelo Banco Pactual, refletida em suas investidoras em razão da aplicação do MEP, seguida da incorporação inversa dessas mesmas investidoras por suas investidas, acarretou majoração do custo de aquisição dos investimentos do impugnante no Banco e a conseqüente redução do montante do ganho de capital e do IRPF sobre ele incidente;

8. 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%;

9. 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 Participações e Pactual S.A), no que excederam os lucros existentes no próprio Banco Pactual;

10. 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;

11. 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 (controladores) sequer cogitavam alienar seus investimentos no Banco Pactual;

12. 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;

13. 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 pólo vendedor da operação, ao passo que, na segunda, as holdings ocupariam essa posição;

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

15. é comum em vendas de instituições financeiras com as características do Banco Pactual, que os acionistas assumam 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;

16. o descumprimento de tais obrigações gerava reflexos no pagamento do preço de venda das ações do Banco e, por isso, caso os acionistas não fossem os vendedores, mas uma das holdings do Grupo, a inadimplência por parte de apenas um dos acionistas acabaria afetando o recebimento do preço pela holding vendedora, com consequência para todos os acionistas;

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

18. 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;

19. entre as diversas variantes que poderiam ser adotadas para fazer com que os controladores figurassem como endadores, 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;

20. 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;

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

22. 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;

23. 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 têm o mesmo custo de seus investimentos na incorporada, declarados extintos na incorporação;

24. 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/incorporada na investida/incorporadora, cabendo à investida/incorporadora aumentar seu capital social e entregar as ações representativas desse aumento aos acionistas da investidora/incorporada;

25. 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;

26. 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;

27. 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;

28. 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;

29. 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;

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

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

32. tal assertiva é comprovada pela simples análise da capitalização de lucros de Nova Pactual Participações, 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 e, como nela se observa a capitalização dos referidos lucros gerou significativa alteração nos percentuais de participações dos acionistas no capital da referida empresa

33. esta foi, portanto, a razão de a capitalização de lucros de Nova Pactual Participações ter sido expressa e não mera decorrência de sua incorporação por Pactual;

34. não se diga, pois, que a capitalizações de lucros verificadas antes das incorporações representaram mero artifício para elevação do custo dos investimentos dos acionistas, pois essa elevação ocorreria independentemente da capitalização prévia dos lucros e, no caso concreto, era essencial à adequada distribuição dos lucros da Nova Pactual Participações;

35. 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;

36. 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;

37. 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;

38. 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;

39. 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;

40. quer a capitalização dos lucros das holdings tivesse resultado de deliberação específica, quer houvesse ocorrido no processo de incorporação, seus sócios ou acionista serem 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;

41. 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;

42. 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;

43. 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;

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

45. 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”;

46. 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;

47. 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;

48. 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;

49. 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;

50. 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;

51. 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;

52. 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;

53. 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;

54. 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;

55. o art. 116, § único, do CTN é inaplicável, seja porque ele não se destina ao combate de atos simulados, seja porque ele é ainda ineficaz, por não ter sido regulamentado;

56. o referido dispositivo não é auto-aplicável e o próprio texto faz referência aos “procedimentos a serem estabelecido sem lei ordinária”, sem os quais o referido dispositivo não produz efeitos;

57. a fiscalização não lançou a multa agravada com base na ocorrência de simulação, a qual foi suscitada no TVF

unicamente para justificar a aplicação do art. 116, § único do CTN;

58. todavia, se este tivesse sido o caso, a inaplicabilidade da multa já teria restado plenamente comprovada, pois, conforme visto, não houve qualquer ato simulado na reestruturação;

59. o fato de o TVF indicar a existência cumulativa de simulação, sonegação, fraude e conluio é um fortíssimo indício de que a fiscalização não se preocupou em comprovar suas alegações, optando por mencionar todas as patologias que lhe ocorreram;

60. tal procedimento contraria a jurisprudência pacífica do CARF e da CSRF, que em numerosos julgados têm decidido que a aplicação da multa agravada está condicionada à comprovação, por parte do fisco, da existência de “evidente intuito de fraude do sujeito passivo”;

61. diante do exposto, fica evidente que não se verificaram, no caso concreto, os pressupostos da aplicação da multa de 150%, razão pela qual a cobrança da mesma é improcedente;

62. é descabida a incidência de juros sobre a multa porque isso implicaria numa indireta majoração da própria penalidade e não se pode falar em mora na exigência de multa;

63. à vista do exposto, requer que seja julgado improcedente o auto de infração, com a consequente extinção do crédito tributário dele decorrente.

Acordaram os membros da 16ª Turma da DRJ/SP1, por unanimidade de votos, em julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Em Recurso Voluntário o Contribuinte reitera suas argumentações e, posteriormente, para reforçar sua tese, junta aos autos decisão favorável proferida pela 1ª Câmara em caso similar (Acórdão nº 2101-01.938).

A 2ª. Câmara / 1ª Turma Ordinária, por meio do acórdão 2201-002.636, por voto de qualidade, deu provimento parcial ao Recurso Voluntário apenas para afastar a qualificação da multa. Referido julgado recebeu a seguinte emenda:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA
IRPF*

Exercício: 2007, 2010

Ementa: 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 consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

MULTA QUALIFICADA. INOCORRÊNCIA

A existência de correntes doutrinárias divergentes, além de precedentes jurisprudenciais favoráveis ao negócio jurídico praticado pelo contribuinte,demonstra, na verdade, uma hipótese de erro de proibição. Não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, quando se percebe dos autos a convicção do recorrente no sentido de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus

*negócios.JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.
INCIDÊNCIA.*

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

O contribuinte apresentou Recurso Especial alegando divergência jurisprudencial em relação a duas matéria: quanto a apuração do ganho de capital e quanto à possibilidade de aplicação de juros de mora sobre multa de ofício. Subsidiariamente requer a

aplicação do parágrafo único do art. 100 do CTN com o cancelamento da penalidade e dos juros.

Intimada a Fazenda Nacional apresenta contrarrazões requerendo a manutenção do julgado.

É o relatório.

Voto

Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele conheço. Vejamos cada uma das matérias.

Da apuração do ganho de capital:

Trata-se de matéria já debatida neste Conselho, onde após a realização de sustentações orais pelas partes indicando os principais pontos controversos da lide e tecendo suas explicações, esse colegiado, por maioria, vem adotando o entendimento do Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, relator no Acórdão nº 9202-003.700. A lide foi delimitada da seguinte forma:

O deslinde da questão se resume à correta interpretação da legislação aplicável ao caso de capitalização de lucros de uma pessoa jurídica, no tocante à atualização do custo de aquisição das participações societárias mantidas pelos proprietários dessa pessoa jurídica. Pela complexidade do tema, dividirei meu voto em quatro partes, a saber: (a.I) a delimitação do problema a ser enfrentado, (a.II) a interpretação correta da legislação aplicável, (a.III) a aplicação da legislação ao caso dos autos e (a.IV) conclusão.

a.I – Delimitação do Problema

Vejamos aqui o dispositivo central da discussão: o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro 1995, base legal do art. 135 do Decreto nº 3.000, de 1999, expressamente referido no auto de infração, in verbis:

Art. 10. ...

Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

Com base nesse dispositivo, o aumento de capital, realizado por uma pessoa jurídica, por incorporação de lucros, implica o

aumento proporcional do custo de aquisição da participação societária de seus proprietários.

Para exemplificar essa determinação, considere uma participação societária correspondente a 100% do capital de uma pessoa jurídica (detida por dois sócios, pessoas físicas), adquirida por R\$ 1.000,00. Considere, também, que essa pessoa jurídica, em seguida, tenha auferido um lucro de R\$ 100,00 e o tenha capitalizado. Considere, por fim, que os sócios tenham alienado essa participação societária a terceiros por R\$ 1.500,00.

Nesse caso, em que pese os sócios terem adquirido a participação societária por R\$ 1.000,00 e, posteriormente, a alienado por R\$ 1.500,00, o ganho de capital apurado não seria de R\$ 500,00, mas apenas de R\$ 400,00. Isso porque os lucros de R\$ 100,00, capitalizados, têm o condão de aumentar o custo de aquisição da participação societária e, conseqüentemente, de diminuir o ganho de capital.

Dessa forma, de uma maneira simples e apressada, poder-se-ia concluir que qualquer capitalização de lucros implicaria um aumento do custo da correspondente participação societária. Ocorre que essa interpretação, no entender deste conselheiro, é literal e, considerando exclusivamente o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, gera incoerências no sistema jurídico e disfuncionalidades na tributação de operações.

Para ilustrar a questão, vejamos uma situação, em tudo semelhante à anterior, porém em que os sócios tenham decidido criar uma holding controladora da pessoa jurídica operacional, que por sua vez, passaria a ser subsidiária integral da holding. Nesse caso:

- inicialmente, teríamos os sócios, como proprietários da Holding, e esta reconhecendo em seu ativo uma participação societária na pessoa jurídica operacional, avaliada em R\$ 1.000,00 por equivalência patrimonial;*
- em seguida, com a pessoa jurídica operacional auferindo lucros de R\$ 100,00, a Holding (por equivalência patrimonial) iria refletir esse lucro no valor de sua participação societária, o que resultaria no reconhecimento de lucros, também no valor de R\$ 100,00;*
- prosseguindo, a holding capitalizaria o lucro por ela reconhecido por equivalência patrimonial e, conseqüentemente, os proprietários atualizariam o valor da participação societária, para R\$ 1.100,00;*
- em momento posterior, a pessoa jurídica operacional incorporaria a holding, mantendo porém os lucros, de R\$ 100,00, em seu patrimônio líquido e, somente então, capitalizaria esses lucros, permitindo que os proprietários atualizassem, mais uma vez, o valor da participação societária, agora para R\$ 1.200,00;*

- por fim, com os proprietários alienando sua participação societária por R\$ 1.500,00, seria apurado um ganho de capital de apenas R\$ 300,00.

Repare que, em que pese os sócios terem adquirido a participação societária por R\$ 1.000,00 e, posteriormente, alienado essa participação societária por R\$ 1.500,00, o ganho de capital apurado não foi de R\$ 500,00, nem de R\$ 400,00, mas de apenas R\$ 300,00. Isso ocorreu porque os lucros de R\$ 100,00, reconhecidos na Holding por equivalência patrimonial foram capitalizados, aumentando o custo de aquisição da participação societária e, posteriormente, os mesmos lucros de R\$ 100,00, auferidos pela pessoa jurídica operacional, em função de suas atividades, também foram capitalizados, aumentando mais uma vez o custo de aquisição da participação societária.

Consequentemente, vemos aqui o ganho de capital reduzido duas vezes.

Ora, essa situação é – em essência – igual à anterior: (a) uma participação societária adquirida por mil reais, (b) a correspondente empresa – operacional – que auferiu 100 reais de lucro e (c) a venda dessa participação societária por mil e 500 reais. Mas apenas pela interposição de uma holding na estrutura societária do grupo econômico, o ganho de capital ficaria reduzido. E o pior, se – ao invés de uma holding – existissem duas ou mais, o ganho de capital seria mais reduzido ainda.

Portanto, essa aplicação direta do parágrafo único a qualquer incorporação de lucros leva à incoerente conclusão de que, em se existindo várias holdings interpostas entre os proprietários e a pessoa jurídica, o ganho de capital pode ficar artificialmente reduzido, até a zero ou ainda a valores negativos.

E adicionalmente, com essa interpretação, a capitalização de lucros apenas nas Holdings, além de permitir que o ganho de capital fosse reduzido, permitiria que o lucro registrado na pessoa jurídica fosse, posteriormente, distribuído isento, aos proprietários ou então aos futuros adquirentes.

O que se discute aqui é o efeito da aplicação da legislação tributária em situações como essa, de capitalização de lucros em uma pessoa jurídica que detenha participação em outras pessoas jurídicas, para fins de cálculo do custo das ações ou cotas dessa primeira pessoa jurídica.

Delimitados os problemas a serem enfrentados, passo agora à análise da legislação de regência.

a.II - Interpretação da Legislação

Com efeito, a capitalização de lucros nada mais é do que uma operação que substitui o seguinte procedimento: (i) a distribuição do lucro, pela pessoa jurídica a seus proprietários, (ii) o imediato aumento de capital da pessoa jurídica, no valor

do lucro distribuído e (iii) a subscrição e integralização do aumento de capital, por esses mesmos proprietários, com os recursos antes recebidos a título de distribuição de lucro.

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

Esclarecendo a questão, Modesto Carvalhosa, em Comentário à Lei de Sociedades Anônimas (Saraiva - São Paulo, 1998) ensina que:

- de início todos os investimentos (inclusive de empresas controladas) eram registrados pelo custo e os respectivos lucros somente eram reconhecidos quando da distribuição de lucros ou dividendos, já no caso de prejuízos, no máximo era aceito o reconhecimento de uma provisão para perdas no investimento;*
- com influência anglo-saxã, surgiu a figura da consolidação de balanços e, consequentemente, de reconhecimento do lucro de pessoas jurídicas controladas no patrimônio da controladora;*
- estendendo-se esse raciocínio a todos os investimentos relevantes, surgiu a equivalência patrimonial, para dar o mesmo efeito da consolidação, trazendo-se para uma linha do ativo da investidora, uma parte do patrimônio (e do resultado) da investida.*

Nesse mesmo sentido, no dizer de Eliseu Martins, em Iniciação à Equivalência Patrimonial Considerando Algumas Regras Novas da CVM (IOB - São Paulo - 1997) o Método da Equivalência Patrimonial é a consolidação de patrimônios em uma linha. A propósito, lembramos que, no procedimento de consolidação, para apresentação da efetiva situação patrimonial, os lucros refletidos por equivalência patrimonial no patrimônio das investidoras devem ser eliminados.

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

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

- o lucro distribuído era passível de tributação; e*
- consequentemente, o custo de aquisição das participações societárias não era alterado quando da capitalização de lucros*

pela pessoa jurídica, inclusive no caso de distribuição de ações bonificadas, cujo valor de aquisição devia ser considerado como igual a zero.

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

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

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

...

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

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

§ 2º O custo é considerado igual a zero (Lei nº 7.713/88, art. 16, § 4º):

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

...

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

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

- o lucro distribuído deixou de ser tributado; e

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

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

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

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

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

Especificamente quanto à interpretação sistemática é muito fácil perceber que não se deve considerar somente a leitura do parágrafo, mas também (e sobretudo) a leitura do caput do próprio artigo 10 da Lei nº 9.249, de 1995. Aliás, essa é uma regra hermenêutica básica, o parágrafo deve sempre se referir ao caput, sendo que sua consideração em separado gera problemas de contexto e, o que é pior, gera a famosa falácia de ênfase em que, se acentuando um aspecto da realidade, acaba-se por negar a própria realidade. Ora, no caput, é referido que os lucros ou dividendos pagos ou creditados é que não estarão sujeitos à incidência do imposto de renda. Portanto, interpretando o parágrafo nos limites do que dispõe o caput, concluímos facilmente que a capitalização de lucros que tem o condão de alterar o custo de aquisição de participações societárias é aquela referente a lucros passíveis de efetiva distribuição aos sócios ou acionistas sem tributação.

Por seu turno, conforme já colocado no início desse voto, temos que o método da equivalência patrimonial teve por objetivo o

reconhecimento de lucros de investidas, mesmo antes de sua distribuição.

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

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

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

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

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

A conclusão acima é inevitável, porque:

- as disponibilidades passíveis de distribuição estão no patrimônio da pessoa jurídica operacional, que somente pode distribuir o lucro para sua proprietária direta, a holding;*
- já, a holding, somente pode distribuir o lucro aos acionistas, pessoas físicas, após o recebimento dos recursos da pessoa jurídica operacional;*
- os acionistas, por sua vez, somente podem aumentar capital na holding, em que possuem participação direta; e*

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

Ora, conseqüentemente, somente haverá capitalização de lucros efetivamente distribuíveis caso todas as pessoas jurídicas da cadeia societária (holdings e empresa operacional) realizem a capitalização. Ao contrário, caso ocorra apenas a capitalização dos lucros de holdings, o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, não incide, devendo ser mantido o valor da participação societária pelos proprietários, até mesmo porque os efetivos lucros da pessoa jurídica operacional ainda poderão ser distribuídos sem tributação (para os próprios sócios) ou para futuros adquirentes.

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

() Lucro Existente no Patrimônio Líquido da Holding
(-) Lucro/Reservas Existentes na Investida (*) % de participação
(=) Lucro passível de distribuição pela Holding
(/) Lucro Existente no Patrimônio Líquido da Holding
(=) Percentual aceitável para aumento do custo da participação
(*) Valor do aumento de custo considerando o total do lucro capitalizado pela Holding
(=) Valor aceitável para aumento do custo

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

a.III – Aplicação da Legislação ao Caso dos Autos

Verifico que, no caso dos autos, somente houve capitalização de lucros nas holdings, tendo sido mantido sem capitalização todo o lucro da pessoa jurídica operacional.

Com efeito, no caso dos autos:

- ocorreram duas capitalizações seguidas de lucros, ambos reconhecidos em decorrência da aplicação do método de equivalência patrimonial às participações societárias de duas holdings (a NOVA PACTUAL e a PACTUAL) e não houve a capitalização dos lucros auferidos pela pessoa jurídica operacional (o BANCO PACTUAL);

- somente houve glosa da atualização do custo de participação societária, para uma das capitalizações de lucro, mais

especificamente, para a capitalização ocorrida em NOVA PACTUAL em 13.10.2006, no valor de R\$ 30.233.762,00.

Portanto, a autoridade autuante entendeu indevida apenas a atualização de custo da participação em decorrência de uma das capitalizações de lucro, em razão da aplicação a ela, pelo autuado, do disposto no art. 135 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999.

Porém, de acordo com a interpretação já apresentada por este conselheiro, entende-se que ambas deveriam ter sido glosadas. Isso porque o lucro da pessoa jurídica operacional (ou seja, o lucro efetivamente auferido pelo BANCO PACTUAL) continuou mantido em seu patrimônio líquido, após as incorporações reversas, e consequentemente permaneceu passível de distribuição isenta aos adquirentes, ou terceiros (até mesmos os próprios alienantes), conforme acordo entre as partes.

De fato, os alienantes venderam aos adquirentes do Banco o direito de receber os lucros isentos de tributação ou de repasse desse valor a terceiros.

Ora, como, (a) em primeiro lugar, a capitalização de lucros que tem o condão de alterar o custo da participação societária é somente aquela relativa aos lucros efetivamente distribuíveis isentos de tributação e como, (b) em segundo lugar, a distribuição de lucros com isenção de tributação foi, no caso, efetivamente transferida (aos adquirentes do banco, ou terceiros por eles determinados), (c) podemos concluir que as capitalizações de lucros realizadas não podem ter qualquer efeito no custo da participação alienada.

Conforme exposto no relatório, no presente caso foram alienadas à UBS Brasil Participações Ltda., o montante de 17.011.162 ações de propriedade do contribuinte, de emissão de Banco Pactual S.A. Pelo lançamento somente foi glosado o valor de atualização do custo das ações de uma das duas operações de capitalização de lucros, a de valor R\$ 14.883.266,00 (e-fls. 246).

Aplicando aos fatos geradores em questão o critério do Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, os quais adoto como razão de decidir, chegaríamos a crédito apurado bem superior aquele calculado pelo Fiscal, afinal como exposto devem ser desconsiderados para fins de apuração do ganho de capital e do valor aceitável para o aumento do custo das respectivas participações societárias as duas capitalizações de lucro.

Considerando o entendimento acima, mas observando a limitação imposta pelo princípio processual da "*proibição da reformatio in pejus*", que impede o agravamento da situação do Recorrente, mantenho do o acórdão recorrido.

Da incidência de juros sobre multa de ofício:

No que tange a discussão acerca da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício também não há motivos para a reforma do acórdão.

O art. 113 do CTN nos traz a descrição de quais parcelas compõem o crédito relacionado à obrigação principal:

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 prevista no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

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

Percebe-se que para o legislador o crédito tributário pode ser composto por três parcelas: I) o crédito decorrente da obrigação principal, II) o crédito gerado em razão de penalidade pecuniária decorrentes dessa obrigação principal e III) o crédito eventualmente decorrente do descumprimento de obrigação acessória. Citado por Leandro Paulsen, o Professor Eurico Marcos Diniz de Santi, assim esclarece:

A obrigação principal, criação de expediente técnico-jurídico, congrega em um só objeto, em uma só relação jurídica, mediante a operação de soma ou união de relações, os objetos das relações patrimoniais: relação jurídica tributária, relação jurídica da multa pelo não-pagamento, relação jurídica de mora e relação jurídica sancionadora instrumental, prática esta que, se, de um lado, facilita a integração e cobrança do débito fiscal, de outro, dificulta o discernimento das várias categorias e regimes jurídicos díspares que compõem a denominada obrigação tributária principal.

A redação do art. 161 do CTN prevê que *o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta*, ou seja a redação do dispositivo permite concluir que o Código Tributário Nacional autoriza a exigência de juros de mora sobre o crédito e ao se referir a crédito, evidentemente o dispositivo está tratando de crédito tributário, que conforme definido pelo citado art. 113, decorre da obrigação principal, na qual estão incluídos tanto o valor do tributo devido como a penalidade dele decorrente.

No âmbito da regulamentação dada à matéria pelas legislação ordinária, devemos citar os dispositivos das leis nº 9.430/1996 e 10.522/2002, que disciplinaram o assunto:

Lei nº 9.430/96:

“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.

(...)

§ 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.”

Lei nº 10.522/2002

Art. 29. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União, constituídos ou não, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994, que não hajam sido objeto de parcelamento requerido até 31 de agosto de 1995, expressos em quantidade de Ufir, serão reconvertidos para real, com base no valor daquela fixado para 1º de janeiro de 1997.

(...).

Art. 30. Em relação aos débitos referidos no art. 29, bem como aos inscritos em Dívida Ativa da União, passam a incidir, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês de pagamento.

Diante do exposto, considerando a abrangência do conceito de crédito tributário, forçoso concluir que há previsão legal para a incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício aplicada em razão do não pagamento do tributo devido.

Do pedido subsidiário do contribuinte:

Em um primeiro momento me manifestei favorável a tese do contribuinte de aplicação ao caso concreto do art. 100, parágrafo único do CTN haja vista a Instrução Normativa SRF nº 84/01.

Entretanto, após debates sobre o tema e realizando uma leitura mais detalhada da citada instrução normativa, me curvo ao entendimento proferido no referenciado acórdão nº 9202003.700, haja vista inexistir comando normativo que autorizasse o contribuinte a contabilizar seus ganhos da forma como realizado:

Finalmente, quanto ao pedido subsidiário da recorrente de não aplicação de penalidade e juros de mora, a partir do disposto no parágrafo único do art. 100 do Código Tributário Nacional e da observância à Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001, é de se ressaltar que, em nenhum momento, tal

normativo dá suporte à interpretação do art. 135 do RIR/99 defendida pela autuada, a qual, na forma acima disposta, se entende aqui como totalmente equivocada. Assim, é de se manter a multa de ofício aplicada pela autoridade lançadora, bem como os juros de mora incidentes sobre o principal e sobre a multa de ofício, neste último caso em linha com o explicitado a seguir quando da análise do recurso especial de iniciativa da Fazenda Nacional.

Diante do exposto nego provimento ao recurso do contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri

Processo nº 19515.721610/2011-30
Acórdão n.º **9202-005.239**

CSRF-T2
Fl. 874
