



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10903.720005/2019-51
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-006.931 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2024
Recorrente KIRTON BANK S.A. - BANCO MÚLTIPLO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Exercício: 2014, 2015, 2016

ARGUIÇÃO DE NULIDADE. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Se as razões que fundamentaram o lançamento estão expostas de forma clara e minuciosa no Relatório Fiscal, descabe a alegação de nulidade por conta de vício de motivação. Tanto mais quando se verifica, no caso concreto, que o sujeito passivo conseguiu contraditar eficientemente todos os pontos da acusação, o que demonstra sua perfeita compreensão da matéria autuada.

DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS.

Presume-se ocorrer distribuição disfarçada de lucros quando uma pessoa jurídica realiza negócio em condições de favorecimento para pessoa ligada.

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO.

Comprovada a prática de simulação, reputa-se correta a aplicação da multa qualificada de 150%.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO. RETROATIVIDADE BENÉFICA. LEI N. 14.689/2023. REDUÇÃO DE 150% PARA 100%.

Cabível a imposição da multa qualificada, prevista no artigo 44, inciso I, §1º, da Lei nº 9.430/1996, restando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo se enquadra na hipótese tipificada nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. Na hipótese de existência de processo pendente de julgamento, seja administrativa ou judicialmente, tendo como origem auto de infração ora lavrado com base na regra geral de qualificação, a nova regra mais benéfica (art. 8º da Lei 14.689/2023) deve ser aplicada retroativamente, nos termos do artigo 106, II, “c” do CTN, in casu, reduzida ao patamar máximo de 100% do valor do tributo cobrado.

LANÇAMENTO DECORRENTE.

O que ficou decidido no lançamento principal aplica-se, também, ao lançamento decorrente, naquilo que lhe for comum.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. SÚMULA CARF Nº 108 (VINCULANTE).

Incidem juros moratórios, calculados à taxa SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

APLICAÇÃO DO ART. 114 § 12º, INC. I DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. DECLARAÇÃO DE CONCORDÂNCIA COM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. FACULDADE DO JULGADOR.

Plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que a Recorrente não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

INSUFICIÊNCIA NO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA.

A partir das alterações no art. 44, da Lei n.º 9.430/96, trazidas pela Lei n.º 11.488/2007, em função de expressa previsão legal deve ser aplicada a multa isolada sobre os pagamentos que deixaram de ser realizados concernentes ao imposto de renda a título de estimativa, seja qual for o resultado apurado no ajuste final do período de apuração e independentemente da imputação da multa de ofício exigida em conjunto com o tributo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário em relação ao mérito da autuação e reconhecer de ofício a retroatividade benigna da multa qualificada, determinando a sua redução para o patamar de 100%. Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário em relação à multa isolada. Vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, André Severo Chaves e André Luis Ulrich Pinto que afastavam a respectiva penalidade. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente e Redator Designado

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Cláudio de Andrade Camerano, Andre Severo Chaves, Fernando Augusto Carvalho de Souza e Andre Luis Ulrich Pinto.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão proferido pela 15ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 07, que julgou improcedente a Impugnação apresentada pelo contribuinte contra o Auto de Infração de fls. 1.046/1.082, lavrado

com o objetivo de constituir crédito tributário referente a IRPJ e CSLL dos anos-calendário de 2014 a 2016, no valor histórico de R\$ 915.195.195,77.

Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ	R\$	153.739.919,25
Juros de mora (calculados até 04/2019)	R\$	44.738.143,67
Multa de ofício (150%)	R\$	230.609.878,87
Multa isolada por falta de recolhimento de estimativas	R\$	80.340.193,27
TOTAL	R\$	509.428.135,06
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL	R\$	122.991.935,41
Juros de mora (calculados até 04/2019)	R\$	35.790.514,94
Multa de ofício (150%)	R\$	184.487.903,11
Multa isolada por falta de recolhimento de estimativas	R\$	62.496.707,25
TOTAL	R\$	405.767.060,71

Tendo tomado ciência acerca do lançamento, o contribuinte apresentou Impugnação (fls. 1.139/1.219), o que fez com base nas seguintes alegações:

- a) **Preliminarmente**, alega a nulidade do lançamento, ante a ausência de indicação dos motivos da desconsideração dos Fundos ORION e PROCYON – Inexistência de elementos que comprovem a participação do contribuinte nas operações de swap questionadas pela Fiscalização;
- b) Sustenta ainda a falta de certeza e liquidez das bases tributáveis, sob o argumento de que não foram observados os termos do inciso V do art. 531 do RIR/18, assim como pela existência de incongruência entre o valor total tributado e o efeito total da variação do valor das cotas do FUNDO ORION, assim como a ausência de demonstração das parcelas que excederam os parâmetros de mercado. Também alega que faltou motivação ao Fisco para proceder com a exclusão dos ajustes de Marcação a Mercado das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL e para desconsiderar as liquidações de operações de swap ocorridas no mês de julho de 2016, assim como para as glosas referentes a perdas ocorridas em contratos identificados como “não classificados”
- c) **No mérito**, alega que houve a devida comprovação da efetividade da estratégia de hedge adotada, a exemplo do contrato de swap n.º 1911197, cujas perdas foram neutralizadas por meio de operações realizadas na bolsa brasileira, envolvendo 25.105 contratos futuros de cupom cambial;
- d) Que não houve o descumprimento da vedação contida no art. 5º, inciso V, da Circular Bacen n.º 3.082, de 2002, e que o Fisco carece de competência para questionar o cumprimento de normas regulatórias emitidas pelo Banco Central;
- e) Que a Autoridade Autuante deixou de indicar os parâmetros comparativos capazes de demonstrar que as operações investigadas foram praticadas em condições não equitativas, e que descabe a comparação entre a rentabilidade do FUNDO ORION e a do FUNDO TELLUS, bem como que existe laudo emitido por empresa de auditoria independente, comprovando que as operações de swap com o HSBC BANK USA foram realizadas dentro dos parâmetros de mercado, sendo que os resultados das operações de swap são imprevisíveis;

- f) Que no presente caso, não é possível a qualificação do controlador indireto como “pessoa ligada”, diante da existência de um controlador direto – Inexistência de acréscimo patrimonial do HSBC Holdings PLC que permita caracterizar a distribuição de lucro;
- g) Que não é possível aplicar a multa qualificada no presente caso, tendo em vista que não houve a individualização da conduta dolosa imputada ao contribuinte (sonegação, fraude ou conluio), e que inexistente base legal para a qualificação da multa com fundamento em simulação. Além disso, sustenta que não é possível aplicar a multa qualificada com fundamento nos mesmos fatos que serviram de base para a caracterização da distribuição disfarçada de lucros, sob pena de bis in idem;
- h) Que a multa qualificada de 150% possui caráter confiscatório, e que é necessário sobrestar o presente feito, tendo em vista tratar-se de questão reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como tema de repercussão geral (Recurso Extraordinário n.º 736.090);
- i) Que se mostra equivocada a aplicação de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas após o encerramento do ano calendário. Ademais, alega que a cumulação de multa isolada com a multa de ofício é vedada pela Súmula CARF n.º 105, e que em caso de dúvida deve-se aplicar ao art. 112 do CTN para interpretar a legislação de maneira mais favorável ao contribuinte;
- j) Que no caso de acolhimento das alegações de defesa do contribuinte, será necessário a recomposição dos saldos de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL;
- k) Por fim, sustenta que não há previsão legal para a incidência de juros de mora sobre multas de ofício.

Posteriormente, os autos foram baixados em diligência, por duas vezes (fls. 1.366/1.367 e 1.417/1.420), e na sequência a 15ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil, proferiu o Acórdão n.º 107-013.636 (fls. 1.565/1.649) abaixo ementado:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Exercício: 2021

ARGUIÇÃO DE NULIDADE. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Se as razões que fundamentaram o lançamento estão expostas de forma clara e minuciosa no Relatório Fiscal, descabe a alegação de nulidade por conta de vício de motivação. Tanto mais quando se verifica, no caso concreto, que o sujeito passivo conseguiu contraditar eficientemente todos os pontos da acusação, o que demonstra sua perfeita compreensão da matéria autuada.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2014,2015,2016

DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS.

Presume-se ocorrer distribuição disfarçada de lucros quando uma pessoa jurídica realiza negócio em condições de favorecimento para pessoa ligada.

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO.

Comprovada a prática de simulação, reputa-se correta a aplicação da multa qualificada de 150%.

MULTA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSASIS.

Verificada a falta de pagamento de estimativa mensal após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá a multa de ofício de 50% sobre o valor que não houver sido pago, e o imposto devido com base no lucro real apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2014,2015,2016

LANÇAMENTO DECORRENTE.

O que ficou decidido no lançamento principal aplica-se, também, ao lançamento decorrente, naquilo que lhe for comum.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2014,2015,2016

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. SÚMULA CARF Nº 108 (VINCULANTE).

Incidem juros moratórios, calculados à taxa SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Impugnação improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Inicialmente, a DRJ afastou as preliminares de nulidade, por entender que as razões que fundamentaram o lançamento estão expostas de forma clara e minuciosa no Relatório Fiscal, tanto que o contribuinte conseguiu contraditar eficientemente todos os pontos da acusação, o que demonstra sua perfeita compreensão da matéria autuada. Ademais, menciona que os supostos vícios na apuração da base tributável, mesmo que existentes, não possuem o condão de macular o lançamento de nulidade, tendo em vista que no âmbito do processo administrativo fiscal, somente se consideram nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa (art. 59, incisos I e II, do Decreto nº 70.235, de 1972).

No tocante ao mérito, esclarece que pesa contra o contribuinte a acusação de haver promovido, nos anos de 2014, 2015 e 2016, distribuição disfarçada de lucros para a sua acionista controladora, no caso, a sociedade HSBC HOLDINGS PLC, sediada no Reino Unido, por meio da utilização de dois fundos de investimento, um nacional (ORION) e outro offshore (PROCYON), que possibilitaram que o KIRTON BANK fechasse, no exterior, contratos de

swap em condições de favorecimento para a sociedade HSBC BANK USA, subsidiária norte-americana do mesmo grupo econômico do qual fazia parte (o grupo HSBC internacional).

Aduz que a defesa do sujeito passivo centrou sua argumentação na demonstração do propósito negocial da estrutura de investimentos por si elaborada, mas que este não é o foco da discussão, tanto que em momento nenhum foi posta em dúvida a necessidade de o contribuinte neutralizar sua exposição ao risco, assim como não houve, por parte da Fiscalização, qualquer questionamento quanto aos instrumentos financeiros utilizados para atingir a proteção almejada.

Arremata que o problema reside em saber se os contratos de swap fechados com o HSBC BANK USA, através do FUNDO PROCYON, tiveram seus riscos efetivamente protegidos por operações de hedge realizadas no Brasil, ou se esta proteção foi apenas dissimulada, de modo a favorecer a referida contraparte e permitir a distribuição disfarçada de lucros para o controlador do grupo.

Seguiu alegando que os documentos juntados pela Fiscalização demonstram que o KIRTON BANK foi a verdadeira contraparte do HSBC BANK USA nos contratos de swap aqui investigados, tendo em vista que o sujeito passivo ocupava a posição de único investidor e gestor do Fundo Orion, e que este era o único investidor do Fundo Procyon. Logo, a iniciativa de fechar contratos de swap com o HSBC BANK USA foi um ato de sua livre vontade e consciência, devidamente respaldado nos seus poderes de gestão.

No tocante às operações qualificadas pela fiscalização como “hedge imperfeito” e “swap especulativo”, restou comprovado que não houve a neutralização dos riscos ou mesmo a sua mitigação, posto que o sujeito passivo experimentou perdas tanto nos contratos fechados no exterior com o HSBC BANK USA, quanto nas operações de hedge realizadas no Brasil, com clientes locais, e que essa dupla perda contraria o próprio conceito de *hedge* adotado pelo art. 3º, Parágrafo 1º, da CIRCULAR BACEN n.º 3.082, de 2002.

Analisou em seguida, o contrato de *swap* n.º 1911197, que segundo entendeu a DRJ ilustra perfeitamente a inexistência das alegadas operações de *hedge*. Apenas esse contrato, gerou perdas na ordem de R\$ 356.000.000,00, sendo que o sujeito passivo afirma que esta perda teria sido neutralizada, na bolsa brasileira, por meio da compra de 25.105 contratos futuros de cupom cambial.

Ocorre que a DRJ constatou que as operações não se deram tal como narrado pelo contribuinte, de modo que que as perdas verificadas no contrato de swap n.º 1911197 não poderiam ter sido neutralizadas com os 25.105 contratos DDIF15. Em diligência realizada junto à B3, a Fiscalização apurou que o contribuinte não manteve posição comprada de 25.105 contratos DDI F15 entre 18/06/2014 e 02/01/2015, e que o que ocorreu, na verdade, foi uma redução da posição vendida. Como, no final do dia 17/06/2014, o contribuinte estava vendido em contratos futuros DDIF15, a “compra” realizada em 18/06/2014 se deu por mera compensação, resultando daí uma posição líquida vendida de 7.405 contratos.

Esclarece que em termos algébricos, não há, realmente, diferença entre abrir uma posição comprada ou encerrar uma posição vendida por compensação. Do ponto de vista da relação de hedge, porém, estas operações não se equivalem. Entendeu que se o contribuinte tivesse mantido uma posição comprada de 25.105 contratos DDIF15 desde a data de início até a

data de maturidade do contrato n.º 1911197, é indiscutível que a inversão protetiva estaria assegurada durante todo o prazo de execução do swap, mas que, ao optar pela compensação, ele dessubstanciou a operação de hedge, desfazendo o liame que deve necessariamente existir entre o objeto protegido e o instrumento financeiro protetor.

Reiterou a DRJ que o que caracteriza a distribuição disfarçada de lucros, foi a conduta deliberada do sujeito passivo, de não “hedgear” adequadamente centenas de operações de swap realizadas com o HSBC BANK USA, entidade integrante do mesmo grupo a que pertencia. Sustenta que no caso dos autos, é flagrante a inefetividade dos instrumentos utilizados pelo contribuinte, em que centenas de operações apresentaram, por longo período, perdas recorrentes nas duas pontas, sem que fossem tomadas quaisquer medidas para reequilibrar a readequação.

Em síntese, afirma que o contribuinte, na posição de gestor dos Fundos Orion e Procyon, assistiu passivamente, ao longo de três anos, à pulverização do seu patrimônio, sem adotar nenhuma medida que pudesse reverter esse quadro. Pior ainda, quanto mais as cotas do Fundo Procyon perdiam valor, mais o contribuinte aplicava recursos em operações de swap com o HSBC BANK USA.

Reiterou que não há nada de errado no fato de as operações de swap fechadas com o HSBC BANK USA terem gerado perdas. É uma consequência natural das oscilações de mercado. O que não é natural, em se tratando de uma instituição financeira como é o caso do sujeito passivo, é estruturar operações de hedge sabidamente inefetivas, com o propósito de favorecer uma contraparte pertencente ao mesmo grupo econômico.

Ademais, salienta que o fato de o contribuinte haver experimentado perdas em decorrência de negócios realizados com o HSBC BANK USA em condições não comutativas é o quanto basta para configurar a distribuição disfarçada de lucros, não cabendo à Administração Tributária brasileira investigar se o ganho refletido no resultado do controlador HSBC HOLDINGS PLC foi compensado ou não dentro das demonstrações consolidadas do grupo econômico.

No tocante à apuração da base tributável, observa que a fiscalização tomou como parâmetro as perdas líquidas apuradas por ocasião das liquidações dos contratos de “hedge imperfeito” e “swap especulativo”, que foram corretamente consideradas indedutíveis, nos termos do inciso V do art. 531 do RIR/2018.

No caso em apreço, não houve nenhum questionamento, por parte da Fiscalização, quanto aos ajustes de Marcação a Mercado dos contratos de swap. Tais ajustes foram levados normalmente a resultado, sem qualquer contestação. As infrações apuradas no presente processo têm a ver, exclusivamente, com as perdas verificadas nas operações de swap, e não com o valor de mercado dos contratos de swap, razão pela qual é correto o procedimento da fiscalização, no sentido de segregar da base tributável os ajustes decorrentes da Marcação a Mercado.

No tocante aos resultados auferidos em julho de 2016, que supostamente reduziriam a base tributável, conforme alegações do contribuinte, entendeu a DRJ que isso não procede, já que em 01/07/2016 se efetivou a aquisição do sujeito passivo pelo Grupo Bradesco, de modo que a partir dessa data o sujeito passivo deixou de integrar o Grupo HSBC internacional, desfazendo-se, portanto, a relação de controle que o vinculava ao HSBC

HOLDINGS PLC. Logo, os resultados dos contratos de swap liquidados após 01/07/2016 — sejam positivos, sejam negativos — não podem ser somados aos valores aqui tributados, pois dizem respeito ao Grupo Bradesco, e não ao Grupo HSBC.

Esclarece que a identificação de alguns contratos como “não classificado” decorreu de mero erro material, tal como demonstrado pela Fiscalização em diligência. Na ocasião, evidenciou-se que os contratos “não classificados” tinham sido inicialmente classificados como “hedge imperfeito” e “swap especulativo”, caberia ao Interessado, no prazo de apresentação de contrarrazões, provar que os referidos contratos não se enquadravam em tal categorização.

No tocante às penalidades, a DRJ manteve a qualificação da multa, sob o fundamento de que ao praticar estas operações simuladas, em ajuste com entidades integrantes do mesmo grupo econômico a que pertencia, o contribuinte, indubitavelmente, modificou as características essenciais dos fatos geradores das obrigações tributárias, impedindo que o Fisco tomasse conhecimento dos mesmos, razão pela qual tais atos se enquadraram nas molduras típicas de sonegação, fraude e conluio, descritas nos arts. 71, 72 e e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964.

Com relação à alegação de que essa multa teria caráter confiscatório, salienta que é vedado à autoridade administrativa efetuar juízo acerca das normas vigentes no país. Ademais, ainda que o STF tenha reconhecido a repercussão geral do tema, no RE n.º 736.090/SC, não determinou a suspensão dos autos em tramitação que versam sobre a questão.

Em relação à concomitância da multa isolada sobre as estimativas e multa de ofício proporcional aos tributos apurados, a DRF, por meio de voto divergente, manteve a cobrança de ambas as multas, por entender que se tratam de duas modalidades punitivas, que, respectivamente, incidem sobre fatos infracionais distintos: uma, sobre o não recolhimento das antecipações previstas por lei como obrigatórias para os optantes pela apuração anual, outra, sobre o não recolhimento do valor do imposto ou contribuição devidos após o encerramento do ano-calendário em 31 de dezembro, não havendo qualquer restrição para a concomitância de ambas as penalidades que punem condutas distintas.

Por fim, salientou ser pacífica a incidência dos juros moratórios sobre a multa de ofício, conforme Súmula CARF n.º 108.

Ciente da decisão do Acórdão, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 1.659/1.763), em que basicamente, reitera os argumentos tecidos na defesa, sendo necessário evidenciar os seguintes argumentos:

- a) **Preliminarmente**, alega que a argumentação desenvolvida pela Turma Julgadora para afastar a alegação de nulidade não pode ser aceita por esse E. CARF, pois o reconhecimento da validade dos Fundos Orion e Procyon torna im procedente qualquer deslocamento dos resultados auferidos por essas entidades ao Recorrente;
- b) Que se é "perfeitamente lícita" a constituição de fundos de investimento exclusivos, é evidente que não se pode aceitar o deslocamento de transações celebradas pelo Fundo Procyon ao Recorrente com base na alegação de que ele seria o investidor exclusivo / gestor;

- c) Que a teoria da "primazia da essência sobre a forma" referendada pela Turma Julgadora no acórdão recorrido, também não autoriza a imputação das transações firmadas entre o Fundo Procyon e o HSBC USA ao Recorrente, na medida em que essa não tem qualquer fundamento legal, bem como que, ainda que houvesse algum fundamento, somente seria possível com a comprovação, por parte da Autoridade Fiscal e da Turma Julgadora, de que teriam sido praticados atos abusivos, o que, como visto, não ocorreu;
- d) Que as causas de nulidade do lançamento fiscal não se resumem às situações disciplinadas no art. 59 do Decreto n.º 70.235/72, tendo em vista que os atos administrativos são cercados de formalidades essenciais à sua validade e ao direito de defesa do contribuinte, entre elas a motivação/fundamentação, conforme disposto no artigo 142 do CTN e no artigo 2º, parágrafo único, inciso VII, da Lei n.º 9.784/99;
- e) Que é equivocado o entendimento da DRJ de que as bases autuadas deveriam ser apuradas com base no montante dos lucros supostamente distribuídos disfarçadamente e que esse montante seria equivalente às perdas nos contratos de swap celebrados entre o Fundo Procyon e o HSBC USA, posto que as regras de DDL combatem não uma distribuição disfarçada de lucros em si, mas os efeitos fiscais decorrentes desse evento, de modo que para fins de aplicação das regras de DDL não basta verificar se determinadas transações geraram uma distribuição disfarçada de lucros, é necessário demonstrar que, em razão de transações celebradas fora dos parâmetros de mercado, houve uma indevida redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL;
- f) Que no presente caso, ainda que se cogitasse ter havido uma distribuição disfarçada de lucros, não haverá que se falar em exigência do IRPJ e da CSLL com base nas regras de DDL, pois não terá sido verificado qualquer falta de recolhimento de tributos no período;
- g) Que se as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL apuradas pelo Recorrente foram impactadas apenas pela variação das cotas do Fundo Orion e os fundos não foram desconsiderados, é evidente que a apuração das bases autuadas somente poderia se dar com base nesses valores;
- h) Que tomando-se em consideração o ano-calendário de 2015, por exemplo, é evidente que não caberia a "glosa de despesas" no valor de R\$ 791.518,218,43 se o Recorrente não registrou qualquer despesa relacionada a essas transações nesse período;
- i) Que também não procede a argumentação desenvolvida pela Turma Julgadora no sentido de que, em relação ao ano calendário de 2015, apesar de o Recorrente não ter deduzido despesas financeiras relacionadas ao Fundo Orion, estaria correta a exigência do IRPJ e da CSLL pelo fato de que o Recorrente deveria ter registrado, nesse período, receita financeira superior àquela reconhecida, já que o lançamento fiscal em análise está

fundamentado nas normas contidas nos artigos 528, inciso VI, do RIR/18 e artigo 531, inciso V, do RIR/18 que tratam de hipótese de indedutibilidade de despesas, e não de reconhecimento menor de receitas;

- j) Que se foi constatado que o lançamento fiscal, apesar de ter sido formalizado com base nas regras de DDL, teve as suas bases apuradas com base em critério distinto daquele previsto nessas regras, é evidente que a conclusão somente pode ser a de que o lançamento fiscal é nulo;
- k) Que tendo em vista que os fundos de investimento em comento não foram desconsiderados nesses autos, o que foi já detalhado anteriormente, é evidente que os ajustes de marcação a mercado não poderiam ter sido excluídos pela Autoridade Fiscal para apurar as bases autuadas, já que esses valores se referem a lançamentos contábeis feitos por outra entidade (Fundo Procyon);
- l) Que a Turma Julgadora sustentou que competiria ao Recorrente demonstrar que os valores reconhecidos na planilha elaborada pela Autoridade Fiscal como "não classificados" não poderiam ser qualificados como " hedge imperfeito" e "swap especulativo", e que esse entendimento não merece prosperar, pois se o período de apuração do IRPJ e da CSLL somente se encerrou em 31/07/ 2016,é evidente que os valores de liquidação de julho deveriam ter sido computados na apuração das bases autuadas, especialmente considerando-se que os parâmetros desses contratos foram definidos antes da aquisição das operações do Recorrente pelo Grupo Bradesco; e
- m) Que em relação ao resultado dos contratos qualificados como “não classificados”, é evidente que o ônus da prova é da Autoridade Fiscal. Realmente, se o critério adotado pela Autoridade Fiscal para negar a dedutibilidade das despesas foi a classificação de contratos como " hedge imperfeito" e "swap especulativo" (de forma contraditória, repita-se, com o fundamento legal da autuação fiscal que trata de DDL), é evidente que caberia a essa demonstrar, de forma detalhada, o motivo pelo qual os contratos “não classificados” reuniriam as características para serem enquadrados em algumas dessas duas categorias;
- n) **No mérito**, pontua que a DRJ partiu de premissas fáticas e jurídicas equivocadas para entender que haveria um suposto favorecimento em razão de o Recorrente supostamente não ter "hedgeado" as exposições decorrentes dos contratos de swap celebrados pelo Fundo Procyon e o HSBC USA;
- o) Que do ponto de vista fático, ao contrário do que foi afirmado pela Turma Julgadora no acórdão recorrido, as exposições advindas nos contratos de swap celebrados entre o Fundo Procyon e o HSBC USA foram objeto de neutralização no âmbito da estrutura de gestão de riscos em bases consolidadas, dentro de sua estratégia de gerenciamento de riscos em bases consolidadas e neutralizadas mediante derivativos na Bolsa de

futuros e/ou por meio de derivativos de balcão cujos ativos subjacentes implicavam exposições inversas àquelas assumidas pelo Fundo Procyon;

- p) Que o Recorrente, na qualidade de instituição financeira, está sujeito a regras rigorosas emitidas pelo CMN e pelo Bacen, que, para preservar a saúde e estabilidade do Sistema Financeiro Nacional, restringem a capacidade de exposição das instituições financeiras a fatores de risco de mercado;
- q) Que o Recorrente jamais deixou (e nem mesmo poderia) de considerar as exposições advindas dos contratos de swap celebrados entre o Fundo Procyon e o HSBC USA na sua política de gestão de riscos em bases consolidadas;
- r) Que ainda que se pudesse assumir que as exposições advindas desses contratos não teriam sido objeto de cobertura, o que, por óbvio, alega-se apenas para argumentar, fato é que a consequência jurídica disso jamais seria a caracterização de uma DDL - único fundamento do TVF, já que a aplicação da regra de DDL pressupõe que as partes ligadas realizem transações em condições de favorecimento, o que de forma alguma se confunde com a celebração de transações sujeitas à álea;
- s) Que caso o Recorrente não tivesse "hedgeado" as exposições advindas dos contratos de swap celebrados entre o Fundo Procyon e o HSBC USA, o que se alega para fins argumentativos, isso também não geraria qualquer benefício à suposta pessoa ligada (HSBC Holding PLC);
- t) Que a acusação fiscal acerca de uma suposta distribuição disfarçada de lucros é também inaceitável em razão de os contratos de swap firmados entre o Fundo Procyon e o HSBC USA possuírem natureza de renda variável, isto é, terem resultado financeiro de impossível mensuração no momento de celebração do contrato pelas partes, de modo que pela própria natureza dos contratos de swap não era possível que o Recorrente realizasse uma distribuição disfarçada de lucros ao HSBC Holding PLC;
- u) Que deve este E. CARF afastar de pronto a acusação de DDL no presente caso, uma vez que o acionista controlador direto do Recorrente (HSBC Latin America Holdings (UK) Limited) não tem interesse no HSBC USA, já que somente na ausência de um acionista controlador direto é que o legislador autorizou por meio do referido dispositivo legal que seja identificado o chamado acionistas controlador indireto (HSBC Holding PLC). Ademais disso, ressaltou a impossibilidade de aplicação das regras de DDL pelo fato de a suposta parte ligada (HSBC Holding PLC) não ser uma sociedade sediada no Brasil, e porque ela não teve qualquer incremento patrimonial em decorrência das operações objeto dos autos;
- v) Que a Turma Julgadora reconheceu, ainda que implicitamente, o equívoco incorrido pela Autoridade Fiscal, ao afirmar que "o que ocorreu, na verdade, foi uma redução da posição vendida: — como, no final do dia

17/06/2014, o Interessado estava vendido em contratos futuros DDIF15, a "compra" realizada em 18/06/2014 se deu por mera compensação, resultando daí uma posição líquida vendida de 7.405 contratos."(f). 49 do acórdão recorrido);

- w) Que sobre o assunto, deve-se esclarecer que não houve uma opção do Recorrente pela compensação, posto que a B3, para controle das posições em aberto de participantes do mercado em produtos financeiros, compensa posições Inversas em produtos fungíveis, como é o caso do contrato DDI, vide Manual de Administração de Risco da Câmara B3;
- x) Que do ponto de vista económico, a "compensação" de posições gera os mesmos efeitos de uma manutenção de posições opostas em um mesmo produto financeiro, de modo que além de não ser operacionalmente possível, verifica-se que é totalmente irrazoável assumir que o hedge somente teria ocorrido caso o Recorrente tivesse mantido, perante a B3, posições opostas nos contratos DDIF15, tal como afirmado no acórdão recorrido;
- y) Por fim, que não cabe ao Fisco limitar a autonomia da vontade e liberdade de iniciativa dos contribuintes que visam a melhor forma de gerir seus negócios. Neste caso, é nítido que o caminho adotado pelo Recorrente e pelas demais entidades aqui tratadas foi escolhido com base em razões totalmente alheias aos efeitos fiscais.

Por fim, a Fazenda apresentou contrarrazões (fls. 1.874/1.858), requerendo que seja negado provimento ao Recurso Voluntário, sob a alegação de que:

- a) Não há que se falar em nulidade por vício na motivação, tendo em vista que a motivação do lançamento foi feita de forma minuciosa, bastando a leitura do Relatório Fiscal para constatá-lo, o que afasta qualquer vício;
- b) Que os supostos vícios na quantificação da matéria tributável correspondem à insatisfação da autuada quanto aos critérios de apuração adotados pela fiscalização, assim não constituem hipóteses de nulidade, mas sim questões de mérito a serem discutidas e definidas no bojo do contencioso fiscal, bem como que mesmo que sejam verificados tais vícios, seria o caso de revisão do lançamento e não da sua nulidade;
- c) Que as supostas operações de hedge verificadas pela fiscalização permitiram dissimular a transferência de receitas da sociedade brasileira para a entidade do grupo sediada no exterior, i.e., as operações com derivativos foram consideradas instrumentos para profit shifting, impondo-se o reconhecimento de distribuição disfarçada de lucros – DDL;
- d) Que os chamados swaps especulativos não se caracterizam, nem mesmo em tese, como operações de proteção e, portanto, não podem ser deduzidos nos termos da Lei n. 8.981/95, valendo frisar que dentre as operações com finalidade especulativa houve a realização de operação alavancada,

envolvendo valor manifestamente superior ao próprio patrimônio líquido do fundo, o que obsta, em absoluto, a classificação como operação de cobertura;

- e) Que no tocante às demais operações, embora o recorrente defenda que sua estratégia de proteção de risco foi eficaz, não é essa a realidade que se extrai do arcabouço probatório coligido aos autos. Conforme já colocado na descrição da infração, a instituição bancária brasileira suportou prejuízos nas operações com sua contraparte não residente e também nas operações com clientes no Brasil, de modo que a perda nas duas pontas contrária o próprio conceito de hedge;
- f) Que o Pronunciamento CPC 38 e a Carta Circular BACEN n. 3.082/02 estabelecem critério objetivo segundo o qual, para classificar-se como operação de hedge, as transações devem assegurar compensação de perdas circunscrita ao intervalo de variação de 80% e 125%;
- g) Que de acordo com o Pronunciamento CPC 48 “*a entidade deve avaliar se a relação de proteção atende aos requisitos de efetividade de hedge*”, evidenciando a relevância da avaliação e do monitoramento, mas que no caso concreto, o contribuinte não controlava as operações de hedge, e não buscou sequer mensurar sua efetividade, nem, por consequente, adotar medidas para aumentá-la, embora os resultados fossem extremamente negativos;
- h) Que embora os Fundos ORION e PROCYON fossem entidades distintas, não foi feita análise de risco para seus ativos, nem, muito menos, o gerenciamento específico dos riscos das operações cuja finalidade alegadamente era hedge, de modo que o sujeito passivo descumpriu as disposições impostas pelo OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP Nº 01/2004; pelo item 39.88 do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP 01/2005; pelo item 88 do Pronunciamento Técnico CPC n.º 38 e pelo item 57 do Pronunciamento Técnico 14 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis;
- i) Que é incompatível a avaliação global de risco e a avaliação de eficácia de operações de hedge, que servem para cobertura de riscos específicos, sendo que a legislação exige que se faça o controle da eficácia das operações de hedge, compreendendo delimitação, mensuração e acompanhamento;
- j) Que os contratos entre Fundo PROCYON e HSBC BANK USA violam a previsão da Circular BACEN n.º 3.082/2002 que veda seja a operação de hedge contratada com pessoa do mesmo grupo econômico;
- k) Que nos termos dos itens 5 e 6 Pronunciamento Técnico CPC 36 PROCYON e ORION devem ser consolidados juntamente com KIRTON BANK, pois esta entidade financeira exercia controle sobre os referidos fundos;

- l) Que em uma operação entre membros de mesmo conglomerado financeiro, não há proteção ao risco, apenas transferência à pessoa ligada. No caso concreto, o recorrente assumiu riscos em benefício do HSBC BANK USA e essa assunção permitiu a canalização dos lucros para a entidade situada no exterior. Concluiu-se, assim, que a transferência de riscos e de prejuízos efetivos foi a estratégia adotada pelo contribuinte para promover o profit shifting entre o banco brasileiro e o HSBC BANK USA e, a partir deste, a distribuição de lucros ao controlador HSBC HOLDING PLC;
- m) Que as operações realizadas por meio do Fundo PROCYON resultaram em perdas significativas e constantes, e mesmo assim a KIRTON BANK aportou novos recursos que foram empregados nas mesmas operações geradoras de prejuízos, i.e., insistiu nas contratações de swap malsucedidas, de modo que não há qualquer lógica negocial em tais operações;
- n) Que a permissão do gestor para que a instituição sofresse perdas ao longo de quase três anos consecutivos, sem adotar qualquer providência para reverter esse quadro, somente encontra explicação no fato de se tratar de sociedades componentes do mesmo grupo econômico;
- o) Que essa constatação é corroborada ante a comparação dos resultados encontrados nas operações de hedge contratadas por fundo controlado pelo KIRTON BANK que negociava com partes independentes, como é o caso do fundo TELLUS;
- p) Que não há relação de incompatibilidade entre contratar em condições de favorecimento e operações de renda variável ou sujeitas a risco, e que ainda que riscos de mercado imprevisíveis pudessem afetar alguns dos contratos, o argumento esbarra na constatação de que as operações continuaram a ser realizadas por prazo de quase três anos, embora as perdas fossem recorrentes;
- q) Que o art. 60 do Decreto-lei 1.598/77 não exige a demonstração do ganho constitutivo da evasão fiscal, assim é manifesta a ausência de supedâneo jurídico para condicionar a incidência da norma a auferimento de ganho pela HSBC HOLDING PLC;
- r) Que o favorecimento não apenas foi demonstrado pela autoridade fiscal como restou devidamente mensurado. O aspecto quantitativo da exação foi apurado a partir do exame das operações realizadas em condições de favorecimento e, portanto, a parcela indedutível das despesas foi determinada de forma líquida e certa, atendendo à exigência do art. 142 do CTN;
- s) Que não cabe separar parcela correspondente ao favorecimento, uma vez que a própria realização das operações ocorreu com o fim de viabilizar a Distribuição Disfarçada de Lucros, importando, então, em classificar a

totalidade dos valores envolvidos nas operações como lucro distribuído disfarçadamente;

- t) Que a variação das quotas do Fundo ORION não reflete adequadamente as perdas incorridas pelo KIRTON BANK nas operações de swap, nem tampouco os ganhos propiciados à contraparte, pois, no mesmo Fundo, havia outros investimentos que geravam resultados positivos, i.e., o resultado da variação das quotas não correspondia às perdas incorridas, pois o patrimônio líquido do fundo foi afetado (positivamente) pelos resultados dos outros ativos da entidade;
- u) Que a fiscalização não está obrigada a qualquer procedimento específico de desconsideração de entidades, já que a lei em sentido estrito impõe à autoridade fiscal que tribute de acordo com os negócios efetivamente realizados, sendo desnecessário o desfazimento do negócio simulado, e que no caso, os fundos foram considerados entidades interpostas, não se exigindo sua “desconsideração” para que os lucros distribuídos sejam computados com base no valor das operações realizadas;
- v) Que a qualificação da multa decorre do fato de que essas operações foram realizadas mediante (i) interposição de entidades (dois fundos de investimentos) e (ii) a simulação de operações de swap. O meio para realizar a DDL foi a simulação;
- w) Que não óbice de que sejam aplicadas ao contribuinte faltante, diante de duas infrações tributárias, duas penalidades que possuam a mesma base de cálculo, e que a proibição do bis in idem pretende evitar é a dupla penalização por um mesmo ato ilícito, e não, propriamente a utilização de uma mesma medida de quantificação para penalidades diferentes, decorrentes do cometimento de atos ilícitos também diferentes.

É o relatório do essencial.

Voto Vencido

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

No mais, em que pese os claros argumentos da DRJ, da análise dos autos é fácil constatar que o Recurso Voluntário apresentado, constitui-se basicamente em reprodução da impugnação cujos argumentos foram detalhadamente apreciadas pelo julgador *a quo*.

Cumprе ressaltar a facultade garantida ao julgador pelo inc. I, § 12º do Art. 114 do novo Regimento Interno do CARF (aprovado pela Portaria n. 1.634 de 21 de dezembro de 2023):

Art. 114. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes, ausentes e impedidos ou sob suspeição, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos, a matéria em que o relator restou vencido e o voto vencedor.

§ 1º O relator deverá formalizar o acórdão no prazo de quinze dias, contado da movimentação dos autos para essa atividade.

(...)

§12. A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante:

I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida; e

II - referência a súmula do CARF, devendo identificar seu número e os fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento a eles se ajusta.

Da análise do presente processo, entendo ser plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Assim, inclusive na matéria relativa à concomitância da multa isolada e de ofício vencida no voto condutor, desde já proponho a manutenção da decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, considerando-se como se aqui transcrito integralmente o voto da decisão recorrida, na parte que se aplica:

VOTO VENCIDO

A impugnação é tempestiva e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Dela resolvo conhecer.

– DAS QUESTÕES PRELIMINARES

– DAS ARGUIÇÕES DE NULIDADE

Da alegação de vício de fundamentação

A primeira arguição de nulidade está fundamentada em um suposto vício de fundamentação do lançamento. O Interessado afirma que a autoridade lançadora teria deixado de indicar os motivos da desconsideração dos fundos ORION e PROCYON, condição, a seu ver, necessária para a comprovação de sua participação nas operações questionadas. Alega, por conta disso, ter sofrido cerceamento do seu direito de defesa.

Com a devida vênia, o alegado vício de fundamentação não existe.

As razões que fundamentaram o lançamento estão expostas de forma clara e minuciosa no Relatório Fiscal (“REFISC”).

Pode-se até discordar do entendimento da Fiscalização. O que não se pode dizer é que tenha havido vício de fundamentação.

Tanto não houve que o Interessado conseguiu contraditar eficientemente todos os pontos da acusação, o que demonstra sua perfeita compreensão da matéria autuada.

Isto posto, rejeito esta primeira arguição de nulidade.

Da alegação de ausência de liquidez e certeza da base tributável

O KIRTON BANK enumera, em seguida, uma série de equívocos supostamente cometidos pela autoridade lançadora, os quais, no seu entender, teriam retirado a liquidez e a certeza da base tributável, inquinando de nulidade o lançamento.

Os erros apontados pelo Interessado foram, em síntese, os seguintes: — ausência de apresentação de parâmetros comparativos que possibilitassem quantificar o suposto lucro distribuído disfarçadamente; exclusão injustificada dos ajustes de marcação a mercado; desconsideração das liquidações de operações de *swap* ocorridas no mês de julho de 2016; e glosa indevida de perdas vinculadas a contratos identificados como “não classificados”.

Mesmo sem descartar a possibilidade de a autoridade lançadora haver cometido os equívocos acima mencionados, não vislumbro aqui nenhum caso de nulidade.

No âmbito do processo administrativo fiscal, somente se consideram nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa (art. 59, incisos I e II, do Decreto n.º 70.235, de 1972). As demais incorreções ou omissões, quando resultem em prejuízo para o sujeito passivo, devem ser objeto de saneamento, não constituindo causa de nulidade (art. 60 do Decreto n.º 70.235, de 1972).

Ora, os possíveis erros que o Interessado afirma haverem sido cometidos pela Fiscalização dizem respeito à quantificação da matéria tributável. Uma vez confirmados, podem ensejar a retificação da base de cálculo dos tributos lançados, sem dar causa, todavia, à invalidação do lançamento como um todo.

Diante do exposto, rejeito esta segunda preliminar de nulidade, deslocando para o capítulo do mérito a análise das questões aqui suscitadas.

– DO MÉRITO

– DAS OPERAÇÕES FISCALIZADAS

II.1.a) Da questão do propósito negocial da estrutura de investimentos adotada

Conforme já relatado, pesa contra o contribuinte KIRTON BANK a acusação de haver promovido, nos anos de 2014, 2015 e 2016, distribuição disfarçada de lucros para a sua acionista controladora, no caso, a sociedade HSBC HOLDINGS PLC, sediada no Reino Unido. De acordo com a autoridade lançadora, essa distribuição de lucros teria sido implementada com a utilização de dois fundos de investimento, um nacional (ORION) e outro *offshore* (PROCYON), que possibilitaram que o KIRTON BANK fechasse, no exterior, contratos de *swap* em condições de favorecimento para a sociedade HSBC BANK USA, subsidiária norte-americana do mesmo grupo econômico do qual fazia parte (o grupo HSBC internacional).

Na parte introdutória de sua defesa, o Interessado procura justificar o propósito negocial da estrutura de investimentos por ele criada, enfatizando que as operações em questão foram todas praticadas no estrito exercício das atividades típicas dos agentes envolvidos (fls. 1.143 e ss.):

(...)

Com relação a este ponto, cumpre destacar que o foco da discussão não é o propósito negocial da estrutura de investimentos criada pelo KIRTON BANK.

Aliás, em momento nenhum foi posta em dúvida a necessidade de o Interessado neutralizar sua exposição ao risco. Nem houve, por parte da Fiscalização, qualquer questionamento quanto aos instrumentos financeiros utilizados para atingir a proteção almejada.

O problema reside em saber se os contratos de *swap* fechados com o HSBC BANK USA, através do FUNDO PROCYON, tiveram seus riscos efetivamente protegidos por operações de *hedge* realizadas no Brasil, ou se esta proteção foi apenas dissimulada, de modo a favorecer a referida contraparte e permitir a distribuição disfarçada de lucros para o controlador do grupo.

É disso que trata a acusação fiscal. E é com foco nesse ponto que devem ser examinadas as alegações de defesa do contribuinte.

II.1.b) Da questão da comprovação da participação do contribuinte nas operações de *swap* realizadas com o HSBC BANK USA

Antes de tratar dos temas relativos à efetividade das operações de *hedge* e ao suposto favorecimento do HSBC BANK USA, permito-me examinar uma outra questão levantada na peça impugnatória, concernente à comprovação da participação do Interessado nas operações investigadas na ação fiscal.

O KIRTON BANK sustenta que não tomou parte nos contratos de *swap* fechados com o HSBC BANK USA, alegando que as operações em questão foram realizadas pelo FUNDO PROCYON, que tinha, como único investidor, o FUNDO ORION. Deste modo, para que a Fiscalização pudesse lhe imputar qualquer participação nos aludidos contratos, deveria apresentar as razões que a levaram a desconsiderar os mencionados fundos (fls. 1.151 e ss.):

(...)

Também aqui, não vejo como dar razão ao Interessado.

Os documentos coligidos pela Fiscalização demonstram, de forma contundente, que o KIRTON BANK tomou parte, sim, nas operações investigadas.

A alegação do Interessado de que não fechou nenhum contrato com o HSBC BANK USA só se sustenta na aparência formal. Um rápido exame dos atos constitutivos dos FUNDOS ORION e PROCYON já basta para demonstrar a absoluta insubsistência dos argumentos de defesa.

De fato, o ORION era um fundo exclusivo onde o KIRTON BANK ocupava as posições de único investidor e gestor (cfr. item 6.1.1 do REFISC). Deste modo, era o KIRTON BANK quem definia a estratégia de aplicação dos seus recursos, escolhendo, com plena autonomia, os ativos nos quais o fundo deveria investir.

Além disso, o KIRTON BANK também era o gestor do fundo PROCYON, que tinha como único investidor, exatamente, o fundo ORION (cfr. item 6.2.1 do REFISC).

Ou seja, o Interessado tinha total poder de decisão sobre as aplicações de seus recursos. A iniciativa de fechar contratos de *swap* com o HSBC BANK USA foi um ato de sua livre vontade e consciência, devidamente respaldado nos seus poderes de gestão.

Diante de tais circunstâncias, e levando em conta a primazia da essência sobre a forma, não resta dúvida de que o KIRTON BANK foi a verdadeira contraparte do HSBC BANK USA nos contratos de *swap* aqui investigados.

Por outro lado, não há que se falar em “desconsideração” dos FUNDOS ORION e PROCYON. A infração cometida pelo KIRTON BANK nada tem a ver com a criação ou mesmo com a utilização abusiva dos referidos fundos. No tocante a este ponto, vale

registrar que a constituição de fundos exclusivos, ainda que geridos pelo próprio investidor, é perfeitamente lícita no Brasil.

O problema, repito, está em saber se os contratos de *swap* questionados pela Fiscalização foram efetivamente “hedgedos” ou se ficaram deliberadamente desprotegidos, de modo a favorecer a contraparte, no caso, o HSBC BANK USA.

Posta a questão nesses termos, entendo que a Fiscalização agiu corretamente, ao reconhecer a validade jurídica dos FUNDOS ORION e PROCYON, respeitando os efeitos das operações realizadas em condições consideradas equitativas, e desconstituindo apenas os efeitos das operações realizadas em condições de suposto favorecimento.

II.1.c) Da questão da efetividade das operações de *hedge*

No que tange à questão da efetividade do *hedge*, o Interessado alega que a sua estratégia de proteção de risco foi, sim, eficaz, na medida em que as perdas verificadas nas operações de *swap* fechadas com o HSBC BANK USA foram contrabalançadas com ganhos auferidos em operações realizadas no Brasil com clientes locais (fls. 1.148):

(...)

Decididamente, não é isso que os números revelam. Os relatórios da Fiscalização demonstram, de forma categórica, que os contratos qualificados como “*hedge* imperfeito” e “*swap* especulativo” não tiveram seus riscos neutralizados, sequer mitigados. Antes pelo contrário: — o Interessado experimentou perdas tanto nos contratos fechados no exterior com o HSBC BANK USA, quanto nas operações de *hedge* realizadas no Brasil, com clientes locais (cfr. item 7.11 do REFISC).

Conforme bem anotou a Fiscalização, esta dupla perda, experimentada nas duas pontas, contraria o próprio conceito de *hedge*, cuja adequada implementação permitiria ao Interessado contrabalançar ganhos e perdas entre as posições “hedgedas”, de forma a neutralizar ou, pelo menos, mitigar os riscos decorrentes das oscilações das variações de mercado.

O entendimento fazendário está, aliás, em perfeita consonância com o conceito de *hedge* adotado pelo art. 3º, Parágrafo 1º, da CIRCULAR BACEN nº 3.082, de 2002, que estabelece as normas a serem seguidas pelas instituições financeiras para o registro e avaliação contábil de instrumentos derivativos:

(...)

Como se pode perceber, o *hedge* é uma estratégia defensiva, que tem por finalidade neutralizar o risco decorrente das variações de preços ou índices que possam afetar a posição futura de determinado ativo ou passivo.

Para que se possa, portanto, falar em *hedge*, é preciso que o objeto protegido e o instrumento financeiro protetor tenham seus valores negativamente correlacionados (ou seja, quando o valor do objeto protegido sobe, em função da alteração do preço ou do índice ao qual está atrelado, então o valor do instrumento financeiro protetor deve cair na mesma proporção). Daí, se uma ponta gera perda, espera-se que a outra ponta gere ganho, e vice-versa.

Como o objetivo do *hedge* é neutralizar o risco da operação, o resultado líquido de uma operação “hedgeda” deve tender a zero, sendo esperado que as perdas de uma ponta sejam compensadas com os ganhos da outra. A ocorrência de resultados líquidos expressivos, positivos ou negativos, significa que a proteção contra o risco não foi efetiva.

É claro que, numa situação real de mercado, nem sempre será possível uma compensação perfeita entre ganhos e perdas, haja vista as eventuais assimetrias que podem ocorrer entre o item protegido e o instrumento financeiro protetor, decorrentes de desalinhamentos nos seus termos críticos (datas de início, datas de vencimento, valores principais dos contratos, fatores de risco subjacentes etc.).

Por esta razão, o art. 5º, inciso II, da CIRCULAR BACEN nº 3.082, de 2002, estabelece, como condição para que uma determinada operação seja tratada como *hedge*, que as variações do item protegido sejam compensadas pelas variações do instrumento financeiro protetor num intervalo entre 80% (oitenta por cento) e 125% (cento e vinte e cinco por cento):

(...)

As demonstrações financeiras acostadas aos autos confirmam que o KIRTON BANK tinha conhecimento desta norma e a adotou, expressamente, como critério de aferição da efetividade de suas operações de *hedge* — fls. 650/651:

(...)

Ora, no caso em apreço, é patente que as operações de *hedge* desenhadas pelo KIRTON BANK foram inefetivas, já que houve perdas tanto nos contratos de *swap* firmados no exterior com o HSBC BANK USA, quanto nos contratos fechados no Brasil, que, em tese, lhes deveriam dar cobertura.

Seja no curso da ação fiscal, seja na impugnação, o Interessado não conseguiu demonstrar, em momento nenhum, a neutralização das perdas verificadas nos contratos tipificados como “*hedge* imperfeito” e “*swap* especulativo”.

II.1.d) Da análise do contrato de *swap* nº 1911197

O caso do contrato nº 1911197 ilustra perfeitamente a inexistência das alegadas operações de *hedge*. Este contrato, conforme destacado pela Fiscalização, gerou, sozinho, uma perdida ordem de R\$ 356 milhões (cfr. item 7.26 do REFISC).

O Interessado alega que esta perda teria sido neutralizada, na bolsa brasileira, por meio da compra de 25.105 contratos futuros de cupom cambial (fls. 1.148/1.449):

(...)

Sobre esta operação envolvendo contratos futuros de cupom cambial, o Interessado forneceu, ainda, as seguintes informações (fls. 1.395/1.396):

(...)

Observe-se que o Interessado fez questão de ressaltar a existência de alinhamento entre os termos críticos do contrato de *swap* e dos contratos futuros de cupom cambial — valores nominais, datas de início e vencimento e variáveis subjacentes —, o que comprovaria, em tese, a finalidade de *hedge* da operação (fls. 1.396/1.397):

(...)

Se fossem verdadeiras as informações acima prestadas, haveríamos de concluir que a proteção foi realmente alcançada. De fato, se os 25.105 contratos futuros de cupom cambial (código DDIF15) tivessem mesmo sido comprados em 18/06/2014 e liquidados em 02/01/2015, como faz supor a tabela elaborada pelo Interessado, o ganho auferido nesta negociação teria neutralizado a perda verificada no contrato de *swap* nº 1911197.

Acontece que a operação não se deu da forma como o Interessado narrou.

Em diligência realizada junto à B3, a Fiscalização apurou que o KIRTON BANK não manteve posição comprada de 25.105 contratos DDI F15 entre 18/06/2014 e 02/01/2015. O que ocorreu, na verdade, foi uma redução da posição vendida: — como, no final do dia 17/06/2014, o Interessado estava vendido em contratos futuros DDIF15, a “compra” realizada em 18/06/2014 se deu por mera compensação, resultando daí uma posição líquida vendida de 7.405 contratos.

É o que foi informado pela B3, tanto no Ofício nº 027/21-DF-DJU (fls. 1.502 e ss.), quanto no Ofício nº 033/21-DF-DJU (fls. 1.509 e ss.):

(...)

Diante dos fatos acima apurados, a Fiscalização concluiu — acertadamente — que as perdas verificadas no contrato de *swap* nº 1911197 não poderiam ter sido neutralizadas com os 25.105 contratos DDIF15. Confira-se o relatório da diligência (fls. 1.515 e ss.):

(...)

Em suas contrarrazões, o Interessado reiterou que houve uma compra de 25.105 contratos DDIF15, realizada em 18/06/2014, afirmando que esta operação neutralizou a exposição advinda do contrato de *swap* nº 1911197 (fls. 1.542 e ss.):

(...)

Em termos algébricos, não há, realmente, diferença entre abrir uma posição comprada ou encerrar uma posição vendida por compensação. Do ponto de vista da relação de *hedge*, porém, estas operações não se equivalem.

Se o KIRTON BANK tivesse mantido uma posição comprada de 25.105 contratos DDIF15 desde a data de início até a data de maturidade do contrato nº 1911197, é indiscutível que a inversão protetiva estaria assegurada durante todo o prazo de execução do *swap*.

Ao optar, porém, pela compensação — ou seja, pela mera redução da sua posição vendida —, o Interessado dessubstanciou a operação de *hedge*, desfazendo o liame que devenecessariamente existir entre o objeto protegido e o instrumento financeiro protetor.

Basta ver que, por ocasião do vencimento do contrato nº 1911197, o KIRTON BANK não possuía nenhuma posição comprada em contratos DDIF15. Como, então, poderia ter neutralizado a perda de R\$ 356.105.486,51 verificada na liquidação do *swap*?

Este ponto foi bem percebido pela Fiscalização, que intimou, inclusive, o KIRTON BANK a prestar informações mais precisas sobre as aludidas operações com contratos DDIF15, de modo a “esclarecer os lançamentos contábeis realizados, evidenciando o valor, a data de início da operação e o seu histórico, bem como os valores e datas das liquidações parciais (se houver) e resultado final obtidos” — cfr. Termo de Intimação Fiscal nº 01, de 06/04/2001 (fls. 1.469).

Confrontado, no entanto, o Interessado esquivou-se.

Em sua resposta à intimação, limitou-se a afirmar que “empreendeu todos os esforços ao seu alcance para localizar documentos adicionais sobre as transações em questão, mas, dado que ocorreram há mais de cinco anos, não foi possível localizar informações adicionais” (fls. 1.471).

Para justificar, inclusive, o não fornecimento de informações sobre o resultado das referidas operações, alegou que “no procedimento de fiscalização, assim como no Relatório Fiscal (“RF”), não foram objeto de questionamento os resultados auferidos pelo Fiscalizado em contratos futuros, que são agora objeto de questionamento nesse Termo de Intimação Fiscal” (fls. 1.473)!

Como não foram? Pois então não estamos a verificar a alegada efetividade da estratégia de *hedge* adotada?

Não é preciso mais.

O que já foi trazido aos autos basta e sobeja para mostrar que a perda verificada no contrato de *swap* nº 1911197 não foi neutralizada por nenhuma operação de *hedge*.

II.1.e) Da alegada incompetência do Fisco para questionar as normas do BACEN

Prosseguindo em sua defesa, o Interessado contesta a acusação fiscal de que teria descumprido o art. 5º, inciso V, da CIRCULAR BACEN nº 3.082, de 2002 — que estabelece que as operações com instrumentos derivativos destinados a *hedge* não podem ter como contraparte empresa integrante do consolidado econômico-financeiro —, alegando, ainda, que as autoridades fiscais não possuem competência para questionar o cumprimento de normas regulatórias emitidas do Banco Central do Brasil (fls. 1.195 e ss.):

(...)

Embora mencionada no Relatório Fiscal, a alegada inobservância do art. 5º, inciso V, da CIRCULAR BACEN nº 3.082, de 2002, não constituiu fundamento para a exigência tributária, de- vendo ser entendida, aqui, como mero argumento de reforço da autuação, a bem dizer, um *obiter dictum*. E mesmo neste sentido, não me parece que tenha agregado qualquer informação relevante do ponto de vista fiscal.

De fato, as únicas consequências previstas para o descumprimento da referida norma regulatória são de natureza contábil, ficando a instituição financeira impedida de contabilizar suas operações de cobertura segundo as regras de *hedge accounting*. É o que dispõe, em outras palavras, o art. 5º, parágrafo único, da CIRCULAR BACEN nº 3.082, de 2002:

(...)

Importa destacar, por outro lado, é que o Auditor-Fiscal atuante não desqualificou, aprioristicamente, nenhuma operação de *hedge* sob a justificativa de descumprimento do art. 5º, inciso V, da CIRCULAR BACEN nº 3.082, de 2002.

Tanto isso é verdade que diversos contratos de *swap* celebrados com o HSBC BANK USA foram qualificados como “*hedge* perfeito”, sem que suas perdas houvessem sido questionadas pela Fiscalização (cfr. item 7.11 do REFISC).

Diante do exposto, reputo inócua qualquer discussão relativa ao descumprimento da supracitada norma regulatória.

II.2 – DA DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS

II.2.a) Da imputação de favorecimento

No entender da Fiscalização, o procedimento do KIRTON BANK “caminhou deliberadamente em sentido contrário à proteção que as operações exigiam, evidenciando que as perdas incorridas não resultaram de mera infelicidade, incúria ou incompetência, mas visaram a DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS do fiscalizado ao seu controlador internacional (HSBC Holding PLC), por meio da subsidiária norte americana do grupo (HSBC USA)” (cfr. item 8.14 do REFISC).

Firme neste entendimento, a autoridade fiscal enquadrou a conduta do Interessado no art. 528, inciso VI, do Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, aprovado pelo Decreto nº 9.580, de 2018 (“RIR/2018”):

(...)

O Interessado, por sua vez, contesta a acusação de favorecimento, alegando que a Fiscalização não apresentou nenhum parâmetro comparativo que demonstre que as operações investigadas tenham sido realizadas fora dos padrões de mercado (fls. 1.174 e ss.):

(...)

Alega, também, que a comparação feita entre as rentabilidades do FUNDO ORION e do FUNDO TELLUS não representa um critério válido para a caracterização do favorecimento (fls. 1.178 e ss.):

(...)

Quanto a este ponto, cumpre, desde já, desfazer um equívoco da peça de defesa.

Ao contrário do que supõe o Interessado, a imputação de favorecimento não está fundamentada na diferença entre as rentabilidades do FUNDO TELLUS e do FUNDO ORION.

A discrepância entre as performances dos referidos fundos, mencionada nos itens 8.12 e 8.13 do REFISC, foi usada apenas como argumento de reforço, no intuito de ressaltar a eficiência do KIRTON BANK na gestão de investimentos realizados com partes independentes, em contraposição à “ineficiência” do gerenciamento dos riscos atrelados às operações realizadas com o HSBC BANK USA.

O fato que realmente levou a Fiscalização a caracterizar o favorecimento foi a conduta deliberada do KIRTON BANK de não “hedgear” adequadamente centenas de operações de swap realizadas com o HSBC BANK USA, entidade integrante do mesmo grupo a que pertencia.

E, para chegar a esta conclusão, a Fiscalização serviu-se dos parâmetros de efetividade de hedge estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, que exigem, como já vimos, que os ganhos e perdas se compensem dentro do intervalo de 80% a 125%.

De observar que, à época dos fatos aqui examinados, os parâmetros previstos no art. 5º, inciso II, da CIRCULAR BACEN nº 3.082, de 2002, estavam alinhados com os padrões contábeis internacionais vigentes — mais exatamente com o IAS 39 (Financial instruments Recognition and Measurements), emitido pelo IASB, que também estabelecia, como requisito de efetividade do hedge, a compensação de resultados dentro do intervalo de 80% a 125%.

É claro que a inefetividade de uma operação de *hedge*, isoladamente considerada, não autoriza presumir que uma das partes tenha tido a intenção de favorecer a outra.

Já vimos que nem sempre é possível implementar uma operação de *hedge* perfeitamente eficaz, haja vista as eventuais assimetrias existentes nos termos críticos do item protegido e do instrumento financeiro protetor (datas de início, datas de vencimento, valores principais dos contratos, variáveis subjacentes etc.).

Uma vez, porém, detectadas situações de flagrante inefetividade do *hedge* — como é o caso dos autos, em que centenas de operações apresentaram, por longo período, perdas recorrentes nas duas pontas —, o mínimo que se pode esperar de um gestor profissional é que adote medidas de intervenção que possibilitem reequilibrar a equação de proteção.

Nem se trata, aqui, de dizer que o gestor do fundo está obrigado a entregar resultados positivos. Sua obrigação, indubitavelmente, é de meios, e não de fins. Isso não o autoriza, todavia, a atuar deliberadamente contra os interesses do fundo.

E foi isso o que ficou demonstrado no caso vertente. O KIRTON BANK, na posição de gestor dos FUNDOS ORION e PROCYON, assistiu passivamente, ao longo de três anos, à pulverização do seu patrimônio, sem adotar nenhuma medida que pudesse reverter esse quadro.

Só para que se tenha uma ideia da dimensão do prejuízo, as cotas do FUNDO PROCYON sofreram, no período em foco, uma desvalorização superior a 90% de seu valor inicial (cfr. item 6.2.4 do REFISC).

As perdas no FUNDO PROCYON afetaram, por sua vez, significativamente, os resultados do FUNDO ORION, gerando forte desvalorização nas suas cotas (cfr. itens 6.1.2 e 6.1.3 do REFISC).

Pior: — quanto mais as cotas do FUNDO PROCYON perdiam valor, mais o Interessado aplicava recursos em operações de *swap* com o HSBC BANK USA (cfr. item 6.2.6 do REFISC).

Chama, aliás, atenção o fato de as operações do FUNDO PROCYON haverem se resumido aos contratos de *swap* fechados com o HSBC BANK USA (cfr. item 6.2.3 do REFISC). Difícil encontrar uma razão econômica plausível para a exclusividade desta contraparte, diante de um cenário de perdas recorrentes que só vinham comprometendo a saúde financeira do fundo.

Esta atitude de indiferença diante da ocorrência de perdas tão expressivas causa ainda maior perplexidade, quando se leva em conta que o KIRTON BANK integrava, na ocasião, uma das maiores organizações de serviços financeiros e bancários do mundo, o Grupo HSBC, detentor de profunda *expertise* em investimentos e gerenciamento de riscos.

Tal fato não passou despercebido pela Fiscalização, que, diligentemente, intimou o Interessado, na condição de gestor dos fundos ORION e PROCYON, a apresentar os respectivos relatórios de gerenciamento de riscos — cfr. Termo de Intimação Fiscal n.º 11, de 07/11/2018 (fls. 363) e Termo de Intimação Fiscal n.º 13, de 23/11/2018 (fls. 367).

O Interessado, porém, não apresentou os relatórios que lhe foram pedidos, limitando-se a informar que as avaliações de risco dos fundos ORION e PROCYON eram realizadas considerando a exposição de risco de toda a tesouraria da instituição financeira, não existindo avaliações específicas para cada fundo (fls. 505).

Ora, está mais do que claro que o KIRTON BANK não quis se proteger dos riscos decorrentes das operações de *swap* realizadas com o HSBC BANK USA. Sua conduta passiva diante das recorrentes perdas verificadas nessas operações, aliada à sua falta de transparência na prestação de informações concernentes à sua política de gestão de riscos, confirmam o seu propósito de favorecer a referida contraparte, subsidiária norte-americana do Grupo HSBC.

O Interessado tenta se defender da acusação de favorecimento, argumentando que as perdas ocorridas nos contratos de *swap* fechados com o HSBC BANK USA eram imprevisíveis, já que se tratava de operações de renda variável (fls. 1.185 e ss.):

(...)

Ora, ninguém duvida que os contratos de *swap* estão atrelados a variáveis de mercado sobre as quais as partes não possuem ingerência. É claro que, ao operarem com tais contratos, as partes ficam expostas a um risco. E não há nada de errado nisso. Mas é exatamente para neutralizar estes riscos que se estruturam operações de *hedge* com exposição inversa.

A alegação do Interessado de que foi surpreendido pela brusca valorização do dólar frente ao real a partir do segundo semestre de 2014 pode até explicar as perdas experimentadas nos contratos de *swap* fechados com o HSBC BANK USA. Não justifica, porém, as perdas ocorridas nas operações que foram supostamente desenhadas para “hedgear” esses contratos de *swap*.

Se houve perda nas duas pontas, é porque o *hedge* foi inefetivo. E já vimos que essa inefetividade não resultou de um simples erro na estratégia de gerenciamento de riscos, massim de um deliberado propósito de favorecer a parte ligada.

De fato, as provas colhidas pela Fiscalização demonstram que o KIRTON BANK estava consciente dos riscos atrelados aos contratos de *swap* fechados com o HSBC BANK USA e tinha *expertise* e meios para implementar operações de *hedge* eficazes. Isto não obstante, optou por não se proteger desses riscos, aceitando deliberadamente as perdas que afinal se sucederam.

Não procede, portanto, a alegação do Interessado de que não teria como evitaras perdas agregadas aqui verificadas.

Ainda no intuito de afastar a imputação de favorecimento, a defesa junta um laudo elaborado por empresa de auditoria independente, atestando que os contratos de *swap* fechados com o HSBC BANK USA seguiram os parâmetros de mercado (doc. fls. 1.338/1.359).

Com base nesse laudo, o Interessado procura demonstrar a ausência de qualquer propósito de favorecer a referida contraparte (fls. 1.182 e ss.):

(...)

Convenientemente, o laudo encomendado pelo KIRTON BANK só se ocupou de uma das pontas da relação de *hedge*, a que diz respeito aos contratos de *swap* (objeto de proteção). Faltou examinar a outra ponta, que trata justamente das operações que alegadamente “hedgearam” os referidos contratos.

Fique isto bem claro: — a caracterização do favorecimento não se deu em razão de qualquer evidência de que os contratos de *swap* tenham sido celebrados em condições não comutativas, mas sim em virtude da conduta deliberada do KIRTON BANK de não se proteger dos riscos inerentes a tais derivativos, dissimulando operações de *hedge* sem nenhuma eficácia protetiva, que conduziram, afinal, a um cenário de perdas recorrentes.

Não há nada de errado no fato de as operações de *swap* fechadas com o HSBC BANK USA terem gerado perdas. É uma consequência natural das oscilações de mercado. O que não é natural, em se tratando de uma instituição financeira como o KIRTON BANK, é estruturar operações de *hedge* sabidamente inefetivas, com o propósito de favorecer uma contraparte pertencente ao mesmo grupo econômico.

Neste contexto, o laudo trazido pelo Interessado não traz nenhuma conclusão que infirme a acusação fiscal.

II.2.b) Da qualificação do controlador HSBC HOLDINGS PLC como “pessoa ligada”

Conforme já relatado, a Fiscalização entendeu que os lucros que o KIRTON BANK distribuiu disfarçadamente ao HSBC BANK USA afetaram, por equivalência patrimonial, o resultado do controlador HSBC HOLDINGS PLC (cfr. Item 8.16 do REFISC).

Por esta razão, o controlador HSBC HOLDINGS PLC foi qualificado como “pessoa ligada”, tendo sido a infração tipificada como “distribuição a sócio ou acionista controlador por intermédio de terceiros”, na forma do art. 530 do RIR/2018:

(...)

O Interessado questiona a qualificação do HSBC HOLDINGS PLC como “pessoa ligada”, alegando que a referida sociedade não seria sua controladora direta (fls. 1.191 e ss.):

(...)

Definitivamente, não há como acolher a alegação do Interessado.

A finalidade do parágrafo único do art. 530 do RIR/2018 é alcançar os negócios inequívocos realizados entre uma pessoa jurídica e seu controlador, quer este controle seja exercido de forma direta, quer de forma indireta.

A interpretação que a defesa pretende dar ao referido dispositivo, no sentido de que a existência de um controlador direto excluiria a possibilidade de o controlador indireto ser qualificado como “pessoa ligada”, contraria totalmente o propósito da lei.

A se prestigiar tal hermenêutica, estar-se-ia esvaziando quase que por completo o conteúdo da norma, sendo pouquíssimo provável encontrar, na prática, uma situação em que uma sociedade seja controlada apenas indiretamente, sem que qualquer de seus sócios, isoladamente ou em conjunto com outros, lhe detenha o controle direto.

II.2.c) Da alegada ausência de incremento patrimonial do HSBC HOLDINGS PLC

Prosseguindo em seu arrazoado, o Interessado contesta a acusação de que teria distribuído lucros disfarçadamente para o seu controlador, argumentando que as operações fiscalizadas não geraram nenhum incremento patrimonial para o HSBC HOLDINGS PLC (fls. 1.193 e ss.):

(...)

Também aqui, não assiste razão ao Interessado. A distribuição disfarçada de lucro configura-se com a simples realização de um negócio em condições de favorecimento, no qual se verifique uma perda para a pessoa jurídica fiscalizada e um correspondente ganho para o seu controlador ou para uma sociedade na qual este controlador tenha interesse. Não importa se a operação é contabilmente neutra dentro do grupo econômico.

Sendo assim, o fato de o KIRTON BANK haver experimentado perdas em decorrência de negócios realizados com o HSBC BANK USA em condições não comutativas é o quanto basta para configurar a distribuição disfarçada de lucros, não cabendo à Administração Tributária brasileira investigar se o ganho refletido no resultado do controlador HSBC HOLDINGS PLC foi compensado ou não dentro das demonstrações consolidadas do grupo econômico.

II.3 – DA APURAÇÃO DA BASE TRIBUTÁVEL

II.3.a) Da alegada inobservância do art. 531, V, do RIR/2018

A distribuição disfarçada de lucros foi quantificada pela Fiscalização, mensalmente, com base nas perdas líquidas apuradas por ocasião das liquidações dos contratos de “*hedge* imperfeito” e “*swap* especulativo”. Estas perdas foram consideradas indedutíveis, nos termos do art. 531, inciso V, do RIR/2018:

(...)

O KIRTON BANK questiona a base tributável apurada pela Fiscalização, alegando, para começar, que não apurou nenhuma perda no ano-calendário de 2015 (fls. 1.161 e ss.):

(...)

Na sequência, o Interessado chama a atenção para a incongruência entre o valor total tributado e o efeito total da variação do valor das cotas do FUNDO ORION nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (fls. 1.162 e ss.):

(...)

Fica nítido, pelos argumentos de defesa, que o Interessado se equivocou na compreensão da matéria tributada.

Confundiu as perdas decorrentes das operações de *swap* não comutativas realizadas por meio do FUNDO PROCYON (que constituem os valores a serem tributados) com o resultado líquido do FUNDO ORION (que leva em conta não apenas o resultado do FUNDO PROCYON, mas também o das outras aplicações que compõem a sua carteira).

É evidente que o efeito da variação das cotas do FUNDO ORION no resultado do Interessado não guarda equivalência com o montante dos lucros distribuídos disfarçadamente.

Quanto ao fato de o FUNDO ORION haver apresentado resultado líquido positivo no ano-calendário de 2015, isto não significa dizer, absolutamente, que as perdas geradas no FUNDO PROCYON deixaram de impactar o resultado do KIRTON BANK neste período.

Não resta dúvida que impactaram. Se as operações realizadas pelo FUNDO PROCYON em condições de favorecimento não tivessem gerado as perdas que geraram — ou se estas perdas tivessem sido neutralizadas por adequadas operações de *hedge* —, a receita financeira reconhecida pelo Interessado no ano de 2015 teria sido correspondentemente maior.

Finalizando este tópico, o Interessado alega que a Fiscalização não identificou a parcela da perda que teria caracterizado a condição de favorecimento (fls. 1.163 e ss.):

(...)

A queixa não procede.

O critério adotado para reconhecer a legitimidade das perdas foi a existência ou não de uma operação de *hedge* a dar cobertura aos contratos de *swap*.

Nos casos em que foi identificada uma operação de “*hedge* perfeito”, as perdas foram consideradas válidas. As perdas só foram glosadas nos casos em que não foi identificada uma verdadeira operação de *hedge*, ou seja, nos contratos qualificados como “*hedge* imperfeito” e “*swap* especulativo”.

Em face do exposto, rejeito a alegação do Interessado de que a Fiscalização teria aplicado incorretamente o art. 531, inciso V, do RIR/2018, na apuração da base tributável.

II.3.b) Da questão dos ajustes de Marcação a Mercado

O Interessado alega, também, que a Fiscalização teria excluído da base tributável, indevidamente, e sem qualquer motivação, os ajustes de marcação a mercado contabilizados pelo FUNDO PROCYON (fls. 1.164 e ss.):

(...)

A peça de defesa, neste ponto, trabalha com suposições equivocadas.

Antes de mais nada, é preciso deixar claro que a Fiscalização não questionou, em momento algum, os procedimentos contábeis do FUNDO PROCYON. Nem mesmo contestou os resultados apurados pelo referido fundo, nas operações de *swap* realizadas com o HSBC BANK USA.

O que a Fiscalização fez, apenas e tão somente, foi considerar os efeitos destas operações no resultado do KIRTON BANK, observando a legislação tributária brasileira.

Além disso, é preciso entender que os ajustes decorrentes da Marcação a Mercado dos contratos de *swap* já foram considerados no resultado do KIRTON BANK. O que se fez, apenas, foi segregar estes ajustes do resultado das operações de *swap*.

De fato, não se pode confundir o resultado apurado no contrato de *swap* (que constitui objeto de *hedge*), com a valorização ou desvalorização sofrida pelo contrato de *swap* em decorrência de sua avaliação a preço de mercado (que não é objeto de *hedge*).

Como é de todos sabido, a partir do ano de 2002, as instituições financeiras e os fundos de investimento passaram a avaliar, periodicamente, seus instrumentos derivativos a valor de mercado, por força das normas regulatórias do Banco Central do Brasil (art. 2º da CIRCULAR BACEN nº 3.082, de 2002; e art. 2º da CIRCULAR BACEN nº 3.086, de 2002).

Antes disso, esses instrumentos costumavam ser registrados no balanço pelo valor de aquisição. Este método, denominado de “custo histórico”, acabava todavia por mascarar o seu valor de mercado na contabilidade. O procedimento de Marcação a Mercado (“MaM”) veio possibilitar que os valores contábeis dos títulos ficassem alinhados com os seus valores de mercado, o que trouxe maior transparência para as demonstrações financeiras e maior proteção para o investidor.

Assim, na sistemática da Marcação a Mercado, os valores contábeis dos derivativos são periodicamente atualizados, computando-se os ajustes relativos à sua valorização ou desvalorização em contrapartida a contas de receita ou despesa.

Ora, no caso em apreço, não houve nenhum questionamento, por parte da Fiscalização, quanto aos ajustes de Marcação a Mercado dos contratos de *swap*. Tais ajustes foram levados normalmente a resultado, sem qualquer contestação.

As infrações apuradas no presente processo têm a ver, exclusivamente, com as perdas verificadas nas operações de *swap*, e não com o valor de mercado dos contratos de *swap*.

Trata-se de grandezas diversas, que buscam espelhar fenômenos diversos. O resultado apurado em um contrato de *swap* é consequência das variações das taxas, dos preços ou dos índices contratados. Já o valor de mercado do contrato de *swap* tem a ver com o cenário econômico, com o apetite dos investidores etc.

Diante do exposto, reputo correto o procedimento adotado pela Fiscalização, no sentido de segregar da base tributável os ajustes decorrentes da Marcação a Mercado.

II.3.c) Da questão dos resultados auferidos no mês de julho de 2016

Alega, também, o KIRTON BANK que a Fiscalização deixou de considerar, em seus cálculos, os resultados auferidos no mês de julho de 2016, que reduziriam em R\$ 41.118.631,28 a base tributável (fls. 1.166 e ss.):

(...)

O questionamento do Interessado não procede. Explico por quê.

A infração apurada pela Fiscalização teve por escopo a distribuição disfarçada de lucros do KIRTON BANK para o seu controlador — no caso, a sociedade HSBC HOLDINGS PLC, *holding* do Grupo HSCBC internacional. Esta distribuição, conforme já vimos, foi operacionalizada mediante realização de negócios não comutativos envolvendo o KIRTON BANK e o HSBC BANK USA, que nada mais era do que a subsidiária norte-americana do Grupo HSBC internacional.

Foi, portanto, essa cadeia de partes relacionadas, todas integrantes do mesmo grupo econômico, que viabilizou a implementação das operações não comutativas.

Tal cenário, todavia, foi desfeito em 01/07/2016, quando se efetivou a aquisição do KIRTON BANK pelo Grupo Bradesco.

A partir desta data, o KIRTON BANK deixou de integrar o Grupo HSBC internacional, desfazendo-se, portanto, a relação de controle que o vinculava ao HSBC HOLDINGSPLC.

Logo, os resultados dos contratos de *swap* liquidados após 01/07/2016 — sejam positivos, sejam negativos — não podem ser somados aos valores aqui tributados, pois dizem respeito ao Grupo Bradesco, e não ao Grupo HSBC.

II.3.d) Das perdas nos contratos identificados como “não classificados”

Na consolidação dos valores da distribuição disfarçada de lucros, a Fiscalização glosou algumas perdas com contratos identificados como “não classificados” — cfr. planilha de fls. 880:

(...)

Por ocasião da apresentação da impugnação, o Interessado questionou a glosa dessas perdas, alegando ausência de motivação (fls. 1.167):

A identificação ambígua dos referidos contratos suscitou, realmente, dúvida quanto à motivação das glosas. A Fiscalização, todavia, prestou, em diligência, os esclarecimentos necessários, explicando que se tratou de um simples erro material na confecção da planilha (fls. 1.376):

(...)

O Interessado, em suas contrarrazões, alega que os esclarecimentos da Fiscalização não foram suficientes para dirimir as dúvidas (fls. 1.390 e ss.):

(...)

O Interessado equivocou-se, todavia, quanto à atribuição do ônus da prova.

Uma vez evidenciado o erro material na confecção da planilha, e tendo sido demonstrado que os contratos “não classificados” tinham sido inicialmente classificados como “hedge imperfeito” e “swap especulativo”, caberia ao Interessado, no prazo de apresentação de contrarrazões, provar que os referidos contratos não se enquadravam em tal categorização, afinal os critérios adotados pela Fiscalização já eram de seu inteiro conhecimento.

II.4 – DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

II.4.a) Dos questionamentos acerca da qualificação da multa

No que diz respeito à questão da qualificação da multa, o Interessado argúi, primeiramente, vício de motivação, alegando que a Fiscalização deixou de indicar, de

forma individualizada, as condutas que que teriam configurado sonegação, fraude e conluio (fls. 1.204 e ss.):

(...)

O Interessado afirma, também, que não restou caracterizada, nos autos, nenhuma conduta dolosa que pudesse ser configurada como sonegação, fraude ou conluio (fls. 1.205e ss.):

(...)

E argumenta, ainda, que a simulação não figura entre as hipóteses autorizativas de qualificação, previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964 (fls. 1.209 e ss.):

(...)

Antes de mais nada, cumpre rechaçar a alegação de vício de motivação.

Ao contrário do que afirma o Interessado, as condutas que deram causa à qualificação da multa foram descritas, sim, de forma individualizada pela Fiscalização. Quanto a este ponto, aliás, o Relatório Fiscal apresenta um conjunto robusto de fatos, que, examinados de forma integrada, comprovam a intenção do contribuinte de reduzir as bases tributáveis do IRPJ e da CSLL, através de perdas geradas em operações simuladas de *hedge*, propositadamente inefetivas.

Ao praticar estas operações simuladas, em ajuste com entidades integrantes do mesmo grupo econômico a que pertencia, o Interessado, indubitavelmente, modificou as características essenciais dos fatos geradores das obrigações tributárias, impedindo que o Fisco tomasse conhecimento dos mesmos.

Claro está, portanto, que os atos praticados pelo Interessado se enquadraram nas molduras típicas de sonegação, fraude e conluio, descritas nos arts. 71, 72 e e 73 da Lei nº 4.502, de 1964:

(...)

E nem se alegue que não houve comprovação do dolo. Conforme já tivemos oportunidade de verificar, na análise dos itens precedentes, os elementos de prova reunidos pela Fiscalização evidenciaram, de forma categórica, a conduta deliberada do KIRTON BANK de não neutralizar os riscos de centenas de operações de *swap* fechadas com o HSBC BANK USA, dissimulando operações de *hedge* propositadamente inefetivas.

Quanto à afirmativa do Interessado de que simulação não poderia servir de fundamento para a qualificação da multa, porque não figura entre as hipóteses descritas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, creio que há aí um erro de interpretação da norma. A simulação pode, perfeitamente, ser implementada mediante uso de fraude, como pode também ser engendrada com finalidade de sonegação, nada impedindo, inclusive, que seja praticada em conluio com terceiros.

E foi exatamente o que ocorreu no caso em apreço. As operações dissimuladas de *hedge*, praticadas em conluio com pessoa ligada, visaram a modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária, impedindo, assim, que o Fisco tivesse conhecimento da sua ocorrência.

O Interessado argumenta, por outro lado, que os mesmos fatos usados para tipificar a distribuição disfarçada de lucros não podem ser usados para agravar a multa (fls. 1.208):

(...)

Afirma, ainda, que a aplicação da multa qualificada sobre valores tributados como lucros distribuídos disfarçadamente configura *bis in idem* (fls. 1.208 e ss.):

(...)

Com a devida vênia, não é verdade que os fatos tipificadores da distribuição disfarçada de lucros tenham sido os mesmos usados para justificar a qualificação da multa.

Conforme já vimos, o que caracterizou a distribuição disfarçada de lucros foi a realização de negócios jurídicos em condições de favorecimento para uma pessoa ligada.

Não foi este fato, porém, que serviu de fundamento para a qualificação da multa, afinal, o favorecimento concedido a uma parte ligada em determinado negócio não configura, por si só, fraude, sonegação ou conluio.

Na verdade, o agravamento da multa de ofício decorreu do fato de o KIRTON BANK haver dissimulado falsas operações de *hedge*, deixando propositadamente de se proteger dos riscos advindos das operações de *swap* celebradas com o HSBC BANK USA.

Não há, portanto, nenhum *bis in idem* na aplicação da multa qualificada sobre os valores tributados como distribuição disfarçada de lucros.

II.4.b) Da alegação de confisco

O Interessado questiona, também, a constitucionalidade de uma multa equivalente a 150% do tributo devido. Alega que a aplicação de uma penalidade neste patamar configura autêntico confisco, violando, portanto, o art. 150, inciso VI, da Constituição Federal (fls. 1.210 e ss.):

(...)

Afirma, também, que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a repercussão geral do tema, no Recurso Extraordinário n.º 736.090, e pleiteia, por conta disso, o sobrestamento do presente processo (fls. 1.212):

(...)

Quanto à alegada ofensa ao art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, decorrente do possível efeito confiscatório da multa de ofício qualificada, cumpre lembrar que é vedado aos órgãos julgadores administrativos negar aplicação a uma lei validamente inserida no ordenamento jurídico, sob fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A, *caput*, do Decreto n.º 70.235, de 1972, com redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009). O foro próprio para a discussão desta matéria é o Poder Judiciário.

É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema, no Recurso Extraordinário n.º 736.090/SC. Ocorre que a decisão proferida pelo Plenário, em 29/10/2015, com base no voto do Min. Luiz Fux, não determinou a suspensão dos processos em trami-tação versando sobre esta questão, conforme prevê o art. 1.035, § 5º, do CPC.

Por esta razão, entendo descabido o pedido de sobrestamento do presente feito.

II.5 – DA MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS

II.5.a) Da aplicação da multa isolada após o término do ano-calendário

Dando continuidade à sua defesa, o Interessado questiona a multa isolada que lhe foi aplicada em razão da suposta falta de recolhimento de estimativas mensais. Alega, para

começar, que esta multa não pode ser exigida após o término do ano-calendário (fls. 1.212 e ss.):

(...)

A tese de defesa não merece acolhida.

O art. 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430, de 1996 (com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007), quando prevê a imposição da multa isolada por falta de recolhimento da estimativa mensal, destaca que a penalidade em questão deve ser aplicada “ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente”.

Conclui-se daí que a aplicação da multa isolada após o encerramento do ano-calendário é perfeitamente cabível.

II.5.b) Da aplicação concomitante da multa isolada e da multa de ofício

Em seguida, o Interessado contesta a aplicação cumulativa da multa isolada por falta de recolhimento da estimativa mensal com a multa de ofício de 75%, calculada sobre o IRPJ ou CSLL devidos na apuração anual (fls. 1.213 e ss.):

(...)

Este ponto merece, de fato, uma análise mais cuidadosa.

É inquestionável que a distribuição disfarçada de lucros operada ao longo dos anos de 2014, 2015 e 2016 acarretou o recolhimento a menor das estimativas mensais de IRPJ e de CSLL. Tal infração justificaria, em princípio, a aplicação da multa isolada de 50% sobre as diferenças não recolhidas.

Por outro lado, a mesma infração acarretou, também, a falta de pagamento de IRPJ e CSLL na apuração anual, ensejando, por isso, a imposição da multa de ofício de 75% sobre os valores que deixaram de ser pagos.

É o caso de perguntar: — seria cabível aplicar, cumulativamente, a multa isolada pela falta de recolhimento da estimativa mensal e a multa de ofício pela falta de pagamento do tributo efetivamente devido?

Aqui, a meu ver, é preciso verificar se as infrações são autônomas ou se, ao contrário, estão inseridas numa mesma linha causal ou finalística. Se consideramos as infrações como autônomas, afigura-se razoável que as respectivas multas sejam aplicadas conjuntamente. Já se entendemos uma das infrações como meio necessário ou etapa preparatória para a prática da outra, ou ainda como conduta praticada com a mesma finalidade da outra, parece justo afastar a punibilidade de uma delas, com base no critério da consunção (absorção).

O referido critério, utilizado no direito penal, foi assim explicado por DAMÁSIO DE JESUS (Direito Penal – 1º Volume – Parte Geral. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 99-103):

(...)

Ora, as estimativas mensais nada mais são do que antecipações do IRPJ e da CSLL devidos na apuração anual. É claro, pois, que existe entre as referidas figuras uma relação de parte e todo, de conteúdo e continente.

Dentro desta linha de raciocínio, não me parece concebível que um contribuinte que já tenha recebido uma multa de 75% pela falta de pagamento do todo (o imposto anual, definitivo), seja também apenado com uma outra multa, de 50%, pela falta de

recolhimento de uma parte deste todo (a estimativa mensal, provisória), quando ambos os efeitos decorrem de uma mesma infração.

Corroborando este entendimento, cito inclusive um julgado da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, que afastou a aplicação concomitante das multas com base, justamente, no princípio da consunção:

(...)

À vista de tais razões, entendo que as multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas mensais devem ser canceladas.

II.6 – DAS COMPENSAÇÕES DE PREJUÍZOS E BASES NEGATIVAS DE CSLL

Na sequência de sua defesa, o Interessado pede a recomposição dos seus saldos de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas de CSLL de períodos anteriores (fls. 1.216):

(...)

Com relação a este ponto, não há nenhum reparo a fazer na apuração fiscal, já que os lançamentos de IRPJ e CSLL foram integralmente mantidos.

II.7 – DA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Questiona o Interessado, por fim, a legalidade da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício (fls. 1.216 e ss.):

(...)

A controvérsia, como se vê, gira em torno da interpretação do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, que, no entender do Interessado, só admitiria a cobrança de juros moratórios sobre débitos decorrentes de *tributos e contribuições*:

(...)

A prestigiar uma interpretação puramente literal da norma, haveríamos realmente de concluir que as multas de ofício não estariam sujeitas à incidência de juros de mora. Esta, todavia, não me parece a melhor exegese para o dispositivo em comento. Com efeito: — se a função dos juros de mora é indenizar o credor que deixou de dispor de um recurso que já lhe pertencia, então não há justificativa para tratar de forma diferente a impontualidade no pagamento do tributo e a impontualdade no pagamento da multa. Quando a lei fala, portanto, em “débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal”, para fins de aplicação dos juros de mora, está querendo se referir tanto aos tributos quanto às multas de ofício.

O Superior Tribunal de Justiça, vale ressaltar, já se manifestou diversas vezes no sentido da legalidade de tal incidência:

(...)

Este entendimento já é pacífico na esfera administrativa, tendo sido, inclusive, incorporado à Súmula do CARF – Enunciado nº 108, dotado de efeito vinculante em relação à Administração Pública Federal (Portaria ME nº 129, de 019).

III – DAS CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, sou por DAR PROVIMENTO PARCIAL à impugnação do Interessado, no sentido de:

- (i) REJEITAR as preliminares de nulidade por ele suscitadas;
- (ii) MANTER o IRPJ lançado, no valor de R\$ 153.739.919,25, acrescido de multa de ofício de 150% e juros de mora;
- (iii) MANTER a CSLL lançada, no valor de R\$ 122.991.935,41, acrescida de multa de ofício de 150% e juros de mora; e
- (iv) CANCELAR a multa isolada por falta de recolhimento das estimativas mensais de IRPJ;
- (v) CANCELAR a multa isolada por falta de recolhimento das estimativas mensais de CSLL.

Como exposto no início do voto, adoto integralmente o voto vencido da decisão recorrida como fundamentos de decidir. Esclarecendo ainda que, o referido voto foi vencido tão somente na matéria relativa ao afastamento da multa isolada em razão da concomitância com a multa de ofício, posição que também é assentida por este Relator.

Quanto as preliminares suscitadas, as mesmas não mereceram acolhida pelos bons fundamentos já apresentados. O lançamento foi devidamente fundamentado e autoridade fiscal tem liberdade para colher elementos de prova e formar sua convicção, desde que atenda ao princípio da motivação, evidenciando a subsunção do arcabouço probatório à legislação aplicada.

Por sua vez, sobre a alegação de nulidade por erro na quantificação da matéria tributável, entendo que não se trata de matéria de nulidade mas clara insatisfação de mérito do Recorrente.

Quanto a estrutura das operações realizadas o TVF e o acórdão recorrido trataram as questões de maneira intocável.

O cerne da questão não foi a desconsideração dos fundos como defende a Recorrente, mas como restou bem demonstrado pela fiscalização, as chamadas operações de *hedge* não atenderam à função que lhes caracteriza, sendo, por consequente, desqualificadas pela autoridade fiscal, ensejando, em adição, a imputação de prática simulatória.

O hedge é uma estratégia que pode se realizar através de diversas operações dentre as quais *swaps* e que se qualifica pela busca de proteção quanto a fatores de risco. A qualificação de determinadas operações como *hedge* confere-lhes tratamento específico sob a perspectiva contábil e também fiscal.

A decisão recorrida e o TVF trilharam todo o histórico de regulamentação de tais operações e, como muito bem exposto pela PGFN em suas contra razões:

A partir dos normativos acima reproduzidos, pode-se extrair as seguintes características definidoras das operações de *hedge*: (i) são operações realizadas com o objetivo de neutralizar ou mitigar os riscos de outras operações; (ii) a legislação exige lastro documental para registro da operação que constitui o item a ser protegido e da operação

que constitui o objeto de proteção; (iii) a legislação exige que os riscos a serem neutralizados ou mitigados sejam identificados e mensurados; (iv) deve ser delimitada a eficácia esperada do *hedge* bem como a forma como a entidade vai avaliar a eficácia do instrumento de *hedge* na compensação da exposição a alterações; (v) as operações que não atenderem aos parâmetros de eficácia não serão contabilizadas como *hedge* e, conseqüentemente, não serão dedutíveis para fins tributários.

A partir do marco regulatório o TVF desclassificou as contratações entre PROCYON e HSBC BANK USA como operações de *hedge* as desclassificando também para fins contábeis e fiscais. As operações de *swap*, embora alegadamente buscassem oferecer proteção, em verdade, geraram consecutivas perdas para a sociedade brasileira e correlatos ganhos para a contraparte, HSBC BANK USA. As supostas operações de *hedge* verificadas pela fiscalização permitiram dissimular a transferência de receitas da sociedade brasileira para a entidade do grupo sediada no exterior, razão pela qual as operações com derivativos foram consideradas instrumentos para *profit shifting*, impondo-se o reconhecimento de distribuição disfarçada de lucros - DDL.

Como muito bem destacado no TVF e na decisão recorrida, a perda “nas duas pontas” das operações de *swap*, contraria o próprio conceito de *hedge*, cuja finalidade é contrabalançar ganhos e perdas entre as posições de forma a neutralizar ou mitigar a exposição aos riscos de uma das operações. Ademais, é incontornável a conclusão de que as operações de *hedge* foram inefetivas, já que houve perdas tanto nos contratos de *swap* firmados no exterior com o HSBC BANK USA, quanto nos contratos fechados no Brasil, que, em tese, lhes deveriam dar cobertura.

E não estamos falando de operações isoladas ou que naturalmente estariam sujeitas a condições de flutuação do mercado. Estamos falando de operações realizadas entre fundos exclusivos tendo como único investidor o Recorrente e que levaram a prejuízos recorrentes e em vultosos montantes que levaram a perda de mais de 50% do capital investido e, que por outro lado, de forma disfarçada levaram ao escoamento de recursos do País para a sua controladora indireta no exterior. Ressalte-se, tudo isso realizado por um conglomerado especialista em investimentos e antes de uma operação de venda do Banco para o Bradesco.

Para melhor esclarecer, os quadros abaixo sintetizam um pouco do exposto:

RESULTADO EXECUÇÃO SWAPS ENTRE PROCYON (X) HSBC USA por MTM e LIQUIDAÇÃO				
PERÍODO	2014	2015	2016	PERDA TOTAL
RESULTADO NEGATIVO	(R\$ 602,8 milhões)	(R\$ 193,4 milhões)	(R\$ 175,7 milhões)	(R\$ 972 milhões)

AC	SWAP	KIRTON (X)	PROCYON (X)	Resultado final combinado das operações	PROCYON (X)
		CLIENTE NACIONAL	HSBC USA		HSBC USA
2014	hedge perfeito	-7.306.975,29	-30.543.691,08	-37.850.666,37	
	hedge imperfeito	-222.781.211,59	-48.243.295,41	-271.024.507,00	-48.243.295,41
	swap especulativo		-80.261.164,57	-80.261.164,57	-80.261.164,57
	TOTAL ANUAL	-230.088.186,88	-159.048.151,06	-389.136.337,94	-128.504.459,98
2015	hedge perfeito	14.801.528,75	-33.014.089,96	-18.212.561,21	
	hedge imperfeito	-398.681.133,62	-455.228.738,28	-853.909.871,90	-455.228.738,28
	swap especulativo		-336.289.480,15	-336.289.480,15	-336.289.480,15
	TOTAL ANUAL	-383.879.604,87	-824.532.308,39	-1.208.411.913,26	-791.518.218,43
2016	hedge perfeito	4.643.381,09	-8.924.272,92	-4.280.891,83	
	hedge imperfeito	-9.141.488,26	-30.206.627,97	-39.348.116,23	-30.206.627,97
	swap especulativo		-56.788.977,98	-56.788.977,98	-56.788.977,98
	TOTAL até Junho	-4.498.107,17	-95.919.878,87	-100.417.986,04	-86.995.605,95
TOTAL GERAL		-618.465.898,92	-1.079.500.338,32	-1.697.966.237,24	-1.007.018.284,36

Ainda chama atenção o fato de que, quanto mais o Recorrente perdia mais ele investia ao longo dos 03 anos analisados, o que foge de qualquer lógica econômica racional, exceto a lógica de efetiva distribuição disfarçada de lucros.

Questionada sobre o acompanhamento das operações ficou claro, pelo menos pelas respostas da Recorrente, que ele não acompanhava as operações, ao menos não para caracterizá-las como *hedge* buscado. Informou que o gerenciamento de risco baseava-se na “exposição global” do BANCO KIRTON, então HSBC BRASIL.

Embora os Fundos ORION e PROCYON fossem entidades distintas, não foi feita análise de risco para seus ativos, nem, muito menos, o gerenciamento específico dos riscos das operações cuja finalidade alegadamente era *hedge*. Com essa omissão, o KIRTON BANK **descumpriu** as disposições impostas pelo OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP Nº 01/2004; pelo item 39.88 do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP 01/2005; pelo item 88 do Pronunciamento Técnico CPC n.º 38 e pelo item 57 do Pronunciamento Técnico 14 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis.

Ressalte-se novamente que o Fundo PROCYON tinha um único quotista, o Fundo ORION, que por sua vez tinha como quotista exclusivo o KIRTON BANK. Outrossim, o KIRTON BANK era a instituição gestora de ambos os fundos, o que, nos termos da regulação da CVM, significa que a instituição é a responsável pelas decisões de investimento. Assim, resta evidente que KIRTON BANK, então HSBC BRAZIL, **detinha o total** controle das decisões de investimento dos Fundos, além de a totalidade do patrimônio dos fundos ser oriunda do KIRTON BANK.

Como muito bem ressaltado nas contra razões da PGFN:

Não há, portanto, dúvidas de que se trata de negócios entre partes do mesmo consolidado econômico financeiro, e, conseqüentemente, o Banco Central veda sua contabilização como *hedge*.

É de ressaltar que o fato de que as operações foram realizadas pelo Fundo PROCYON junto ao HSBC BANK USA não altera essa realidade.

As operações foram contratadas entre partes indiscutivelmente dependentes entre si, haja vista que o contribuinte é o gestor do fundo e, indiretamente, seu único quotista, ou seja, detém total controle sobre o fundo e, portanto, são partes do mesmo conglomerado financeiro.

Do mesmo modo, compunham o mesmo conglomerado financeiro o KIRTON BANK e o HSBC BANK USA, pois submetidos a controle comum. A interposição dos fundos não muda a circunstância de que a operação foi realizada no bojo de grupo econômico/conglomerado econômico financeiro.

Assim, não há como reconhecer finalidade de proteção ao contribuinte nessas operações. Não se pode aceitar a possibilidade de o contribuinte procurar proteger uma situação contratual com contraparte do mesmo grupo econômico.

Dessarte, conclui-se que além de (i) não atenderem à finalidade de proteção, carecendo da eficácia mínima exigida das operações de *hedge*; (ii) ser ausente o acompanhamento da eficácia das operações supostamente voltadas à cobertura, a qualificação como *hedge* deve ser afastada porque (iii) as transações envolviam duas pessoas jurídicas componentes do mesmo conglomerado financeiro.

Assim, como ficou claro que em operação entre membros de mesmo conglomerado financeiro, não há proteção ao risco, apenas transferência à pessoa ligada. No caso, o recorrente assumiu riscos em benefício do HSBC BANK USA e essa assunção permitiu a canalização dos lucros para a entidade situada no exterior. Conclui-se, assim, que a transferência de riscos e de prejuízos efetivos foi a estratégia adotada pelo contribuinte para promover o *profit shifting* entre o banco brasileiro e o HSBC BANK USA e, a partir deste, a distribuição de lucros ao controlador HSBC HOLDING PLC. E isso ao longo de 03 anos com consecutivas perdas para o Recorrente.

É muito escancarado o fato de que o Fundo PROCYON realizou **exclusivamente** operações com o HSBC BANK USA. Essa mesma entidade auferia significativos ganhos consecutivamente em desfavor da sociedade brasileira e diante de uma total **ausência de providências para mitigar as perdas recorrentes** e os prejuízos do Fundo PROCYON afetaram, significativamente, os resultados do Fundo ORION.

Analisando o “filme” o que vemos é que ao longo de 03 anos a Recorrente de forma manifesta incorreu voluntariamente em perdas que resultaram em redução dos resultados tributáveis no País e, ao mesmo tempo, ganhos significativos para controlador indireto no exterior.

De fato, a permissão do gestor/Recorrente para que a instituição sofresse perdas ao longo de quase três anos consecutivos, sem adotar qualquer providência para reverter esse quadro, somente encontra explicação no fato de se tratar de sociedades componentes do mesmo grupo econômico. Apenas dessa forma se compreende que uma instituição financeira mantenha operações com finalidade diversa da persecução de resultados positivos.

Apenas como *obiter dictum* e reforço de argumentação a autoridade fiscal promoveu a comparação de resultados nas operações de *hedge* contratadas por fundo controlado pelo KIRTON BANK que negociava com partes independentes. O Fundo TELLUS obtinha resultados dentro dos parâmetros da normalidade dessas operações, a evidenciar que os contínuos resultados expressivamente negativos do Fundo PROCYON não poderiam ser simplesmente atribuídos a (i) condições do mercado financeiro ou (ii) incompetência da gestão, mas sim a decisões deliberadas.

Diante da constatação de que as operações se realizaram para gerar prejuízos recorrentes para o autuado, canalizando seus resultados positivos para a contraparte relacionada não residente e mediante interposição dos fundos, concluo configurar-se intuito simulatório para promoção do *profit shifting* e Distribuição Disfarçada de Lucros.

Ressalte-se ainda que o laudo apresentado pela Recorrente que supostamente validaria as operações, de forma seletiva apenas analisou uma das pernas da operação, e deixou de analisar as operações de *swap* avançadas entre a Recorrente e HSBC BANK USA, o que seria imprescindível para a devida conclusão sobre a proteção pretendida por uma operação de *hedge*.

Quanto as alegações recursais no sentido de que não seria aplicável ao presente caso as normas atinentes à DDL mas sim a de preços de transferência também não merecem acolhida. Primeiro porque legislação não restringe a aplicação das regras de DDL apenas e tão somente a operações internas. Segundo porque entendo que a aplicação de regras de preço de transferência seriam inexequíveis na medida em que não haveriam operações a serem comparadas já que o favorecimento decorreu da deliberada intenção de causar prejuízos à recorrente e transferir recursos a sua controladora indireta. As ações ocorreram dentro de uma atuação omissiva de desproteção e uma atuação comissiva de exposição cada vez maior a risco.

As operações analisadas isoladamente não foram ilegais ou inadequadas, mas toda a estratégia adotada pela Recorrente que visava a “desproteção” do investimento. As particularidades do caso indicam diretamente a aplicação das regras de DDL vez que todos os seus requisitos foram cumpridos.

Esses fundamentos são absolutamente suficientes para manutenção do lançamento, ressaltando que a decisão recorrida enfrentou adequadamente todos os argumentos trazidos em Impugnação e que foram repetidos em Recurso, especialmente no que se refere aos questionamentos a respeito da base de cálculo e supostos erros na apuração.

Por sua vez, todo o histórico de operações engendradas com o claro objetivo de distribuir lucros de forma disfarçada como realizado, na complexa engenharia financeira realizada, demonstram um verdadeiro planejamento realizado pela Recorrente, a atuação consciente e dolosa para alcançar tal finalidade é escancarada, razão pela qual a decisão recorrida agiu de forma acertada na manutenção da qualificação da penalidade.

Quanto a incidência de juros sobre multa trata-se de questão sumulada.

Assim, por tudo o quanto exposto, oriento meu voto por negar provimento as alegações preliminares e quanto ao mérito do lançamento.

Passo à análise da exigência da multa isolada concomitante com a multa de ofício.

Nesse ponto também entendo que o voto condutor foi acertado, mas foi vencido neste particular.

Assim, no que se refere à alegação de impossibilidade de concomitância entre a multa de ofício e isolada penso que assiste razão ao Recorrente.

Isto porque, sigo o entendimento acerca da impossibilidade da aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário.

Tal fato se deve à conclusão de que o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Uma vez que as estimativas são meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significa dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato.

Tratando-se, portanto, de aplicação de penalidade, o *ius puniendi* está sujeito a mecanismos e princípios de controle do Poder punitivo do Estado razão pela qual, um único ilícito tributário não pode acarretar em duas punições sob pena de *bis in idem*.

Neste ponto me permito valer dos fundamentos aduzidos pelo Conselheiro Guilherme Adolfo Mendes no Acórdão 1201-00.235:

As regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.

Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível a cessação da vigência de leis extraordinárias e certo, em relação às temporárias, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regradada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte.

Nada obstante, também entendo que as duas sanções (a decorrente do descumprimento do dever de antecipar e a do dever de pagar em definitivo) não devam ser aplicadas conjuntamente pelas mesmas razões de me valer, por terem a mesma função, dos institutos do Direito Penal.

Nesta seara mais desenvolvida da Dogmática Jurídica, aplica-se o Princípio da Consunção. Na lição de Oscar Stevenson, "pelo princípio da consunção ou absorção, a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático". Para Delmanto, "a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste". Como exemplo, os crimes de dano, absorvem os de perigo. De igual sorte, o crime de estelionato absorve o de falso. Nada obstante, se o crime de estelionato não chega a ser executado, pune-se o falso.

É o que ocorre em relação às sanções decorrentes do descumprimento de antecipação e de pagamento definitivo. Uma omissão de receita, que enseja o descumprimento de pagar definitivamente, também acarreta a violação do dever de antecipar. Assim, pune-se com multa proporcional. Todavia, se há uma mera omissão do dever de antecipar, mas não do de pagar, pune-se a não antecipação com multa isolada.

Diga-se ainda que a questão é objeto de Súmula do CARF nº 105, que entendo permanecer aplicável aos fatos geradores posteriores à edição da Lei nº 11.488/07 in verbis:

Súmula CARF nº 105 : A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Outrossim, tal posição encontra guarida em diversas decisões deste Conselho, incluindo-se esta mesma Turma Ordinária e também, mais recentemente através de precedente da CSRF de 01/09/2020 através do Acórdão 9101-005.080:

CONCOMITÂNCIA DE MULTA ISOLADA COM MULTA DE OFÍCIO. DUPLA PENALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. SUBSISTÊNCIA DO EXCESSO SANCIONATÓRIO. MATÉRIA TRATADA NOS PRECEDENTES DA SÚMULA CARF Nº 105. ADOÇÃO E APLICAÇÃO DO COROLÁRIO DA CONSUNÇÃO.

Não é cabível a imposição de multa isolada, referente a estimativas mensais, quando, no mesmo lançamento de ofício, já é aplicada a multa de ofício.

É certo que o *cerne* decisório dos Acórdãos que erigiram a Súmula CARF nº 105 foi precisamente o reconhecimento da ilegitimidade da dinâmica da saturação punitiva percebida pela *coexistência* de duas penalidades sobre a mesma exação tributária.

O instituto da *consunção* (ou da *absorção*) deve ser observado, não podendo, assim, ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar o valor de um determinado tributo concomitantemente com outra pena, imposta pela falta ou insuficiência de recolhimento desse mesmo tributo, verificada após a sua apuração definitiva e vencimento.

Quanto ao precedente acima citado, peço vênias para reproduzir a brilhante declaração de voto proferida pela Conselheira Livia de Carli Germano, que já compôs esta TO, e que enfrenta de forma direta e exaustiva o argumento relativo à inaplicabilidade da referida Súmula 105:

Optei por apresentar a presente declaração de voto para esclarecer as razões pelas quais, com a devida vênias, divergi da i. Relatora com relação às exigências das multas isoladas lançadas para o ano calendário de 2007.

Em síntese, tenho orientado meus votos no sentido de que o racional da Súmula CARF n. 105 permanece aplicável mesmo após a alteração legislativa promovida pela Lei 11.488/2007, eis que, compreendo, esta modificou apenas o texto normativo, em nada alterando quanto à norma jurídica subjacente.

A redação original do artigo 44 da Lei 9.430/1996 era a seguinte (grifamos):

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

(...)

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

O *caput* do artigo 44 traz a base de cálculo das multas em questão, fazendo menção à “*totalidade de tributo ou contribuição*”.

A uma primeira vista, tal referência parece mesmo se reportar ao valor devido no ajuste anual, inclusive em razão do emprego do termo “totalidade” – de fato, a princípio, parece não fazer sentido pensar que a norma fala em “totalidade de tributo” querendo se referir ao valor da estimativa mensal, eis que não se “totaliza” o valor de um pagamento que é único a cada mês.

A questão é: nesses termos, como compatibilizar o *caput* do dispositivo com os incisos de seu parágrafo primeiro?

Explica-se. O *caput* do artigo 44 prevê que a base de cálculo da multa será “*a totalidade do tributo ou contribuição*”. Se isso significa o valor devido no ajuste anual, qual seria o conteúdo do inciso IV do parágrafo primeiro (acima grifado), em especial considerando: (i) a possibilidade (remota, mas existente) de verificação da ausência de recolhimento de estimativa ainda no curso do ano-calendário (quando ainda não há ajuste anual apurado), e (ii) a previsão de que a multa isolada pode ser exigida “*ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente*”?

Em ambas as hipóteses acima, teríamos um problema quanto à base de cálculo para a multa isolada a ser aplicada, eis que, (i) no caso de verificação, ainda no curso do ano calendário, de ausência de recolhimento da estimativa mensal, a base de cálculo da multa isolada seria inexistente, e (ii) no caso de apuração de prejuízo fiscal ou base negativa no ajuste anual, a base de cálculo da multa isolada seria zero.

É dizer, nessas situações, (i) a multa isolada não poderia (impossibilidade prática) ser aplicada antes da entrega da declaração, por ausência de base de cálculo, e (ii) o trecho final do inciso IV do parágrafo 1º traria uma afirmação em si mesma contraditória, eis que ele estaria dizendo que a multa isolada poderia ser exigida ainda que sua base de cálculo fosse zero.

A MP 303, de 29 de junho de 2006, que perdeu eficácia em 27 de outubro daquele ano, e MP 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei 11.488/2007, alterou o texto legal de maneira que o *caput* do artigo 44 da Lei 9.430/1996 deixou de indicar a base de cálculo das multas, sendo certo que a base de cálculo da multa isolada atualmente é, nos termos do inciso II, o valor do pagamento mensal devido. Veja-se:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o

lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

A legislação foi alterada sem qualquer previsão expressa de ter sido interpretativa (art. 106 do CTN), o que leva à conclusão de que a alteração, por si só, não teria influência na interpretação a ser dada à legislação vigente anteriormente.

Por oportuno, observo que a circunstância de um texto legal (palavras/literalidade) ter sido alterado nada diz sobre se, de fato, houve alteração da norma jurídica subjacente (isto é, do significado formado a partir da interpretação de tal texto). Isso porque a alteração de um texto normativo pode ser realizada tanto para trazer novo sentido à norma como meramente para fazer com que a literalidade reflita o sentido lógico já contido na norma anterior (neste último caso se compreende a alteração como tendo natureza interpretativa).

No caso, para períodos anteriores a 2007, temos o seguinte dilema: ou (a) se considera que o *caput* do artigo 44 da Lei 9.430/1996, quando menciona “*totalidade de tributo ou contribuição*”, está se referindo ao ajuste anual -- hipótese em que (i) não se aplica a multa isolada se verificada no curso do ano calendário, em virtude da ausência de base de cálculo, e (ii) deve ser ignorado o trecho final do inciso IV do parágrafo 1º (“*ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente*”), porque contraditório com o *caput*, ou (b) se confere ao *caput* do artigo 44 um sentido diverso, compreendendo-se o significado de “*totalidade de tributo ou contribuição*” como sendo, genericamente, o valor devido que deixou de ser recolhido, e integrando-o de acordo com a hipótese prevista em cada um dos incisos do parágrafo primeiro em questão – assim, para os incisos I e II ele significaria o ajuste anual, enquanto que, para os incisos III e IV, seria o valor do recolhimento mensal devido.

Muitos sustentam que não se pode interpretar que a legislação esteja mencionando “tributo” querendo se referir às estimativas já que, tecnicamente, estas não são tributo mas mera antecipação. Sem embargo, não vejo problemas em tal raciocínio já que, na qualidade de antecipação de uma prestação potencialmente devida, a estimativa tem, em sua origem, a qualidade e a natureza do que busca antecipar.

Portanto, considerando o arrazoado acima, compreendo que a única forma de compatibilizar o trecho final do *caput* do artigo 44 da Lei 9.430/1996, em sua redação original, com o trecho final do inciso IV do seu parágrafo 1º, é considerar que a menção do *caput* à “*totalidade de tributo ou contribuição*” deva ser compreendida de forma integrada com os incisos do parágrafo primeiro, sem negar eficácia a nenhuma de suas disposições.

Deste modo, muito embora tal termo se identifique com ao valor devido no ajuste anual nos incisos I e II do parágrafo 1º (o que, inclusive, justificaria a menção ao vocábulo “totalidade”), no caso de ausência de recolhimentos mensais (incisos III e IV do parágrafo 1º), a base de cálculo da multa necessariamente é o valor do recolhimento mensal devido.

Não se nega que o *caput* orienta a matéria a ser tratada na norma, nem o fato de os parágrafos serem dedicados a expressar “*os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida*” (Lei Complementar 95/98, art. 11, III, “c”), não obstante também se deve ter em mente a máxima de hermenêutica segundo a qual a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda* – i.e., as palavras devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia). Assim, compreendo não ser adequado, especialmente quando possível uma interpretação que pressuponha a coerência do texto normativo, optar por uma

interpretação que resulte em se considerar como não escrita a integralidade do trecho final do inciso IV do parágrafo 1º do artigo 44, da Lei 9.430/1996.

Tal interpretação revela-se, ainda, coerente com o princípio geral de que, em se tratando de penalidade, a graduação deve levar em conta a gravidade da falta, sendo assim adequado o entendimento de que a multa tenha por base de cálculo o valor da estimativa mensal devida e não recolhida.

Além disso, em se estabelecendo a base de cálculo da penalidade como sendo o valor do recolhimento mensal devido e não realizado, a interpretação se coaduna com a faculdade que se confere ao sujeito passivo de interromper os pagamentos por antecipação quando apure, mediante balanços ou balancetes mensais, que o valor já pago da estimativa acumulada excede o valor do tributo calculado com base no lucro ajustado do período em curso (parágrafo 2º do artigo 39 da Lei 8.383/1991).

É dizer, a multa isolada não poderá ser aplicada na hipótese em que o recolhimento mensal não seja devido -- em razão do levantamento de balancetes de suspensão -- e proporcionalmente, em caso de balanços de redução. E isso, ressalte-se, independentemente de transcrição e tais balancetes no Diário, como enuncia a Súmula CARF 93: “*A falta de transcrição dos balanços ou balancetes de suspensão ou redução no Livro Diário não justifica a cobrança da multa isolada prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, quando o sujeito passivo apresenta escrituração contábil e fiscal suficiente para comprovar a suspensão ou redução da estimativa*”. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Estas são as razões pelas quais considero também que, de maneira geral, a multa isolada sobre as estimativas não pagas é devida independentemente do resultado final da apuração do ajuste anual.

Nesse ponto, não ignoro a linha de raciocínio segundo a qual, após o término do ano-calendário, a exigência de recolhimentos por estimativa perderia sua eficácia, prevalecendo a exigência do tributo efetivamente devido e apurado com base no lucro. Segundo essa linha, haveria, entre as estimativas e o tributo devido no final do ano, uma relação de meio e fim, ou de parte e todo, de modo que a multa isolada cobrada em razão da ausência de recolhimento de estimativas apenas poderia ser aplicada durante o ano-calendário, ou seja, antes do ajuste anual.

Não discordo das *premissas* de tal raciocínio, isto é, concordo que é inerente ao dever de antecipar a existência da obrigação cujo cumprimento se antecipa. Não obstante, compreendo que a *conclusão* a que ele chega não é adequada, e isso essencialmente porque, aqui, não estamos tratando de incidência de principal de tributo, mas de norma que estabelece penalidade.

É dizer, embora se trate, essencialmente, do mesmo tributo (IRPJ/CSLL anual), as condutas exigidas do contribuinte são distintas: a primeira é o dever de antecipar parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória (estimativas mensais), e a segunda é o dever de pagar este mesmo tributo efetivamente apurado como devido ao final do ano-calendário (ajuste anual).

Uma conduta independe logicamente da outra, ou seja, o dever de recolher estimativas pode existir sem que venha a haver tributo devido no ajuste anual, e vice-versa. Além disso, tais condutas visam a atender bens jurídicos distintos, sendo uma destinada a manter o fluxo de caixa do governo durante o ano, e outra dirigida ao recolhimento do tributo efetivamente devido.

Daí porque tais condutas podem ser, como de fato são, penalizadas de forma específica -- nos das atuais, a primeira à razão de 50% da estimativa não recolhida e a segunda à razão de 75% do valor do ajuste anual devido.

Vale notar que a conclusão acima não contradiz o disposto no enunciado da Súmula CARF 82 (vinculante, conforme Portaria MF 277/2018), que diz:

Súmula CARF 82: Após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas.

Isso porque, de novo, é essencial destacar que, nos presentes autos, não estamos tratando do principal de tributo, mas da **pena** prevista para a conduta consistente em agir em desconformidade com o que prevê a legislação fiscal (dever de adiantar estimativas mensais).

Neste sentido, a análise dos acórdãos precedentes que orientaram a edição de tal enunciado sumular esclarece que o que não pode ser exigido é apenas o principal da estimativa, visto que este está contido no ajuste apurado ao final do ano-calendário. Não obstante, a pena prevista para o descumprimento do dever de recolher a estimativa permanece -- e, até por isso, é denominada “multa isolada”: porque cobrada independentemente da exigibilidade da sua base de cálculo (a própria estimativa devida).

De fato, parece que só faz sentido se falar em exigência *isolada* de multa quando a infração é constatada após o encerramento do ano de apuração do tributo. Isso porque, se fosse constatada a falta no curso do ano-calendário, caberia à fiscalização exigir a própria estimativa devida, acrescida de multa e dos respectivos juros moratórios. Ao estabelecer a cobrança apenas da multa (ou seja, a cobrança “isolada”) quando detectada a falta de recolhimento da estimativa mensal, a norma visa exatamente à adequação da exigência tributária à situação fática.

A título ilustrativo, destaco a argumentação constante de trecho do voto condutor do acórdão 101-96.353, de 17/10/2007, que é um dos que orientaram a edição do enunciado da Súmula CARF 82:

(...)

A ação do Fisco, após o encerramento do ano-calendário, não pode exigir estimativas não recolhidas, uma vez que o valor não pago durante o período-base está contido no saldo apurado no ajuste efetuado por ocasião do balanço.

Na prática, a aplicação da multa isolada desonera a empresa da obrigação de recolher as estimativas que serviram de base para o cálculo da multa. O imposto e a contribuição não recolhidos serão apurados na declaração de ajuste, se devidos.

(...)

Portanto, compreendo que os argumentos acima não são suficientes para levar ao cancelamento da exigência de multas isoladas.

Não obstante, -- **e aqui reside especificamente o ponto em que, com o devido respeito, discordo do voto da i. Relatora** -- compreendo que a cobrança de multa isolada não pode prevalecer se e quando tenha sido aplicada a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor tal como apurado no ajuste anual.

Não nego que a base de cálculo das multas seja diversa (valor da estimativa devida *versus* valor do ajuste anual devido), assim como não nego que se trata de punição pelo descumprimento de deveres diferentes (a multa isolada como pena por não antecipar parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória, e a multa de ofício por não recolher o tributo apurado como devido no ajuste anual).

Ocorre que, sempre que a falta de recolhimento da estimativa refletir no valor do ajuste anual devido e este não for recolhido, ensejando a aplicação da multa de ofício, teremos

uma dupla repercussão da primeira infração, já que esta ensejará, ao mesmo tempo, a exigência da multa isolada e da multa de ofício.

Aqui, sim, é relevante o fato de a estimativa ser mera antecipação do tributo devido no ajuste anual, sendo de se ressaltar a impossibilidade de se punir, **ao mesmo tempo**, uma **conduta ilícita** e seu **meio de execução**.

Neste sentido, havendo aplicação de multa de ofício pela ausência de recolhimento do ajuste anual, há que se considerar a multa isolada inexigível, eis que absorvida por esta. E isso não porque se trate da mesma pena (porque não é), mas simplesmente porque, quando uma conduta punível é etapa preparatória para outra, também punível, pune-se apenas o ilícito-fim, que absorve o outro.

Dito de outra forma, não se nega que, no caso, é impróprio falar em aplicação concomitante de penalidades em razão de uma mesma infração: a hipótese de incidência da multa isolada é o não cumprimento da obrigação correspondente ao recolhimento das estimativas mensais, e a hipótese de incidência da multa proporcional é o não cumprimento da obrigação referente ao recolhimento do tributo devido ao final do período. Não obstante, porque uma das condutas funciona como etapa preparatória para a outra, em matéria de penalidades deve-se aplicar o princípio da absorção ou consunção.

A matéria é pacífica na doutrina penal, sendo certo, por exemplo, que um indivíduo que falsifica identidade para praticar estelionato apenas responderá pelo crime de estelionato, e não pelo crime de falsificação de documento – tal entendimento está, inclusive, pacificado na Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça: “*Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido*”. E isso é assim não porque as condutas se confundam (já que uma coisa é falsificar documento e outra é praticar estelionato), sendo certo também que as penas previstas são diversas e visam a proteger diferentes bens jurídicos, mas simplesmente porque, quando uma conduta for etapa preparatória para a outra, a sua punição é absorvida pela punição da conduta-fim.

Segundo Rogério Grecco, mostra-se cabível falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses: i) quando um crime é meio necessário, fase de preparação ou de execução de outro crime; ii) nos casos de antes-fato ou pós-fato impunível (Manual de Direito Penal. Parte 16ª ed. São Paulo: Atlas, p.121). Compreendo que o caso das estimativas que repercutem no valor devido no ajuste anual encaixa-se perfeitamente na primeira hipótese.

Neste tema, elucidativo o trecho do voto do então conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima no acórdão CSRF/0105.838, e 15 de abril de 2008 (o qual é citado nos votos condutores dos acórdãos 9101001.307 e 9101001.261, que, por sua vez, são precedentes que inspiraram a edição da Súmula CARF n. 105):

(...)

Quando várias normas punitivas concorrem entre si na disciplina jurídica de determinada conduta, é importante identificar o bem jurídico tutelado pelo Direito. Nesse sentido, para a solução do conflito normativo, deve-se investigar se uma das sanções previstas para punir determinada conduta pode absorver a outra, desde que o fato tipificado constitui passagem obrigatória de lesão, menor, de um bem de mesma natureza para a prática da infração maior.

No caso sob exame, o não recolhimento da estimativa mensal pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. A primeira conduta é, portanto, meio de execução da segunda.

Com efeito, o bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. Assim, a interpretação do conflito de normas deve prestigiar a relevância do bem jurídico e não exclusivamente a grandeza da pena cominada, pois o ilícito de passagem não deve ser penalizado de forma mais gravosa que o ilícito principal. É o que os penalistas denominam "princípio da consunção".

Segundo as lições de Miguel Reale Junior: "pelo critério da consunção, se ao desenrolar da ação se vem a violar uma pluralidade de normas passando-se de uma violação menos grave para outra mais grave, que é o que sucede no crime progressivo, prevalece a norma relativa ao crime em estágio mais grave..." E prossegue "no crime progressivo, portanto, o crime mais grave engloba o menos grave, que não é senão um momento a ser ultrapassado, uma passagem obrigatória para se alcançar uma realização mais grave".

Assim, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício na hipótese de falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também pela falta de antecipação sob a forma estimada. Cobrase apenas a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo.

Essa mesma conduta ocorre, por exemplo, quando o contribuinte atrasa o pagamento do tributo não declarado e é posteriormente fiscalizado. Embora haja previsão de multa de mora pelo atraso de pagamento (20%), essa penalidade é absorvida pela aplicação da multa de ofício de 75%. É pacífico na própria Administração Tributária, que não é possível exigir concomitantemente as duas penalidades — de mora e de ofício — na mesma autuação por falta de recolhimento do tributo. Na dosimetria da pena mais gravosa, já está considerado o fato de o contribuinte estar em mora no pagamento.

(...)

É por isso que, mesmo após a alteração da Lei 9.430/1966, promovida pela Lei 11.488/2007, compreendo que prevalece, em caso de dupla penalização, as razões de decidir (*ratio decidendi*) que orientaram o enunciado da Súmula CARF n. 105, que diz:

Súmula CARF 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Em síntese, portanto, compreendo que as multas isoladas aplicadas em razão da ausência de recolhimento de estimativas mensais não podem ser cobradas cumulativamente com a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor apurado no ajuste anual do mesmo ano calendário, eis que, embora se trate de penalidades por condutas distintas (e que visam a proteger bens jurídicos diversos, como acima abordado), estamos na esfera de aplicação de penalidades e, aqui, pelo princípio da consunção, quando uma infração (no caso, a ausência de recolhimento de estimativas) é meio de execução de outra conduta ilícita (no caso, a ausência de recolhimento do valor devido no ajuste anual do mesmo ano-calendário), a pena pela infração-meio é absorvida pela pena aplicável à infração-fim.

Estas são as razões pelas quais, novamente pedindo vênias à i. Relatora, orientei meu voto para cancelar as multas isoladas também quanto ao ano calendário de 2007.

Com a devida vênias, afastar a aplicação das razões de decidir da referida Súmula uma vez que esta foi editada antes da alteração da redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 promovida pela Lei nº 11.488/2007, como se tal alteração legislativa fulminasse de morte toda a

lógica e racionalidade da referida Súmula me parece postura muito perigosa para fins da segurança jurídica.

Nesse ponto, e para entender e compreender as razões de decidir necessário se faz analisar os precedentes que justificaram a produção da referida Súmula, e a conclusão que posso chegar é a de que os fundamentos da *ratio decidendi* permanece intacta e inalterada mesmo com a alteração do artigo 44 da Lei n.º 9.430/96.

Entendo ainda que, a lógica é a mesma no que se refere à aplicação da Súmula Vinculante CARF n. 22 mesmo para exclusões realizadas no âmbito do SIMPLES NACIONAL, muito embora a mesma se refira ao SIMPLES FEDERAL.

Veja que, neste caso específico, o que ocorreu foi sim, de fato, uma mudança completa no regime do Simples Federal, instituído pela Lei n.º 9.317/1996, substituído pela LC 123/2006.

O que ocorreu neste exemplo, foi uma completa mudança no regime de tributação diferenciado para os micro e pequenos empresários e, mesmo assim, não são poucos os precedentes deste CARF - e desta mesma TO- que aplicam a mesma *ratio decidendi* da referida Súmula para anular atos de exclusão realizados já no âmbito do novo regime. Para mim deve ser aplicada a mesma lógica.

Diante do exposto, entendo assistir razão ao Recorrente neste ponto.

Contudo, entendo que a multa qualificada deve ser reduzida ao patamar de 100%.

Isso porque, a Lei n.º 14.689/2023 alterou o dispositivo do §1º, do art. 44, da Lei n.º 9.430/96, que trazia a previsão da multa duplicada. Vejamos a antiga e a nova redação:

Redação dada pela Lei n.º 11.488/2007

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Redação dada pela Lei n.º 14.689, de 2023

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do **caput** deste artigo será majorado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, e passará a ser de:

(...)

VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício; (Incluído pela Lei n.º 14.689, de 2023)

VII – 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício, nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo. (Incluído pela Lei n.º 14.689, de 2023)

Como se vê, a nova regra geral da multa de ofício nos casos previsto nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64 prevê a majoração ao patamar de 100%, conforme dispõe o inciso IV, §1º, da Lei n.º 9.430/96.

Destaca-se que referida lei criou uma nova hipótese de majoração ao patamar de 150%, prevista no inciso VII, mas apenas nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo. Esta hipótese trata-se da instituição de uma nova penalidade, e que deve ser aplicada apenas aos fatos geradores ocorrida após a vigência da lei, haja vista, ainda, a necessidade de motivação pela autoridade fiscal.

Portanto, considerando o disposto no art. 106, II, alínea “c”, do CTN, tem-se por aplicar a retroatividade benigna, devendo-se a multa de ofício qualificada ser reduzida ao patamar de 100%.

Desta feita, nos termos da faculdade garantida pelo § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF, adoto a decisão da DRJ como razões de decidir, acrescidas das razões aqui expostas, e voto no sentido de negar provimento aos Recursos Voluntários do contribuinte e demais responsáveis solidários recorrentes e reconhecer de ofício a retroatividade benigna da multa qualificada, reduzindo-a ao patamar de 100%.

Assim, face a tudo o quanto exposto e nos termos da faculdade garantida pelo pelo inc. I, § 12º do Art. 114 do novo Regimento Interno do CARF, adoto parcialmente a decisão da DRJ como razões de decidir, acrescidas das razões aqui expostas, e voto no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Voluntário tão somente para afastar a aplicação da penalidade isolada e, de ofício, aplicar a retroatividade benigna da multa qualificada.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva

Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Redator Designado.

Em que pese as sempre judiciosas palavras do Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, ousou discordar de seu entendimento acerca da exigência da multa isolada cobrada sobre as estimativas pagas a menor em função do lançamento tributário efetuado.

A Contribuinte sustenta que se mostra equivocada a aplicação de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas após o encerramento do ano calendário. Ademais, alega que a cumulação de multa isolada com a multa de ofício é vedada pela Súmula CARF n.º 105, e

que em caso de dúvida dever-se-ia aplicar o art. 112 do CTN para interpretar a legislação de maneira mais favorável ao contribuinte.

Neste tema, perfilo com os que pensam estar-se diante de imposições diferentes, com fatos geradores diferentes, tipificações legais diferentes e motivações fáticas diferentes, vez que, da leitura artigo 44, da Lei n.º 9.430/1996, com suas alterações, infere-se que, uma vez constatada falta ou insuficiência de pagamento de estimativa, será exigida a multa isolada, exigência que transcende a situação fática de ter sido apurado lucro ou prejuízo no final do período anual.

Historicamente, a matéria foi tratada, de prefácio, no art. 44, I, §1º, IV da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, *in verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

(...)

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

(...)

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

Posteriormente, foi editada a Medida Provisória n.º 351, de 22 de janeiro de 2007 (DOU 22/01/2007), convertida na Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007, com a redação abaixo:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Compulsando as alterações legislativas acima elucidadas, não se verifica, exceto em relação ao percentual a ser aplicado nos casos de multa isolada, qualquer alteração substancial nos dispositivos no que tange à hipótese de incidência e à base de cálculo da penalidade em apreço.

O objetivo do preceito contido no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 (com as alterações legislativas supervenientes, inclusive) foi o de assegurar o recolhimento antecipado e evitar o não pagamento da estimativa mensal de IRPJ e CSLL no curso do ano-calendário e reconhecer que a base de cálculo da multa isolada sempre foi, mesmo antes das alterações legislativas, o próprio valor da estimativa que deixou de ser paga.

Nesse contexto, a nova redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, elaborada a partir da vigência MP 351, de 2007 e da Lei nº 11.488, de 2007, ao instituir um percentual distinto e menos gravoso em relação ao aplicável ao descumprimento da obrigação tributária principal (IRPJ e CSLL devidos na apuração anual) apenas veio aperfeiçoar o preceito normativo acerca da incidência da multa isolada, por falta de recolhimento das estimativas mensais, explicitando o seu caráter de obrigação acessória.

Sob a vigência da redação original da Lei nº 9.430, de 1996, e ainda atualmente, com a redação da Lei nº 11.488 de 2007, a multa isolada deve ser aplicada à pessoa jurídica, sujeita à tributação com base no lucro real, **e optante pelo pagamento do IRPJ e da CSLL, em cada mês, determinados sobre bases de cálculo estimadas**, por descumprimento da obrigação de antecipar o IRPJ ou a CSLL mensalmente devidos; e deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença da antecipação do IRPJ e da CSLL, mensalmente devida e não recolhida.

Tem-se assim que a **multa isolada em questão, que decorre da falta ou insuficiência de pagamento mensal das estimativas devidas no curso do ano-calendário**, é aplicada em função do descumprimento de uma obrigação tributária acessória (falta de recolhimento de antecipações obrigatórias), e é completamente autônoma em relação à obrigação tributária principal a ser constituída, ou não, no final do período.

Não é demais lembrar que a obrigação tributária principal, na definição da doutrina, é a “obrigação de dar” (pagar) o tributo devido, ou seja, é o “*dever fundamental, consistente em prestação pecuniária, que é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei*”¹, enquanto as obrigações acessórias revestem-se de clara natureza de “obrigação de fazer” e “obrigação de não fazer”, vale exprimir, são, como o próprio nome diz, “acessórias ao principal”, que é o compromisso do contribuinte pagar o encargo tributário devido, constituindo-se, no fundo, em “*obrigações meramente instrumentais, simples deveres burocráticos que facilitam o cumprimento das obrigações principais*”².

Neste raciocínio, a estimativa mensal não pode ser considerada propriamente um “tributo” devido, a ser extinto, por pagamento (modalidade de extinção da obrigação e do crédito tributário, prevista no art. 156, I do CTN), mas apenas uma “antecipação estimada” do tributo, **a ser apurado como devido, ou não**, ao final do período de apuração, que é devida e **deve ser**

¹ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 306-307.

² ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*, 4ª. ed. São Paulo: Método, 2010.

recolhida apenas para validar uma determinada sistemática de tributação de livre opção do contribuinte, qual seja: o Lucro Real Anual.

Pois bem, justamente porque a estimativa não é exigível como obrigação principal (tributo) é que foi instituída uma multa isolada (ou seja, exigida sem que o principal fosse exigido), para penalizar as pessoas jurídicas que, apesar de optantes pela sistemática de apuração do Lucro Real Anual, descumprem, no curso do ano-calendário, a obrigação de apuração e recolhimento das antecipações mensais obrigatórias, requisito imperativo, nos termos da legislação em vigor.

O único instrumento de que dispõe o Fisco para sancionar o descumprimento do dever de antecipar o IRPJ/CSLL devidos mensalmente pelas pessoas jurídicas optantes pelo Lucro Real Anual, é a aplicação da multa isolada.

Conclui-se daí que, além de distintas naturezas jurídicas, são completamente autônomas as obrigações tributárias, relativas às antecipações mensais devidas a título de estimativas, e as relativas ao IRPJ e a CSLL devidos ao final do período de apuração anual, e tal autonomia encontra eco nas próprias disposições legislativas, quando se referem à incidência da multa isolada, ainda que apurado prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL no período, de modo que a multa isolada é sempre exigível, desde que apurada falta/insuficiência de recolhimento das estimativas mensais, sendo irrelevante a apuração de tributo devido no ajuste anual.

Nesta linha, cumpre observar que não se aplica ao presente caso o contido na Súmula CARF n.º 105, por se referir, esta, expressamente, à redação original do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, anterior ao advento da Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007.

Assim, é forçoso negar provimento ao recurso voluntário relativamente à aplicação da multa isolada sobre as estimativas não pagas nos períodos-base de 2014, 2015 e 2016.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves