



MINISTÉRIO DA FAZENDA
 PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
 PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
 DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)



EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) DOUTOR (A) JUIZ FEDERAL DA 5ª VARA
 FEDERAL DO DISTRITO FEDERAL

JUNTADA
 J. n.º 2012/000222-72
 Sub. 11/12
 Carlos Angelo de Oliveira
 Juiz Federal
 1990

EM ACOMPANHAMENTO ESPECIAL

5ª VARA

1736 002866

PROCURADORIA-GERAL-DF

PROCESSO Nº. 47347-29.2012.401.3400
 AUTORA: FERNANDA SORATTO ULIANO RANGEL
 RÉ: BANCO SANTANDER S/A E UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)

A **União (Fazenda Nacional)** vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por intermédio do Procurador da Fazenda Nacional ao final assinado, tempestivamente, com base nos dispositivos pertinentes do Código de Processo Civil, expor e, ao final, requerer o quanto segue.

DOS FATOS

A Autora Popular propôs a presente Ação para anular o Acórdão Administrativo n. 1402-00.802, proferido nos autos do PAF n. 16561.000222/2008-72, que considerou plenamente



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

lícita a utilização, pelo primeiro Réu (Santander), do ágio pago quando da aquisição do Banco BANESPA S/A, até então de propriedade do Estado de São Paulo desta Federação.

Na origem, podemos verificar que ocorreu o seguinte: no ano 2000, a União, que já tinha federalizado o Banespa, fez publicar edital de leilão no bojo do Programa Nacional de Desestatização n. 03/2000 para alienar as ações daquele Banco Paulista. O valor mínimo fixado pelas Autoridades Bancárias e Fazendárias Federais, a preços históricos, foi de 1,85 bilhão de reais.

Em 2000, o SANTANDER HISPANO (sediado na Espanha) constituiu a SANTANDER HOLDING (com sede no Brasil), com capital apenas de R\$ 1.000,00. Apesar dessa constituição, foi o Santander Hispano que adquiriu diretamente as ações do Banespa leiloadas pelo valor global, em termos históricos, de 7,05 bilhões de reais. O ágio pago nessa aquisição foi, portanto, de pouco mais de 5 bilhões de reais.

Posteriormente à referida aquisição, houve várias modificações societárias na Santander Holding, que teve o seu capital social aumentado exponencialmente para mais de 9 bilhões de reais, tudo a partir do ingresso, como sócio, do Santander Hispano. Este, por sua vez, integralizou o seu ingresso na Santander Holding a partir das ações recém adquiridas do Banespa pelo valor que tais ações passaram a ter após a aquisição, valor esse auditado pela KPMG Corporate Finance, empresa mundialmente conhecida de auditoria externa, precisamente em mais de 9 bilhões de reais. Como se vê, o ágio aumentou um pouco mais em face da avaliação da KPMG, aumento justificado por conta da chamada “rentabilidade de exercícios futuros do Banespa”.

A série de operações societárias e financeiras prossegue da seguinte maneira: o Santander Hispano constitui a Meridional Holding e, para esta – quer dizer, para a Meridional –, transfere as ações do Banespa de sua propriedade, fazendo com a Meridional já nasça com patrimônio bilionário e descapitalizando momentaneamente a Santander Holding. Por sua vez, o Santander S/A (que faz parte do Santander Holding) adquire a Meridional Holding (recapitalizando a Santander Holding) e, ao mesmo tempo, adquire as participações da Santander Brasil S/A (este



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)



possuía pequeno capital do Banespa). Com isso, o Santander S/A tornou-se o único sócio do Santander Holding, que, por sua vez, controlava o Banespa. Houve, portanto, espécie de “unificação” de capitais

O último ato dessa série de alterações contratuais e societárias foi a aquisição, pelo Banespa, de sua controladora, a Santander Holding, ainda em 2001. Na prática, essa operação confirmava a transferência de capital da Santander Hispano para o Banespa, numa espécie de internalização ou de “nacionalização” do capital despendido pelo Banco Espanhol pela aquisição do Banespa.

A partir dessa última operação societária, ou seja, da aquisição da Santander Holding pelo Banespa, este começa a amortizar o ágio para abate do IRPJ e CSL. É precisamente aqui que os problemas vergastados nesta Ação principiam. A amortização do ágio pelo Banespa (mais tarde adquirido pelo Santander Brasil S/A), nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, foi verberado visceralmente pela Fiscalização Tributária.

A Administração Tributária glosou o referido ágio e lançou o IRPJ e CSSL relativos ao período que entendiam livres da decadência, acrescidos da mora e multa de ofício de 150%, dêz que: a) o Banespa assentou a utilização do ágio na rentabilidade futura do novo Banco, quando isto desconsideraria o fundo de comércio do antigo Banespa (como a carteira de clientes e o valor da marca do antigo banco); b) o ágio efetivamente utilizado foi superior ao ágio efetivamente pago; c) o Santander Hispano teria se utilizado de “empresa veículo” e, além do mais, não registrou em sua contabilidade a diferença paga como “ágio”; d) o ágio teria sido oriundo da aquisição, pelo Banespa, de sua própria controladora, o que é vedado pela Lei n. 9.532/1997, que só considera, não o “ágio de si próprio” (que a Autora Popular chama de “ágio interno”), mas apenas o ágio entre instituições ou pessoas jurídicas diversas.

Notificado do lançamento, o Réu Santander providenciou a sua Impugnação, que não foi acolhida pela 10ª Turma de Julgamento da Delegacia Regional de Julgamento do Estado de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

São Paulo, pois reconheceu que a amortização do ágio não poderia ter sido feita a partir da aquisição do Santander Holding pelo Banespa, que era a sua própria controladora à época.

Interpôs o Primeiro Réu, depois da confirmação do lançamento pela DRJ/SP, Recurso Especial, o qual, uma vez Contrarrazoado pela Fazenda, foi provido, no Mérito, pela 1ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF nas seguintes balizas:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano calendário:
2002, 2003, 2004

AUDITORIA FISCAL. PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÕES. O fisco pode verificar fatos, operações e documentos, passíveis de registros contábeis e fiscais, devidamente escriturados ou não, em períodos de apuração atingidos pela decadência, em face de comprovada repercussão no futuro, qual seja: na apuração de lucro líquido ou real de períodos não atingidos pela decadência. Essa possibilidade delimita-se pelos seus próprios fins, pois, os ajustes decorrentes desse procedimento não podem implicar em alterações nos resultados tributáveis daqueles períodos decaídos, mas sim nos posteriores. Em relação a situações jurídicas, definitivamente constituídas, o Código Tributário Nacional estabelece que a contagem do prazo decadencial para constituição das obrigações tributárias, porventura delas inerentes, somente se inicia após 5 anos, contados do período seguinte ao que o lançamento do correspondente crédito tributário poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN).

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA

DE FRAUDE. Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos e não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. A qualificação da multa para o percentual de 150% depende não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)



ocorrência da fraude ou do evidente intuito desta, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim. Na situação versada nos autos não houve dolo por parte do contribuinte, logo incabível a aplicação da multa qualificada.

DECADÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DE CREDITO TRIBUTÁRIO MEDIANTE AUTO DE INFRAÇÃO. IRPJ E CSLL. Desqualificada a multa de ofício, 'a luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestado em recurso repetitivo, havendo antecipação do pagamento dos tributos, o transcurso do prazo decadencial ocorrerá em 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º., inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Nesse contexto não há espaço para a dedutibilidade do chamado "ágio de si mesmo", cuja amortização é vedada para fins fiscais, sendo que no caso em questão essa prática não ocorreu.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO INOCORRÊNCIA. No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

Preliminar de Preclusão Rejeitada. Preliminar de Decadência Acolhida. Recurso Provido no Mérito."

Inconformada com esse julgamento e procurando afastar o fato de que tal nem sequer chegou a "transitar em julgado" na esfera administrativa, a Autora Popular propôs a presente



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

Ação para anulá-lo. Apregoa, basicamente, a mesma linha pela qual o auto fora mantido pela DRJ Paulista, a saber, que seria impossível a transferência internacional de ágio do Santander Hispano ao Banespa brasileiro, bem como que o ágio utilizado pelo Banespa teria sido “interno”, pois aproveitou-se apenas da incorporação que fez de sua própria controladora.

Esse Em. Juízo determinou a citação da Fazenda Nacional para posicionar-se a respeito, o que fará nos termos que doravante seguem.

PRELIMINARMENTE

Antes de ferir o Mérito Processual, a Fazenda tem a dizer que falta pressuposto processual e/ou condição da ação que torna impossível o prosseguimento do feito. A Autora Popular, nos momentos finais de sua Inicial, bem que tentou afastar tais Preliminares (ao falar, seguidamente, da “Inércia” da Fazenda, da inexistência de instância administrativa de curso forçado e de coisa julgada no âmbito administrativo), mas, infelizmente – ou felizmente –, no ver da Fazenda, não logrou êxito.

Todos sabemos que, passados os ventos alvissareiros da Revolução Setecentista, os diversos Estados Nacionais que se formaram em suas bases, ou estabeleceram uma separação realmente rígida entre os Poderes, de maneira, por exemplo, a impedir que o membro de um comparecesse perante o membro de outro, ou estabeleceram mecanismos de convivência harmônica entre eles, cujo expoente maior teria sido a ex-colônia inglesa nas Américas, que cognominou tal equilíbrio de *chack and balances*. Na França, berço da Revolução, os atos do Poder Executivo não são controlados pelo Poder Judiciário, existindo para tanto o Conselho de Estado. As Letras Jurídicas clássicas denominaram, tradicionalmente, a fórmula absoluta francesa de contencioso administrativo.

Implantada a República, em 1889, um dos problemas foi precisamente saber que modelo institucional entre os Poderes teríamos: se o contencioso, se o do *chack and balances*. Como



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)



sempre ocorre conosco, brasileiros, quando estamos diante desse dilema, optamos por um modelo híbrido. A tendência brasileira de incorporar modelos modificando-os em suas estruturas faz parte de nossa cultura. E foi o que fizemos: criamos, então, o contencioso administrativo sindicável ao Poder Judiciário, quer dizer, sempre foi de nossas Tradições Jurídicas, o contencioso administrativo valer até que não haja decisão judicial, pois esta prepondera sobre a decisão administrativa. Por outro lado, como que se rendendo ao contencioso, também sempre se disse que o Poder Judiciário não poderia adentrar sobre o Mérito do Ato Administrativo, mas apenas rever os aspectos objetivos da legalidade, motivos (desde que declinados) e etc.

Estamos presenciando que, onde houver contencioso administrativo (em matéria fiscal, previdenciária, financeira, de saúde, enfim, nas diversas áreas de atuação do Estado), aí haverá autonomia das decisões administrativas enquanto não houver decisão judicial em contrário. Não é por outra razão que se diz que, no âmbito administrativo, não pode haver “trânsito em julgado”, mas apenas preclusão processual, pois, a qualquer momento, desde que não incidente a decadência ou prescrição, a decisão administrativa, ressalvado a autonomia de seu mérito, pode ser revista pelo Poder Judiciário pelos seus aspectos extrínsecos.

Essa foi a fórmula híbrida encontrada por nós para a harmonia que deve existir entre os Poderes Executivo e Judiciário.

A mesma liberdade que tem o Poder Legislativo ao regular, em corpo codificado de lei, o processo civil, tem o Poder Executivo ao regular o PAF, tanto que o fez, inicialmente, por Decreto, recebido com *status* de lei ordinária. Nessa regulamentação, mesmo antes da Fazenda Nacional adquirir, pela Constituição de 1988, a capacidade de estar em juízo em nome da União, Ela (Fazenda) já se imiscuía no PAF de maneira a defender os lançamentos fiscais. Muito mais do que isso, já supedaneava o então Ministério Público Federal, a quem pertencía a capacidade de estar em juízo defendendo a União, com pareceres com os quais era possível a defesa da União nas causas tributárias.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

A salutar experiência adquirida no âmbito do PAF pré-1988, inclusive, talvez tenha sido o principal fundamento pelo qual os Constitucionais de 1987-1988 tenham resolvido outorgar definitivamente plena capacidade à Fazenda, como se pode ver do art. 132 da Constituição. Na verve própria do PAF (pugnando oralmente, recorrendo, contrarrazoando, fazendo memoriais e etc.), antes ou depois de 1988, antes ou depois da própria Lei de Ação Popular (desde a época da então Procuradoria dos Feitos da Fazenda e da Coroa, de onde saíam os primeiros Delatores Públicos, dos quais se originaria, pouco mais tarde, o Ministério Público), a Fazenda já praticava a defesa da União que, agora, nestes autos, a Autora Popular pretende, de maneira pia e louvável, encetar. Mas é preciso advertir: esta, com as vênias de estilo, talvez seja a primeira vez que a Autora Popular procurará defender os possíveis interesses da União – e esperamos que não seja a última –, enquanto que, para a Fazenda Nacional, é apenas mais uma estrela na miríade de constelações que, como qualquer outra, há de merecer a mesma atenção, o mesmo denodo e o mesmo trabalho.

Tanto é verdade que basta ver o PAF objeto destes autos para se verificar que a Fazenda fez de tudo para manter hígido o crédito lançado. Aliás, continua fazendo de tudo, pois a causa administrativa ainda chegou ao seu final. Assim como a Fazenda tem a sua autonomia enquanto não houver decisão judicial obrigando-a a dar, fazer ou não fazer, os próprios órgãos julgadores administrativos do PAF igualmente a possuem, vale dizer, são livres e autônomos para decidirem conforme suas convicções pessoais, experienciais, empíricas e técnicas. Obviamente, até que haja controle judicial.

E o motivo de lançarmos esta Preliminar está exatamente no fato de que a Autora Popular sequer esperou o contencioso administrativo findar-se. É Ela própria que diz que ingressou em Juízo apenas postando os dados limitados constantes dos sítios na Rede sobre o julgamento. Isto provoca, primeiro, **a inexistência total e completa de lide**, e, segundo, **a falta de interesse em deduzir em juízo uma condenação ainda incerta**.

A evidência de que o contencioso administrativo brasileiro está submetido ao controle judicial não significa, Excelência, que as pessoas estejam livres para, a qualquer momento,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)



ingressarem com ação judicial. Tanto é verdade que, no caso dos crimes fiscais, até o próprio *dominus litis* – o Ministério Público – está impedido de ingressar com ação enquanto não se decidir o processo administrativo. A representação para fins penais é feita após o término do processo administrativo.

E isto ocorre por questão de lógica, não para desmerecer o Poder Judiciário. Como ingressar com ação onde o pano de fundo é todo objeto de discussão administrativa enquanto não aguardamos o desfecho dessa discussão? Não se trata de dizer que o cidadão não possa entrar. Realmente, em face da inafastabilidade do Poder Judiciário, constitucionalmente estabelecida, a qualquer momento o cidadão pode ingressar, sim, com a ação. O Problema, todavia, é de ascendência lógica: acaso ingresse antes do tempo necessário, o cidadão fará com que a causa **não tenha maturidade necessária** para ser discutida judicialmente.

A solução preconizada no contencioso administrativo é a de que, proposta a ação judicial, o contribuinte perde o direito à esfera administrativa e o seu eventual recurso e/ou impugnação são considerados inexistentes. Tem-se por abdicada a instância administrativa pelo contribuinte. Vejamos o caso mesmo destes autos: a questão ainda não está administrativamente selada. É certo que não existem contencioso absoluto (que a Autora Popular chamou de “instância administrativa de curso forçado”) e nem “coisa julgada administrativa”. Mas não é menos certo que, acaso levemos a discussão administrativa antes do tempo correto às instâncias judiciais, a causa não estará madura o suficiente para utilizarmos o processo judicial.

No caso dos autos, na prática, isto significa que, acaso o CARF venha a modificar sua anterior posição, esta Ação perderá o seu objeto. E isto significa que a Autora Popular foi apressada demais, pois não deixou a causa maturar-se a ponto de merecer o controle judicial. Para termos ideia da pressa da Autora, basta compulsarmos as fls. 40 de sua Inicial para verificarmos que, sequer, outros documentos além dos que constam na Rede poderiam ser usados pela Autora. Não se trata de dizer que a Autora teria que esperar pelo resultado administrativo, mas é indubitável que propor a ação antes desse resultado faz com que esta ação **não tenha objeto definido**.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

Com efeito, contra o que está se voltando a Autora Popular? Contra um Acórdão que não se tornou ainda absoluto na esfera administrativa? Apesar de não existir “trânsito em julgado” na esfera administrativa, é preciso observar que existe, sim, a impossibilidade da Administração ficar revendo a todo tempo seus atos, isto até em prol da segurança jurídica. Existe um marco dentro do contencioso que impede a Administração de ficar eternamente remexendo o caso. Isto pode até não ser um genuíno “trânsito em julgado”, mas, com certeza, uma preclusão temporal e lógica para a Administração continuar admoestando o administrado mesmo já tendo tomado uma decisão a seu favor.

No caso, isto sobreleva em importância, haja vista que toda a discussão está sendo baseada precisamente no auto de infração, que continua a ser discutido no âmbito do CARF. Como, então, a Autora comparece perante o Judiciário e, sobre algo totalmente falível, porque mutável ainda a qualquer momento, pleiteia a anulação? A anulação de algo que ainda não foi definitivamente anulado?

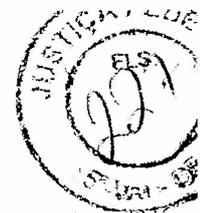
A todas as luzes, estamos diante da total falta e inexistência de lide. Realmente, a lide está baseada em auto de infração que foi afastado por um Acórdão que, com as ressalvas acima, **ainda não transitou em julgado**. A questão não se fechou ainda contra a Fazenda e, se isto é verdade, os contornos da lide não estão totalmente aclarados.

Mas não é só a falta de lide que espanta neste caso. Igualmente, a falta de interesse. Qual interesse jurídico está perseguindo a Autora Popular se a causa ainda não se fechou administrativamente? Como se pode dizer que houve ilegalidade se ainda é possível desfecho favorável à Fazenda? O que parece é que a Autora Popular está como que pretendendo “pressionar” os Srs. Conselheiros a tomar esta ou aquela posição. A utilização de ação judicial com esse escopo deve ser totalmente rechaçada, pois, assim como o Judiciário tem autonomia, o contencioso administrativo, igualmente, tem a sua, que deve ser preservada e respeitada.

A Fazenda embargou o Acórdão anulando em março de 2012, sem que o CARF



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)



tenha ainda se pronunciado a respeito. Com os maiores respeitos devidos à Autora Popular, não há qualquer possibilidade, nem de se dizer que a Fazenda teria ou tenha sido inerte – que deve ser reputada como declaração infeliz da Autora Popular –, nem que possamos dizer que esta causa esteja madura ao conhecimento do Judiciário, seja pela total inexistência de lide, seja pela não menos total inexistência de interesse genuinamente jurídico em tanto.

Preliminarmente, pois, propugnaria a Fazenda pela imediata extinção do processo sem julgamento (resolução) do mérito, ante a inexorável evidência da falta de pressuposto processual e/ou carência de ação.

DA ATUAÇÃO JUDICIAL
DA FAZENDA NACIONAL

Como quer que seja, é preciso fazer outra advertência: a atuação judicial da Fazenda tem aspectos diferentes de sua atuação administrativa. A respeito dessa dicotomia, basta citar como um dos pontos apicais de diferença que, por ser a Fazenda a instituição que defende a União em causas tributárias, não é pacífica a tese de que poderia ingressar em juízo pleiteando a anulação, por exemplo, de decisões administrativas oriundas do PAF, por ser o CARF órgão da própria União, ainda que, teoricamente, discorde dessa decisão – como, aliás, ocorre com as decisões judiciais, pois nunca se conforma a Fazenda com as decisões administrativas contrárias.

Mas, assim como ocorre com a instância judicial, na qual, havendo a decisão de última instância, não pode mais a Fazenda Nacional insistir, mas apenas cumprir, aqui, igualmente, no âmbito do PAF, atingindo o processo a última instância – e, no caso concreto destes autos, assim o foi –, não é mais possível a Fazenda insistir, mas apenas cumprir tal decisão, ainda que, como ocorre judicialmente, jamais fique satisfeita com o resultado.

É o mesmo que dizer que a Fazenda tivesse que defender a atuação que a Receita



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

Federal desfechou contra outro órgão público federal, por exemplo, por falta de recolhimento e repasse do IR-fonte dos respectivos servidores. Ora, como a Fazenda defende a União, não poderia a Fazenda, para manter o auto, ir contra a decisão administrativa desse mesmo órgão que refutasse a mesma autuação, inscrevendo e executando a dívida.

Tudo nos mostra que não é tão simples, como talvez tenha pensado a Autora Popular, que a Fazenda, diante do resultado do CARF, pudesse incontinenti ingressar com ação judicial contra tal decisão administrativa, pois isto implicaria ir contra a União em matéria tributária, o que ocasionaria a Fazenda, em última *ratio*, ter que ir contra a própria Fazenda. E isto passando por cima do fato de que a Fazenda embargou o Acórdão ora anulando e que tais Embargos Fazendários sequer já foram julgados.

Nem a circunstância de estar envolvida na causa empresa privada resolveria o drama. Com efeito, apesar da presença do Santander, sabemos que a questão não é propriamente contra este, mas sim, contra mesmo a decisão administrativa do CARF tomada em última instância. Continuaríamos diante do dilema da Fazenda estar contra a própria Fazenda...

Portanto, muito ao contrário do que possa ter parecido à Autora Popular, dizer como a Fazenda poderia ter agido, sobretudo, reclamando a tutela jurisdicional, não é tão fácil assim quando colocamos em análise as muitas variáveis envolvidas.

DO MÉRITO

Conforme dito nos tópicos anteriores, a anulação do lançamento fiscal foi decidida em última instância pelo CARF, conforme Acórdão 1402-00.802, que é a última do contencioso administrativo fiscal, pois, da decisão dessa Câmara Superior, mantendo ou não, a Decisão Regional Paulista, não caberia mais qualquer outro recurso na instância administrativa.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)



No ver da Fazenda Nacional, entretentes – até para reforçar a sua arguição Preliminar –, devemos antes de tudo aguardar o desfecho dos Embargos Declaratórios que desfechou em face do Acórdão Anulando (1402-00.802). Nos ditos Embargos, interposto no âmbito mesmo da última instância do CARF, a Fazenda continua pugnando pela higidez do auto de infração, quer dizer, continua a dizer que os fundamentos utilizados no lançamento de ofício realmente devem preponderar, pois o Santander pretendeu transferir de sua matriz espanhola os custos para a sua filial brasileira poder deduzir da base do IRPJ e CSSL.

No preciso momento em que a Fazenda produz a presente peça, o estágio atual do PAF 16561.000222/2008-72 é o de encontrar-se o Acórdão 1402-00.802 embargado. Se a Fazenda Embargou é porque, na instância administrativa, a questão não se fechou. O certo é que a Fazenda ainda não desistiu da instância administrativa e, portanto, como não poderia deixar de ser diferente, a sua luta ainda é pela manutenção do auto de infração contra o Santander.

Sendo esta a moldura dos fatos, a atuação judicial da Fazenda fica pouco obnubilada ante a evidência de que, na presente data, o Acórdão anulando foi por si Embargado, o que significa que, pelo menos por hora, a sua intenção é manter realmente o lançamento fiscal de ofício contra o Santander. O mérito do lançamento fiscal está sendo sustentado administrativamente pela Fazenda e, por hora, é como se pronuncia.

De qualquer maneira, observemos que o problema trazido à balha pela Autora Popular perante esse Em. Juízo é extremamente intrincada. Os próprios Srs. Fiscais Autuantes, conforme mesclado pela Autora Popular em sua inicial (fls. 11), não deixaram de reconhecer que o Banespa foi adquirido mediante ágio e que este, em tese, poderia ser utilizado.

A grande indagação que temos que responder seria se a entidade controladora e investidora (Santander Hispano) poderia, através de procedimentos societários, comerciais e fiscais, transferir o ágio à sociedade controlada e investida (Banespa). A Fiscalização Tributária acenou com a possibilidade de fraude tributária, pois o que fez o Banespa, em última análise, nada mais foi do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)

que se utilizar de ágio que lhe foi transferido pelo Santander Hispano. É essa a tese igual que a Fazenda vem defendendo desde as suas Contrarrazões ao Recurso Especial do Santander e que foi julgado através do Acórdão rescindendo. A Fazenda continua pugnando pelo reconhecimento dessa tese nos seus Embargos, os quais, até a presente data, ainda não foram julgados.

Por sua vez, os Srs. Conselheiros estão – haja vista que a questão ainda não se findou – entendendo que a fraude fiscal deve estar acompanhada de dolo específico, ou seja, “saber e querer a realização da conduta” (fls. 49 do Acórdão) e não simplesmente realizar dita conduta. Por essa razão é que, ainda segundo o Acórdão, o que tem sido considerado fraude fiscal seriam ações como adulteração de documentos comprobatórios (notas fiscais, contratos, escrituras públicas, dentre outros), notas fiscais calçadas, notas fiscais frias, notas fiscais paralelas, notas fiscais fornecidas a título gracioso, contabilidade paralela (Caixa 2), conta bancária fictícia, falsidade ideológica, declarações falsas ou errôneas (quanto apresentadas reiteradamente), ações essas que foram consideradas inexistentes nos autos. Segundo o que nele consta, “No caso presente, não há registros de documentos inidôneos, empresas fictas, fraudes em registros contábeis ou de qualquer natureza. Noutra diapasão todos os atos societários foram registrados nos órgãos competentes, assim como na escrituração contábil e fiscal da Contribuinte” (fls. 50 do Acórdão Rescindendo).

A Fazenda, a seu turno, vem pontuando que, independentemente de dolo específico, o certo é que o Santander produziu várias alterações societárias com o objetivo de “transportar” o custo pago pela aquisição do Banespa e, portanto, o correspondente ágio, da Espanha ao Brasil e a Lei n. 9.532/1997, ao tratar do assunto, parece permitir a utilização do ágio para abate do IRPJ e CSL apenas quando as pessoas jurídicas envolvidas forem diversas entre si. Isto leva ao raciocínio de que, embora sendo diversas, mas pertencendo ao mesmo grupo econômico, o ágio não poderia ser usado.

De toda sorte, Excelência, a Fazenda está no aguardo do julgamento dos seus Embargos Declaratórios, pois crê piamente que existem fortes razões, tal como apontadas no lançamento fiscal, para que o crédito fazendário persista contra o Santander.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 1ª REGIÃO
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL (DIAES)



DO PEDIDO

Pelo exposto, requer a Fazenda Nacional que Vossa Excelência se digne a receber as presentes Razões com o fito de preservar o interesse público, que ainda está sendo perseguido pela Fazenda, em ordem a: (i) Preliminarmente, extinguir-se imediatamente com esta Ação por absoluta falta de pressuposto processual (ausência de lide) e por carência de ação (ausência de interesse processual) ou, caso assim não se entenda, para (ii) aguardar-se o julgamento definitivo do CARF que, com certeza, haverá de manter o auto de infração totalmente subsistente, como tem sempre propugnado a Fazenda administrativamente.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 23 de novembro de 2012.

SEBASTIÃO GILBERTO MOTÁ TAVARES
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL
Divisão de Acompanhamento Especial/PRFN-1

