



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10980.727316/2019-28  
**Recurso** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão nº** **1301-006.860 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 09 de abril de 2024  
**Recorrentes** BANCO SISTEMA S.A  
FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

CONCESSÃO JUDICIAL DE REGIME DIFERENCIADO DE REGIME DE TRIBUTAÇÃO DO IRPJ E DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE DE APURAR PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVO DA CSLL NA VIGÊNCIA DE TAL REGIME.

Submetendo-se o sujeito passivo a regime diferenciado de tributação do IRPJ e da CSLL, por conta de decisão judicial, é imperioso reconhecer-se que tal regime não se subsume aos regimes de tributação legalmente previstos para tais tributos. Logo, inviável a apuração de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL no curso de tal regime de tributação, vez que apenas as empresas que apuram o IRPJ e a CSLL na sistemática do lucro real é que dispõem de tal faculdade.

ALIENAÇÃO DE CONTROLE SOCIETÁRIO. BAIXA DE SALDO DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL

Não cabe a baixa de saldo de PF e BCN no momento da alienação de controle societário, ainda que haja simulação na utilização desse saldo, por ausência de previsão legal.

AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL COM CONVERSÃO DE CRÉDITO DETIDO PELO ACIONISTA. INSTITUTO DIVERSO DO PERDÃO DE DÍVIDA.

É possível aumento de capital social com conversão de dívida detida pelo acionista, não sendo tributável tal valor. Tal instituto difere do perdão de dívida.

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO INCIDENTE SOBRE O TRIBUTO APURADO COM BASE NO LUCRO REAL ANUAL. COMPATIBILIDADE.

Tratando-se de infrações distintas, é perfeitamente possível a exigência concomitante da multa de ofício isolada sobre estimativa obrigatória não recolhida ou recolhida a menor com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado, ao final do ano-calendário, com base no lucro real anual.

REPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DECORRENTE DA PRÁTICA DE ATOS SIMULADOS. AUTUAÇÃO QUE VEICULA ENTENDIMENTO INCORRETO ACERCA DOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS DOS ATOS

**SIMULADOS. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS INDICADOS PELA FISCALIZAÇÃO.**

Quando a fiscalização verifica corretamente a prática de atos simulados, mas não aplica os adequados efeitos tributários, é imperiosa a exoneração do crédito tributário constituído. Havendo crédito remanescente, constituído com multa de ofício de 75%, não se mostra possível manter a responsabilidade tributária imputada com base na prática de atos simulados.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017

**NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA.**

Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

**LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL, PIS E COFINS.**

Aplicam-se aos lançamentos reflexos (CSLL, PIS e Cofins) as mesmas razões de decidir do lançamento principal (IRPJ), em decorrência de sua íntima relação de causa e efeitos, na medida em que não há fatos jurídicos ou elementos probatórios a ensejar conclusões com atributos distintos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso de Ofício. Quanto ao Recurso Voluntário, acordam os membros do colegiado em lhe negar provimento (i) por unanimidade de votos em relação ao mérito da autuação (ii) e, por voto de qualidade, quanto à impossibilidade de concomitância de multa isolada e de multa de ofício, vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Marcelo José Luz de Macedo e Eduardo Monteiro Cardoso, que lhe davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Rafael Taranto Malheiros. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Eduardo Monteiro Cardoso.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros – Presidente e Redator designado

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iagaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

**Relatório**

Trata-se o processo de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos em face do Acórdão nº 16-93.284, proferido pela 1ª Turma da DRJ/SPO, que, por maioria de votos, julgou

parcialmente procedente a impugnação, mantendo parcialmente os tributos lançados, reduzindo a multa de ofício para o patamar de 75%, e cancelando integralmente a responsabilidade dos devedores solidários indicados.

O quadro a seguir resume os valores autuados, exonerados e mantidos, após a decisão da DRJ:

**QUADRO RESUMO DOS VALORES AUTUADOS, EXONERADOS E MANTIDOS**

**IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA**

ANO	LANÇADO		EXONERADO		MANTIDO	
	IRPJ	MULTA	IRPJ	MULTA	IRPJ	MULTA
2014	643.303.286,15	964.954.929,23	643.303.286,15	964.954.929,23	-	-
2015	29.572.585,95	44.358.878,93	29.572.585,95	44.358.878,93	-	-
2016	47.351.485,97	71.027.228,96	47.351.485,97	71.027.228,96	-	-
2017	10.220.061,80	15.330.092,25	-	7.665.046,13	10.220.061,80	7.665.046,13

**CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO**

ANO	LANÇADO		EXONERADO		MANTIDO	
	CSLL	MULTA	CSLL	MULTA	CSLL	MULTA
2014	385.996.371,69	578.994.557,54	385.996.371,69	578.994.557,54	-	-
2015	23.677.268,76	35.515.903,14	23.677.268,76	35.515.903,14	-	-
2016	37.900.388,78	56.850.583,17	37.900.388,78	56.850.583,17	-	-
2017	8.195.249,20	12.292.873,80	-	6.146.436,90	8.195.249,20	6.146.436,90

**PIS**

ANO	LANÇADO		EXONERADO		MANTIDO	
	PIS	MULTA	PIS	MULTA	PIS	MULTA
2014	15.980.643,72	23.970.965,58	15.980.643,72	23.970.965,58	-	-

**COFINS**

ANO	LANÇADO		EXONERADO		MANTIDO	
	COFINS	MULTA	COFINS	MULTA	COFINS	MULTA
2014	98.342.422,90	147.513.634,35	98.342.422,90	147.513.634,35	-	-

**MULTA ISOLADA - IRPJ**

MÊS	LANÇADO	EXONERADO	MANTIDO
dez/14	336.007.214,58	336.007.214,58	-
dez/17	10.244.080,23	-	10.244.080,23

**MULTA ISOLADA - CSLL**

MÊS	LANÇADO	EXONERADO	MANTIDO
dez/14	201.604.328,75	201.604.328,75	-
dez/17	8.195.264,18	-	8.195.264,18

De acordo com a DRJ, foram (i) parcialmente canceladas a Acusação Fiscal 01; (ii) integralmente as Acusações Fiscais 02 e 03

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento de primeira instância, a seguir transcrito, complementando-o ao final:

*Trata o presente processo de impugnação contra auto de infração lavrado pela Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil na 9ª Região Fiscal no qual foi constituído crédito tributário no valor total incluindo principal, juros e multa, de R\$ 4.359.612.183,94, englobando Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), PIS/PASEP e COFINS. Os valores de crédito tributário constituído podem ser assim detalhados:*

Processo	Documento	Tributo	Crédito Tributário
10980-727.316/2019-28	Auto de Infração	IRPJ	R\$ 2.482.741.930,55
10980-727.316/2019-28	Auto de Infração	CSLL	R\$ 1.539.422.857,66
10980-727.316/2019-28	Auto de Infração	PIS/PASEP	R\$ 47.170.066,06
10980-727.316/2019-28	Auto de Infração	COFINS	R\$ 290.277.329,67
Total do Crédito Tributário			R\$ 4.359.612.183,94

*A autoridade fiscal identificou duas irregularidades que ensejaram a constituição do crédito tributário de ofício, a saber:*

- Compensação indevida de prejuízos fiscais (PF) e bases negativas de CSLL (BCN) decorrentes de: i) indevido registro de saldos acumulados nos anos de 1998 a 2010 e, ii) a falta de baixa do saldo acumulado em 19/12/2014 após a aquisição do Banco Sistema pelo Grupo BTG Pactual;*
- Não reconhecimento de receitas apuradas em decorrência de perdão de dívida na conversão de dívida junto ao Fundo Garantidor de Crédito (FGC) em capital social.*

*Em virtude das irregularidades acima expostas foi também lavrado auto de infração para constituição de crédito tributário de multa isolada por insuficiência de recolhimento de estimativa de IRPJ e CSLL.*

*Contextualizando o auto de infração, cabe breve histórico do sujeito passivo.*

*O Banco Sistema S/A é instituição financeira pertencente ao Grupo BTG Pactual, sendo espólio do antigo Banco Bamerindus S/A, instituição que sofreu intervenção Federal do Banco Central do Brasil em 1997. Parte do patrimônio do antigo Banco Bamerindus foi transferido ao HSBC – Bank Brasil S/A em 1997.*

*Feito esse breve resumo, passo a detalhar os motivos descritos pela autoridade fiscal para lavratura dos autos de infração (Relatório Fiscal, fls. 7451 a 7642).*

### **1 - IRREGULARIDADE 1 – COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZOS FISCAIS E BASES NEGATIVAS DE CSLL**

*A compensação indevida de prejuízos fiscais (PF) e bases negativas de CSLL (BCN) decorre da insuficiência de saldos de prejuízo fiscal (PF) e base negativa de CSLL (BCN) em consequência de ajustes efetuados pela autoridade fiscal nos saldos disponíveis em anos-calendários anteriores.*

*Os motivos dos ajustes foram dois: i) inexistência de relação jurídica com o IRPJ e CSLL, impedindo a acumulação de saldos de Prejuízo Fiscal e Base Negativa no período em que perdurou o procedimento de liquidação extrajudicial e o patrimônio líquido da massa falida estava negativo; e, ii) baixa no saldo de prejuízo fiscal e base negativa decorrente de simulação na aquisição do Bamerindus.*

*Para melhor compreender a irregularidade 1 e os dois ajustes efetuados pela autoridade fiscal, importante reproduzir a cronologia dos fatos:*

26/03/1997:

*Decretada a Intervenção no BAMERINDUS (FISCALIZADA) pelo Banco Central do Brasil (BACEN);*

*O Banco HSBC S/A recebe parte dos ativos operacionais e passivos do BAMERINDUS;*

*O BAMERINDUS permaneceu com o restante dos ativos e passivos e com os saldos de PF e de BCN;*

26/03/1998:

*Decretada a Liquidação Extrajudicial do BAMERINDUS;*

18/07/2014:

*Aprovada a alteração da denominação social da Companhia para BANCO SISTEMA S/A - Ata da AGE de 18/07/2014;*

19/12/2014:

*Extinta a Liquidação Extrajudicial do BAMERINDUS (BANCO SISTEMA S/A);*

*Aquisição do BAMERINDUS (BANCO SISTEMA S/A) pelo BANCO BTG PACTUAL S/A (BTG);*

*Detalhando ainda o histórico da cronologia dos fatos, a autoridade fiscal reproduziu trechos relevantes trazidos aos autos pelo Fundo Garantidor de Crédito em resposta a intimação:*

*No que se refere especificamente ao Banco Bamerindus, em 26 de março de 1997 o BACEN, por meio do Ato-Presi n.º 651/1997, decretou o regime de Intervenção no Banco Bamerindus do Brasil S.A. ("Banco Bamerindus"), regime que perdurou até 26 de março de 1998, quando o BACEN encerrou a Intervenção e ato contínuo decretou o regime de liquidação extrajudicial do Banco Bamerindus, por meio do Ato-Presi n.º 791/1998.*

*Ocorre que, quando da decretação da intervenção, o FGC não possuía reservas suficientes para, em cumprimento de seu objeto social, pagar aos investidores e depositantes do Banco Bamerindus os valores que lhes eram devidos por força da garantia ordinária provida pelo FGC, à época limitada a R\$20.000,00 por CPF ou CNPJ depositante. O valor, à época, totalizava R\$ 2.849.190.909,23. Tal insuficiência dava-se em razão de a intervenção ter acontecido em data muito próxima à fundação do FGC, quando suas reservas ainda não estavam plenamente constituídas.*

*Em novembro de 1998, diante da insuficiência de recursos do FGC, e mediante prévia autorização do CMN, o FGC emitiu Notas Promissórias em benefício de BAMERINDUS - em Liquidação Extrajudicial. A massa liquidanda então cedeu tais Notas Promissórias ao BACEN, e recebeu em contrapartida, sob o então vigente PROER, moeda corrente no mesmo valor das Notas Promissórias.*

*Com tais recursos provenientes da cessão das Notas Promissórias, a massa liquidanda pagou o montante total garantido pelo FGC diretamente ao beneficiário da garantia do FGC. Esse beneficiário era o Banco HSBC, por prévia assunção onerosa de parte do passivo do Bamerindus (clientes. Operações, etc).*

*A partir dessa operação, o FGC tornou-se o maior credor individual do Banco Bamerindus. Na condição de maior credor e dentro do escopo de um plano de reestruturação aprovado pelo BACEN, o FGC aportou ao capital do Bamerindus o valor de seus créditos contra a massa e celebrou contratos de promessa de compra e venda de ações ordinárias de emissão do Bamerindus. Ao aportar ao capital do Bamerindus o crédito de R\$ 2.849.190.909,23 de que o FGC se tornou titular contra o Bamerindus, o Patrimônio Líquido do Bamerindus passou de aproximadamente R\$1.78 bilhões negativo para aproximadamente R\$ 77 milhões positivo.*

*Com isso, o FGC reuniria condições de transferir direitos de propriedade acionária que dariam ao seu adquirente o controle sobre a instituição. Assim, ainda no âmbito do plano de reestruturação, cabia ao FGC promover a transferência do controle acionário do Banco Bamerindus a instituição*

*financeira associada ao próprio FGC, sem assumir a condição de controlador dessa instituição.*

*O BTG Pactual demonstrou interesse na aquisição das ações de emissão do Bamerindus, oportunidade na qual foi celebrado entre BTG Pactual e FGC Instrumento Particular de Assunção Recíproca de Obrigações. Por meio desse contrato, o FGC entregou suas opções e recebeu pagamento no valor de R\$ 418.465.461,57.*

*Ressalta a autoridade fiscal que, no momento da intervenção do BACEN em 1997, o sujeito passivo já dispunha de saldos de PF e BCN, saldos estes que aumentaram substancialmente no período de 1997 a 2010 em função dos sucessivos resultados negativos do banco.*

*Nos anos de 2011 a 2017, o Banco Sistema apresentou resultados positivos nas apurações do IRPJ e da CSLL, e fez uso de parte dos saldos de PF e de BCN em compensações procedidas nas apurações destes tributos.*

*Além disso, em agosto de 2017, no âmbito do Programa de Regularização Tributária (PERT), o BANCO SISTEMA S/A cedeu quase a totalidade de seus saldos de PF e de BCN para o BTG, seu controlador desde 19/12/2014.*

*1.1 - Ajuste 1 no Saldo de Prejuízo Fiscal e Base Negativa – Inexistência de Relação Jurídica com o IRPJ e CSLL*

*O primeiro ajuste efetuado pela autoridade fiscal decorre de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) proferido na Ação Declaratória nº 5052775-21-2011-404-7000. Nesta ação o contribuinte pretendia demonstrar que inexistente relação jurídica entre uma massa falida e a União que o obrigue a recolher IRPJ e CSLL enquanto perdurar o procedimento de liquidação extrajudicial e o patrimônio líquido da massa estiver negativo.*

*A decisão teria declarado a “inexistência de relação jurídica que obrigue a Massa Autora a recolher IRPJ e CSLL sobre qualquer tipo de redução de seu patrimônio negativo”, enquanto o patrimônio líquido da massa permanecesse negativo e ela estivesse sob procedimento de liquidação extrajudicial.*

*Os seguintes trechos do voto da relatora foram reproduzidos pela autoridade fiscal para melhor avaliar o alcance da decisão:*

*Em que pesem as razões contidas na sentença, entendo que não há se falar em pedido genérico. Observo que o pedido formulado pela parte autora se mostra certo e determinado. Como já observado, da leitura do processo fica claro que a autora visa não ser compelida ao recolhimento de IRPJ e CSLL enquanto ela possuir patrimônio líquido negativo ('passivo a descoberto') e estiver em regime de Liquidação Extrajudicial.*

*...*

*Não merece reparos, nesse ponto, a sentença recorrida. E, pelas mesmas razões expostas na sentença, conclui-se que não pode incidir IRPJ nem CSLL em nenhuma das operações praticadas pela Massa, uma vez que todas elas, ainda quando importam, no caso isolado, em aumento do ativo; implicam, ao fim e ao cabo, tendo em conta o vultoso passivo acumulado pela Massa, apenas na redução do 'passivo a descoberto', ao menos enquanto não zerado o passivo atualmente em torno de 3 bilhões de reais.*

*De fato, assentado que a hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL corresponde ao acréscimo patrimonial obtido no período considerado, tem-se que somado o valor positivo eventualmente obtido pelas operações levadas a efeito pela Massa ao patrimônio negativo de titularidade dessa mesma Massa, o resultado ao final do período continuará sendo negativo, não constituindo hipótese de incidência dos tributos incidentes sobre o lucro.*

*Note-se que é assente na doutrina e na jurisprudência que quando o CTN fala em acréscimo patrimonial, isso equivale a dizer Variação patrimonial positiva', variação esta que só pode ser verificada ao final do período considerado. O simples fato de ingressarem receitas no 'caixa' da Massa não implica na presença da hipótese de incidência do IR, de vez que não se pode confundir receita ou rendimento com renda, que é a 'variação patrimonial positiva', i.e., corresponde ao resultado da equação 'receitas menos despesas'. Esse é o ponto fulcral da lide ora posta em discussão.*

...

*Esse o caso da autora, em que, apesar dos diversos ingressos obtidos, que vieram a aumentar seu ativo e diminuir seu passivo, ainda assim persiste um 'passivo a descoberto' em torno de 3 bilhões de reais. Não houve, pois, renda/lucro no período, porque a redução do passivo total da Massa não pode ser equiparada a acréscimo patrimonial, ainda que tenha decorrido de alguns ingressos que vieram aumentar seu ativo. Não tendo havido renda/lucro, não há como se admitir a incidência de IRPJ/CSLL sobre os ingressos da Massa ou sobre a redução de seu passivo.*

*Nesse passo, quadra observar, quanto ao disposto no art. 60 da Lei n. 9.430/96, que não se está declarando sua inconstitucionalidade, mas apenas se deixa de aplicá-lo nesse caso concreto, até porque se trata de norma genérica, aplicável aos impostos e contribuições em geral, e não apenas ao IRPJ e à CSLL, e a não incidência ora determinada diz respeito somente a estes últimos tributos, permanecendo a norma aplicável aos demais tributos incidentes sobre a atividade econômica desenvolvida pela Massa durante o processo de liquidação extrajudicial. Não se põe, pois, a questão da declaração de inconstitucionalidade da norma, o que atrairia a competência da Corte Especial deste Tribunal.*

*Em suma, conclui-se que não constitui acréscimo patrimonial/lucro tributável o auferimento de receitas pela Massa autora ao longo do processo de liquidação extrajudicial, tendo em vista que referidas receitas somente tiveram o condão de diminuir o 'passivo a descoberto' da Massa, e não o de ocasionar qualquer tipo de acréscimo patrimonial, que é a hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL.*

*Analizando a decisão proferida, a autoridade fiscal assim conclui:*

*Bem, dado que a CONTRIBUINTE entende que não há relação jurídica com a União, ficando desobrigada de recolher IRPJ e CSLL quando da apuração de Lucro Real e de Base de Cálculo Positiva da CSLL, raciocínio avalizado pela Justiça Federal, ao menos até a presente data, de se aplicar este mesmo entendimento, de inexistência de relação jurídica, quando da ocorrência de prejuízo fiscal (IRPJ) e de base de cálculo negativa da CSLL. Se não cabe à FISCALIZADA recolher IRPJ e CSLL, decerto não lhe cabe também acumular PF e BCN nestes períodos em que esteve sob o regime de liquidação extrajudicial e com seu patrimônio líquido negativo. Ou seja, a ausência de relação jurídica com a União há que ser entendida em relação à apuração das bases de cálculo destes tributos, não cabendo recolher os tributos quando as bases apuradas forem positivas, mas também não acumular PF e BCN quando forem negativas.*

*Entende a autoridade fiscal que a situação acima descrita se amoldaria ao conceito de não incidência, ou seja, a ausência do surgimento da relação jurídico-tributária em face da não ocorrência do fato gerador. Assim, a não incidência seria a ocorrência de um fato que está fora do campo da norma de incidência, não tipificado em lei, não acarretando o nascimento da obrigação tributária.*

*Enquanto a FISCALIZADA estivesse sob o rito da liquidação extrajudicial e seu PL se mantivesse negativo, entende a autoridade fiscal que ela sequer seria contribuinte do IRPJ e da CSLL. Destaca que por vezes a norma tributária afasta a incidência do IRPJ e da CSLL de alguns fatos de determinado contribuinte, permanecendo o mesmo na condição de contribuinte do IRPJ e da CSLL em relação aos demais fatos. Não seria o*

*caso aqui debatido, pois a decisão judicial seria clara ao afirmar que “não pode incidir IRPJ nem CSLL em nenhuma das operações praticadas pela Massa ...”.*

*Ademais, a Relatora, ao afastar a aplicação do art. 60 da Lei 9.430/96, resgatou o entendimento anterior veiculado no Parecer CST 49 de 1977, que retirava as massas liquidandas da condição de contribuinte do imposto de renda. Assim, não há que se falar em forma de tributação, como Lucro Real, Presumido ou Arbitrado a um não contribuinte do IRPJ e da CSLL. E vale lembrar que para uma empresa poder acumular PF e BCN, ela, necessariamente, deve apurar o resultado fiscal na modalidade de Lucro Real.*

*Portanto, como a liquidação extrajudicial do contribuinte se encerrou formalmente em 19/12/2014 (Portaria do BACEN), bem como seu patrimônio líquido se tornou positivo nesta data, não caberia aceitar a acumulação de PF e BCN apurados entre 26/03/1998 e 19/12/2014, devendo ser objetos de estornos para fins de correção dos saldos em 19/12/2014.*

*Ressalta a autoridade fiscal que a decisão proferida pelo TRF4 foi objeto de Recurso Especial interposto pela União e ainda pendente de julgamento pelo STJ.*

*Assim, caso tenha êxito em sua ação declaratória, o contribuinte poderá levantar os depósitos judiciais que efetuou relativo aos resultados positivos obtidos nos anos de 2011, 2012 e 2013, nada devendo a título de IRPJ e CSLL. De outro lado, considerando a tese aqui esposada, perderá o direito aos PF e BCN apurados nos anos de 1998 a 2010, restando corretos os ajustes efetuados nos respectivos saldos, com os estornos destes valores.*

*No caso de derrota do contribuinte na referida ação, também nada deverá a título de IRPJ e CSLL, uma vez que já realizou os depósitos relativos ao IRPJ e CSLL apurados nos anos de 2011, 2012 e 2013, mas poderá manter os PF e BCN apurados de 1998 a 2010.*

#### 1.2 - Ajuste 2 no Saldo de Prejuízo Fiscal e Base Negativa – Simulação na aquisição do Bamerindus

*O segundo ajuste realizado pela autoridade fiscal decorre da possível simulação na aquisição do Banco Sistema pelo Banco BTG Pactual, fundamento independente do exposto no item anterior, mas cujos efeitos englobam o ajuste no Prejuízo Fiscal e Base Negativa.*

*Para detalhar os motivos que ensejaram o ajuste, a autoridade fiscal remete ao histórico da operação, cujos trechos relevantes reproduzo:*

*Em 02/01/2013 foi firmado, entre o Banco BTG Pactual S/A (BTG) e o FGC - Fundo Garantidor de Créditos, o INSTRUMENTO PARTICULAR DE ASSUNÇÃO RECÍPROCA DE OBRIGAÇÕES7 (doravante referido neste Relatório simplesmente como CONTRATO). Neste instrumento, o BTG adquiriu, do FGC, o controle da participação societária no BAMERINDUS, sendo que algumas condições deveriam ser implementadas, de forma a permitir a conclusão total do contrato, o que se deu em 19/12/2014, que é considerada a sua data de fechamento.*

*Nesta mesma data, 19/12/2014, o BACEN encerrava formalmente o processo de liquidação extrajudicial em face do BAMERINDUS, conforme Ato do Presidente do BACEN n.º 1.285. Em resposta ao TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL N.º 04 desta Fiscalização, o FGC trouxe um breve histórico sobre esta operação de aquisição do BAMERINDUS pelo BTG, já reproduzido anteriormente neste Relatório. Cumpre, porém, reproduzirmos novamente alguns trechos relevantes para a melhor compreensão dos fatos que serão aqui relatados (grifos nossos):*

*(...)*

*Em apertada síntese, o FGC, sendo o maior credor perante o BAMERINDUS, o qual estava em processo de liquidação extrajudicial, ao invés de esperar o liquidante promover o encerramento total da liquidação, com a alienação dos ativos então existentes no BAMERINDUS (créditos de baixa taxa de recuperabilidade e*

*outros bens recebidos em garantia), integralizou o seu crédito, no montante de R\$ 2.849.190.909,23, em aumento de capital promovido nas ações do BAMERINDUS. Em seguida, alienou as ações recém adquiridas ao BTG, por cerca de R\$ 400 milhões.*

*A Ata da Assembleia Geral Extraordinária (AGE) de 05/06/20148 do BAMERINDUS deliberou por este aumento de capital, com a emissão de 362.031.881 novas ações ordinárias, e registrou o valor total da integralização em R\$ 2.849.190.909,23 (perfazendo R\$ 7,87/ação). Ou seja, este valor correspondia exatamente ao total do crédito devido pelo FGC em face do BAMERINDUS, em 30/04/2014, conforme demonstrativo CRÉDITO MASSA LIQUIDANDA, disponibilizado pelo FGC em sua resposta ao TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL Nº 04. Desta forma, a integralização deste aumento de capital foi efetivada pela conversão do total do crédito do FGC em capital do BAMERINDUS. Porém, o aumento de capital em tela, apesar de aprovado na AGE de 05/06/2014, somente foi realizado em 19/12/2014, data de fechamento da operação de alienação ao BTG, mesma data em que o processo de liquidação extrajudicial se encerrava.*

*Diante do acima exposto, vê-se que o BTG, interessado nos “ativos” do BAMERINDUS, basicamente créditos inadimplidos e alguns bens recebidos em garantia, ao invés de adquirir diretamente estes bens do BAMERINDUS no processo de liquidação que estava em curso, preferiu tornar-se sócio desta instituição, da qual assumiu o controle, com mais de 98% do capital votante.*

*Mas qual seria a razão desta aquisição da participação societária no BAMERINDUS, uma vez que o BTG poderia adquirir diretamente os ativos pelos quais demonstrou “interesse”? Nesta seção veremos que, na verdade, esta operação de aquisição do BAMERINDUS pelo BTG teve por motivação principal objetos que não figuraram formalmente no CONTRATO, especificamente os saldos de PF e de BCN existentes em 19/12/2014, registrados nos livros fiscais do então BAMERINDUS. Esta operação foi montada desta forma, com a reativação de uma empresa em fase final de liquidação, unicamente para manter seu CNPJ ativo, pois, com ele, viriam, a reboque, os saldos de PF e de BCN.*

*Diante do “interesse” do BTG pelos ativos do BAMERINDUS, a operação natural seria o liquidante alienar estes ativos (créditos inadimplidos e imóveis) ao BTG, e com os recursos recebidos, dar fim a liquidação, fazendo o devido rateio entre os credores habilitados, sendo o maior deles o FGC. Por fim, o CNPJ seria baixado, uma vez que não mais existiriam ativos a serem liquidados, e todo o saldo amealhado já teria sido rateado entre os credores. Mas com esta formatação, os saldos bilionários de PF e BCN existentes no BAMERINDUS morreriam com a baixa do CNPJ.*

*Para corroborar a tese de que a operação de aquisição do Banco Sistema pelo Banco BTG Pactual foi montada unicamente para manter seu CNPJ ativo, conseqüentemente mantendo os saldos de PF e de BCN, a autoridade fiscal apresenta os seguintes fatos:*

#### 1.2.1 Notícias de Jornal

*A autoridade fiscal colaciona ao seu relatório trechos de notícias veiculadas pela mídia abordando a operação de aquisição do Banco Bamerindus pelo Banco BTG Pactual. Essas notícias demonstrariam que o interesse do Banco BTG Pactual ao adquirir o Banco Bamerindus residiria na possibilidade de utilização do grande saldo de prejuízo fiscal e base negativa que o banco detinha.*

*Nessas notícias também é evidenciado o interesse do Banco BTG Pactual em capitalizar o Banco Sistema, podendo utilizar o recurso capitalizado na geração de receitas que consumiriam os saldos de prejuízo fiscal e base negativa, bem como o interesse em transferir as operações de crédito e boa parte de seu capital para a instituição financeira adquirida.*

#### 1.2.2 Disposições do contrato firmado entre BTG e FGC

*O INSTRUMENTO PARTICULAR DE ASSUNÇÃO RECÍPROCA DE OBRIGAÇÕES, firmado entre o FGC e o BTG em 02/01/2013, descrevia o objeto do contrato, bem como o preço a ser pago.*

*Por meio deste instrumento, coloca a autoridade fiscal que objeto do contrato seria:*

- a) 6.191.079 ações ordinárias do capital social do BAMERINDUS;*
- b) 4.940.511 ações ordinárias do capital social da BPE17;*
- c) Direitos de Aquisição sobre 3.315.989 ações ordinárias da BPE;*
- d) Direitos de Aquisição sobre 109.311 ações ordinárias do BAMERINDUS;*
- e) Direitos de Subscrição de Ações, a serem emitidas mediante aumento de capital do BAMERINDUS, com renúncia do direito de preferência dos acionistas controladores, cujo valor de subscrição atribuído ao FGC será a integralidade do crédito devido à época pelo FGC (valorado em R\$ 2.698.615.470,00, na data de 02/01/2013);*
- f) Crédito de titularidade do FGC contra a BASTEC18, valorado em 02/01/2013, no montante de R\$ 9.745.620,39.*

*Assim, o Banco BTG Pactual iria adquirir os objetos acima descritos pelo montante de R\$ 418.465.461,57, posteriormente ajustado para R\$ 397.465.461,56 (= 95.800.000,00 + 4 x 75.416.365,39), conforme item 13 do INSTRUMENTO DE CESSÃO DE BENS E DIREITOS, firmado em 30/06/2014, entre o BTG e o FGC.*

*Analizando os fatos acima descritos, assim colocou a autoridade fiscal:*

*Considerando o acima exposto, vemos que o FGC, em 19/12/2014, capitalizou o total do crédito (R\$ 2.849.190.909,23) que detinha em face do BAMERINDUS, adquirindo as 362.031.881 novas ações emitidas. Ocorre que estas ações foram, em seguida, alienadas ao BTG, que por elas (e mais os outros 05 objetos listados no CONTRATO – cláusula 1.1) pagou apenas R\$ 397.465.461,56.*

*Ora, carece de lógica a operação com estes montantes. Ninguém adquire algo, como ações de uma empresa, por determinado valor e, ato contínuo, aliena-o por valor substancialmente menor do então pago. Em infração específica, a ser relatada ainda neste Relatório, veremos o que está por trás desta falta de razoabilidade da operação. Para a caracterização da presente infração, de compensação indevida, importa-nos apenas enxergar esta estranheza. Uma capitalização de crédito, com a superavaliação das ações emitidas, e a seguida alienação destas ações por valor substancialmente menor do então pago pelas ações na integralização.*

*A “necessária” negociação com as ações do BAMERINDUS (de forma a possibilitar a aquisição da participação societária, e não dos ativos), e o também necessário encerramento do processo de liquidação extrajudicial do Banco (cláusula 3.1.vii do CONTRATO), culminaram na capitalização, sem razoabilidade, promovida pelo FGC, e a alienação das ações recém adquiridas ao BTG.*

*Destaca ainda a autoridade fiscal que intimou o Banco BTG Pactual a apresentar laudo de avaliação que tivesse subsidiado a valoração da participação no Banco Bamerindus. Em sua resposta, o BTG disponibilizou o documento intitulado PROJETO BBB - DUE DILIGENCE, datado de 02/07/2013, que não apresentava assinaturas, tampouco a indicação dos elaboradores. De se observar que o documento é posterior a 02/01/2013, data da assinatura do CONTRATO.*

### 1.2.3 Análise do Plano de Negócios do Banco Sistema S/A

*Com vistas a dar substância a operação de aquisição da participação acionária do BAMERINDUS, foi elaborado PLANO DE NEGÓCIOS DO BANCO SISTEMA S/A (PLANO DE NEGÓCIOS), datado do julho/2014. Tal documento serviu de base para*

*que o BACEN aprovasse a operação de aquisição do Bamerindus pelo Banco BTG Pactual e a retomada das atividades do Banco Sistema.*

*A autoridade fiscal analisou o Plano de Negócios, confrontando-o com as ações empreendidas pelo Banco BTG Pactual e com a consecução das etapas do planejamento posto nesse documento.*

*Inicialmente, destaca a autoridade fiscal que pelo Plano de Negócios o Banco BTG Pactual tinha basicamente dois objetivos com a aquisição do Bamerindus: i) utilizar os créditos inadimplidos existentes no ativo do Bamerindus para acelerar seu crescimento nessa área; e ii) concentrar sua atividade de corporate lending (empréstimos e financiamentos a pessoas jurídicas) no Bamerindus.*

*Anteriormente a aquisição do Bamerindus pelo Banco BTG Pactual, o primeiro não possuía estrutura física e de pessoal para atingir os objetivos propostos no Plano de Negócios, se resumindo a uma sala e a pessoa do liquidante. Conforme o plano de negócios: “as únicas operações bancárias realizadas atualmente decorrem da cobrança dos créditos que detinha contra terceiros à época da sua intervenção”.*

*A concentração das atividades de corporate lending no Banco Sistema teria como objetivos dar mais clareza na análise dos resultados da atividade de crédito e permitir a sua utilização como plataforma alternativa de captação de recursos, podendo inclusive ser elegível a um rating separado.*

*Para alcançar a segregação das atividades de Corporate Lending, o BTG Pactual iria promover a transferência de capital, ativos, recursos humanos e demais ferramentas necessárias à execução apropriada de tais atividades.*

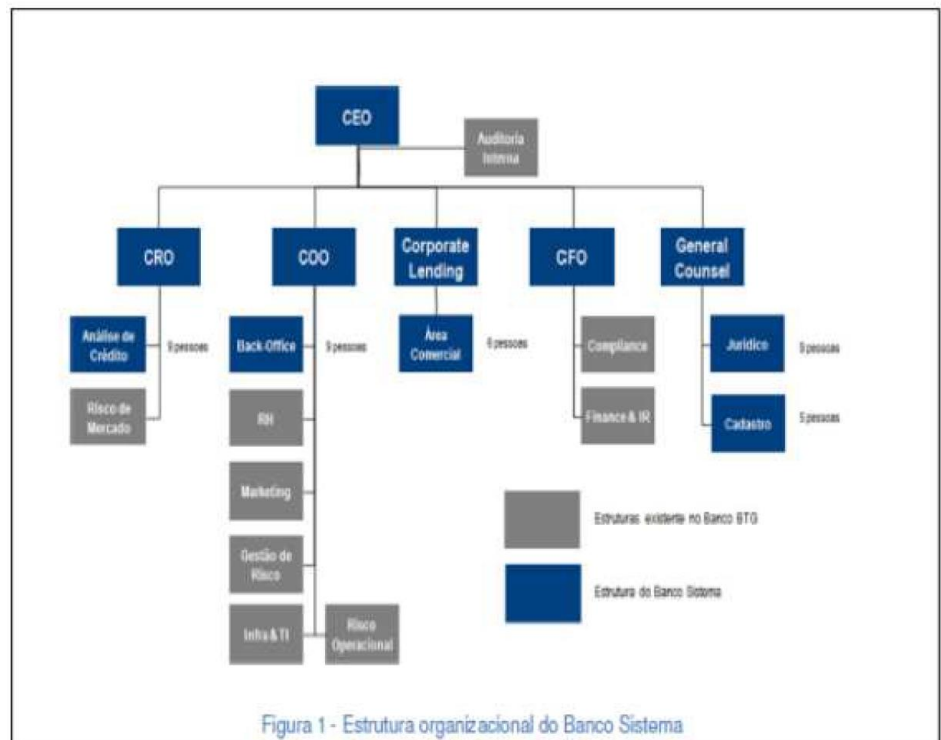
*Ainda no Plano de Negócios é detalhado como se daria a expansão da área de recuperação de créditos inadimplidos, Non-Performing-Loans (NPL) com a utilização da equipe especializada da Recovery (empresa em que o BTG Pactual detém participação acionária), assim, a cobrança dos devedores passaria a contar com uma ampla gama de formas alternativas para satisfação da dívida, o que iria permitir a maximização do valor da cobrança.*

*O planejamento para a transferência da área de corporate lending e a expansão da área NPL contemplava inicialmente uma capitalização bilionária no BANCO SISTEMA S/A, que, conforme disposto, seria dividida em duas partes, uma inicial de R\$ 2 bilhões, e outra de R\$ 3 bilhões, “até o 18º mês após a alteração do controle”.*

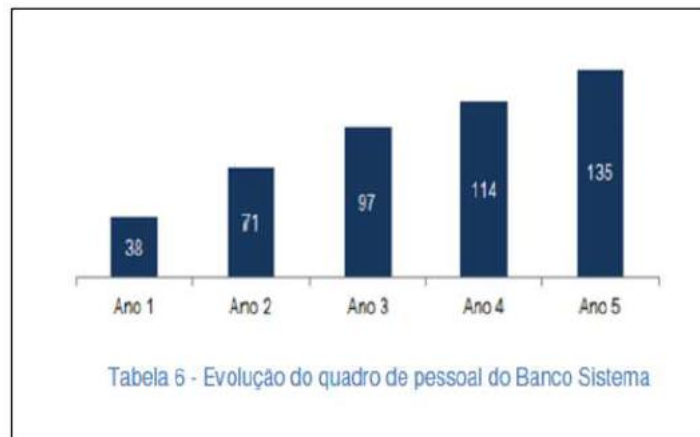
*O BTG iria transferir parte de sua carteira de créditos para o BANCO SISTEMA S/A, o que seria feito em 2 etapas, cada uma de R\$ 3,5 bilhões. De se destacar também o prazo estimado de 6 meses para começar a originar créditos off-balance (sem desembolso) dentro da nova plataforma do BANCO SISTEMA S/A, e de 18 meses para a “implantação de todos os sistemas e ferramentas necessários para a atividade de crédito”.*

*Não houve estimativa de prazo para o objetivo de crescimento da área de NPLs.*

*A estrutura organizacional prevista contemplaria áreas de negócios aproveitadas dentro da estrutura organizacional do BANCO BTG PACTUAL S/A (em cinza) e estrutura dentro do Banco Sistema (em azul), sendo que inicialmente as pessoas das áreas relacionadas diretamente à unidade de crédito seriam transferidas do BTG Pactual para o Banco Sistema:*



No plano de negócios estava prevista a transferência de funcionários do BTG Pactual para o Banco Sistema, posteriormente, com a expansão das atividades seria necessária a contratação de novos funcionários. O planejamento de recursos humanos seria o seguinte:



Quanto à infraestrutura necessária, destaca a autoridade fiscal que o BTG já dispunha basicamente de toda a infraestrutura necessária para as novas atividades que seriam desempenhadas pelo BANCO SISTEMA S/A, e este passaria a utilizar toda essa infraestrutura, prescindindo da criação de novas infraestruturas físicas e de sistemas.

O plano de negócios elenca as espécies de receitas que o Banco Sistema S/A passaria a auferir, destacando essencialmente as receitas que seriam oriundas dos créditos on-balance (carteira com desembolso que viria do BTG), com início previsto em 6 meses após a aquisição do controle, e dos créditos off-balance (sem desembolso), que seriam originadas no próprio BANCO SISTEMA S/A (fianças e SBLC), com início previsto em 18 meses após a aquisição do controle pelo BTG.

Analisando o Plano de Negócios, assim relatou a autoridade fiscal:

*Como já salientado, o aporte de R\$ 5 bilhões efetivamente ocorreu em março de 2015, mas, de outro lado, as captações via depósitos interfinanceiros não existiram. Questionada formalmente sobre estas captações, conforme item 2.21 do TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL Nº 10, o BANCO SISTEMA S/A simplesmente remeteu sua resposta ao “resumo da operação”, que definitivamente não esclareceu acerca das captações. Em verdade, o excesso de caixa era flagrante, não havendo necessidade de outras captações via operações interbancárias.*

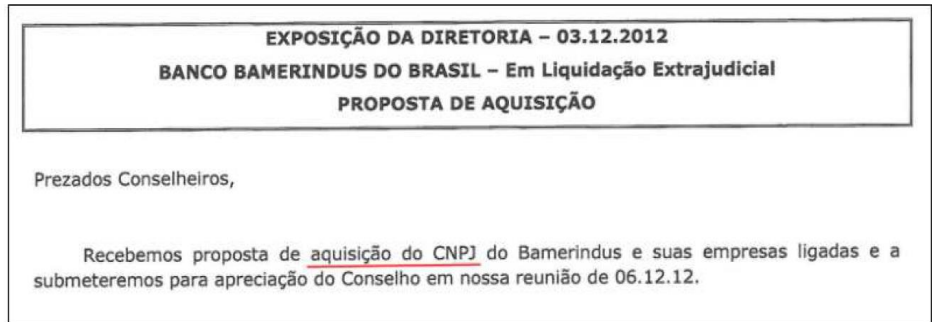
*Seguindo no PLANO DE NEGÓCIOS, há uma série de demonstrativos tendentes a evidenciar a viabilidade do retorno das operações do BANCO SISTEMA S/A, que desempenharia basicamente estas duas atividades, corporate lending (empréstimos e financiamentos a empresas) e a compra e recuperação de créditos inadimplidos (NPLs). O que fica claro é que apenas para esta última atividade, recuperação de NPLs, o BAMERINDUS tinha alguma utilidade, uma vez que possuía uma carteira bilionária com estes tipos de créditos, lembrando, porém, que eram de baixa taxa de recuperabilidade. Já para a atividade de corporate lending, o BAMERINDUS não tinha nada, absolutamente nada a agregar. Tudo seria novo para o BANCO SISTEMA S/A neste segmento.*

*Sem estrutura física e de pessoal, além de não possuir nenhuma expertise no ramo de corporate lending, o BAMERINDUS que o BTG recebeu em 19/12/2014 (ou seja, antes da capitalização dos R\$ 5 bilhões em março) se resumia a um CNPJ com uma volumosa carteira de créditos NPLs. De se espantar que, na única atividade na qual o BAMERINDUS poderia ter alguma utilidade, recuperação de créditos NPLs, a sua carteira foi simplesmente transferida à empresa especializada do Grupo BTG, a RDB.*

*Como já salientado, para o BANCO SISTEMA S/A, a atividade de corporate lending seria inteiramente nova, com toda a infraestrutura sendo fornecida pelo BTG, inclusive o capital. Diante disso, uma pergunta exsurge: por que o BTG não criou um “CNPJ” novo para concretizar este segundo objetivo, de “segregar” a atividade de corporate lending do Grupo em uma única empresa? A resposta está simplesmente nos saldos de PF e de BCN atrelados ao CNPJ do BAMERINDUS. Nesta operação de aquisição, o CNPJ teria que ser mantido vivo a qualquer custo, de forma a possibilitar uso dos saldos de PF e de BCN numa etapa posterior. A mídia jornalística já pressentia isso, como já visto anteriormente.*

*Finalizando esta análise do PLANO DE NEGÓCIOS, podemos ver que o enfoque na atividade de recuperação de créditos inadimplidos é periférico, secundário, simplesmente porque esta “atividade” se resumiu na transferência dos créditos NPLs para a empresa especializada do Grupo BTG, a RDB. Já na atividade de corporate lending, o PLANO DE NEGÓCIOS é mais cuidadoso, mais detalhista, porém, como já dito, esta atividade, além de não ter sido implementada, o que veremos mais adiante, era completamente nova para o BANCO SISTEMA S/A, e este em nada poderia contribuir para a desejada “concentração” da atividade numa única empresa do Grupo. Tudo seria fornecido pelo próprio BTG. Para realizar este objetivo, o caminho natural para o BTG seria a criação de uma nova empresa, e não utilizar a “estrutura” do BAMERINDUS.*

*Os fatos acima relatados vão ao encontro da tese de que a aquisição visou, em verdade, à obtenção dos saldos de PF e de BCN do BAMERINDUS, e para isso, o CNPJ teria que ser mantido ativo. Dentre os vários documentos relativos a esta transação entre o FGC e o BTG, ao menos um deixa transparecer o verdadeiro interesse do adquirente. Abaixo, reproduzimos trecho do documento intitulado Exposição da Diretoria - 03/12/2012, cuja cópia está contida no corpo da Ata da 11ª Reunião do Conselho de Administração do FGC22. Neste documento, a Diretoria do FGC resumiu ao Conselho a proposta do BTG para a aquisição do BAMERINDUS, e em seu início, assim dispôs (grifo nosso):*



#### 1.2.4 Estrutura do Banco Sistema

*A autoridade fiscal destaca que anteriormente a aquisição do Banco Bamerindus pelo Banco BTG Pactual, o primeiro não dispunha de mínima estrutura capaz de contribuir para as atividades que seriam desempenhadas.*

*O Bamerindus não desempenhava atividade bancária no curso de seu processo de liquidação extrajudicial, pois a lei proibia qualquer atividade bancária nesse período.*

*No período de 26/03/1998 até 19/12/2014, o BAMERINDUS deixou de operar definitivamente como banco múltiplo, e o liquidante passou a ter como única atividade a realização dos ativos do banco, de forma a satisfazer os credores habilitados. O Bamerindus não possuía agências bancárias, pois toda sua estrutura física fora transferida para o HSBC em 26/03/1997.*

*Analizando a GFIP do Bamerindus, a autoridade fiscal destaca a inexistência de funcionários registrados. Foi possível identificar alguns registros na GFIP, mas se referiam a registros decorrentes de reclamatórias trabalhistas ou autônomos.*

*Portanto, questiona a autoridade fiscal: "Sem agências bancárias, sem infraestrutura física, sem sistemas e sem pessoal, o que o BAMERINDUS poderia oferecer ao BTG na atividade de corporate lending?"*

#### 1.2.5 Atuação do FGC

*Outro ponto destacado pela autoridade fiscal foi a atuação do FGC, pois houve a capitalização do seu crédito, convertendo-o em capital do BAMERINDUS, sendo que pagou por isso cerca de R\$ 2,8 bilhões, e ato contínuo, alienou estes papéis ao BTG por cerca de R\$ 400 milhões.*

*A autoridade fiscal questionou os motivos que levaram o FGC a estruturar a operação dessa maneira. Entendeu que o FGC não conseguiu esclarecer os motivos. Assim colocou a autoridade fiscal:*

*A verdadeira razão era uma operação não permitida pelo ordenamento jurídico, a negociação com saldos de PF e de BCN. Ademais, não procede a argumentação de que a liquidação extrajudicial se encontrava obstada desde 1998, uma vez que o litígio com os minoritários havia sido solucionado em 2011, com a aquisição de suas ações pelo FGC, como já explicitado neste Relatório.*

*Destaca que o FGC não apresentou documentação de suporte a comprovar os motivos que ensejaram a estruturação da operação, documentos esses que deveriam estar de posse do FGC, quais sejam:*

- Cópia da PROPOSTA DE AQUISIÇÃO do BAMERINDUS, apresentada pelo BTG;*
- Cópia da OFERTA DE VENDA DO CONTROLE do BAMERINDUS disponibilizada aos associados do FGC;*
- Cópia do HISTÓRICO ATUALIZADO DO PROJETO, documento encaminhado ao Conselho do FGC, conforme Relatório FGC- 120752 - Exposição da Diretoria;*

- Cópias das CARTAS DO BC relativas à autorização para a execução do projeto, documentos encaminhados ao Conselho do FGC, conforme Relatório FGC-120752 - Exposição da Diretoria, de 03/12/2012;
- Cópia do RELATÓRIO DE AUDITORIA elaborado pela KPMG, documento encaminhado ao Conselho do FGC, conforme Relatório FGC-120752 - Exposição da Diretoria, de 03/12/2012;
- Cópias de todas as CORRESPONDÊNCIAS (cartas, ofícios, memorandos, emails, etc.) trocadas (enviadas e recebidas) com o BANCO BTG PACTUAL S/A, entre 01 de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014, que tiveram por objeto à negociação para a venda do controle do BANCO BAMERINDUS DO BRASIL S/A;
- Cópia do RELATÓRIO FGC-130020;
- Cópia do PLANO DE REESTRUTURAÇÃO do BANCO SISTEMA S/A elaborado pelo FGC;
- Cópia da CORRESPONDÊNCIA BACEN nº DIRET-2009/294, de 23/04/2009, endereçada ao FGC;

Por fim, nesse tópico a autoridade fiscal questionou o FGC o por que de não ter alienado apenas os ativos do Bamerindus, ao invés da alienação da participação societária, não havendo respostas por parte do FGC.

#### 1.2.6 Capitalização do Banco Sistema

A autoridade fiscal questiona o aumento de capital do Banco Sistema no valor de R\$ 5 bilhões, pois entende que não era necessária para o desempenho das atividades planejadas no Plano de Negócios. Ainda questiona o fato de ter havido a antecipação da capitalização desse montante, vez que o plano de negócios previa o aporte de capital em 2 etapas.

O BTG argumentou que esta capitalização se mostrou necessária para viabilizar a aquisição, pelo BANCO SISTEMA S/A, da carteira de créditos do próprio BTG, e assim permitir o início da atividade de aquisição e negociação com títulos inadimplidos (NPLs).

Sobre a resposta do BTG, assim colocou a autoridade fiscal:

Apesar da estranheza desta operação, uma vez que o BTG desembolsaria os recursos para capitalização, e logo em seguida recebê-los-ia, mediante a alienação da carteira de créditos ao BANCO SISTEMA S/A, não foi isso que aconteceu. Os R\$ 5 bilhões nunca se prestaram a adquirir a carteira de créditos do BTG, e foram simplesmente colocados em aplicações interbancárias e títulos do tesouro, remunerados pela taxa SELIC, o que perdurou de março de 2015 até o final de 2017. Vale lembrar que em maio de 2015, o BANCO SISTEMA S/A celebrou contrato com a RDB, transferindo toda a sua carteira de títulos inadimplidos para cobrança por parte da RDB. Ora se era para adquirir a carteira do BTG e entregá-la para cobrança pelo RDB, com a devida vênua, mas isso o BTG já fazia antes da aquisição do BANCO SISTEMA S/A. Importante frisar esta data da cessão dos créditos para a RDB, maio de 2015, é bem anterior à data da prisão do acionista controlador do BTG, ocorrida em novembro de 2015, fato maior argumentado pela FISCALIZADA para a não implementação das medidas anunciadas no PLANO DE NEGÓCIOS.

Frisa a autoridade fiscal que intimou o Banco BTG Pactual a apresentar ato constitutivo do BTG que teria deliberado pela capitalização do Banco Sistema. Em resposta o Banco BTG Pactual informou não haver qualquer ato deliberando o aumento de capital. Sobre esse ponto, causou estranheza a autoridade fiscal a ausência de qualquer ato que deliberasse um aumento de capital em montante elevado, mesmo não havendo cláusula no Estatuto Social que obrigasse.

A autoridade fiscal ainda solicitou ao BTG Pactual apresentação de Proposta de Aquisição formalizada junto ao FGC por ocasião da oferta de venda de controle do BAMERINDUS. Em atendimento a este item, o BTG disponibilizou cópia do Memorando de Fechamento, datado de 23/12/2014, documento que definitivamente não se presta a atender ao solicitado.

Intimada a esclarecer os lançamentos contábeis efetivados pelo BTG por ocasião da capitalização de R\$ 5 bilhões no BANCO SISTEMA S/A. Em sua resposta, o BTG trouxe os lançamentos efetivados, e explicações sobre a conta 4953009300 LIQUIDAÇÕES PENDENTES, informando que pertence ao grupo “4953000-5 - CREDORES – CONTA LIQUIDAÇÕES PENDENTES” que, por sua vez, é uma conta do grupo “4950000-4 – NEGOCIAÇÃO E INTERMEDIÇÃO DE VALORES”. A análise da ECD do BTG relativa ao ano de 2015 permite afirmar que os recursos para a capitalização foram retirados de aplicações que o banco mantinha em títulos públicos (Conta 1889200815 TRANSITÓRIA TÍTULOS PÚBLICOS). Ou seja, o BTG se desfez de investimentos que lhe propiciavam receitas financeiras, repassando estes recursos ao BANCO SISTEMA S/A, que passou a aplicar em operações interfinanceiras e em títulos públicos. Confirma-se assim, a afirmação do BTG, de que utilizou recursos próprios para a capitalização bilionária no BANCO SISTEMA S/A.

Abaixo a destinação dada pelo BANCO SISTEMA S/A aos R\$ 5 bilhões recebidos do BTG no aumento de capital de março de 2015. As contas em questão fazem parte dos Grupos APLICAÇÕES EM OPERAÇÕES COMPROMISSADAS e APLICAÇÕES EM DEPÓSITOS INTERFINANCEIROS. De se observar que uma das operações foi realizada com o próprio BTG:

**Tabela 4: Evolução das Aplicações Compromissadas e Interfinanceiras - 2013 a 2017**

Conta	31/12/2013	31/12/2014	31/12/2015	31/12/2016	21/12/2017
1221010001 CDI BANCO PACTUAL S/A	0,00	1.349.477.809,77	2.500.000.000,00	1.900.321.657,33	2.899.760.648,50
1211005003 LETRAS DO TESOURO NACIONAL - LTN	0,00	0,00	4.305.214.285,84	3.238.482.360,56	675.061.128,54
1211007003 NOTAS DO TESOURO NACIONAL - NTN	0,00	0,00	0,00	2.252.565.114,75	782.732.955,27
1211003003 LETRAS FINANCEIRAS DO TESOURO - LFT	0,00	0,00	0,00	0,00	601.099.113,40
TOTAIS	0,00	1.349.477.809,77	6.805.214.285,84	7.391.369.132,64	4.958.653.845,71

Por fim, destaca a autoridade fiscal que trecho do Formulário de Referência do BTG de 31/12/2016 declara expressamente que a aquisição e a manutenção da participação no BAMERINDUS tinham por razão, além da reorganização da área de crédito, o “aproveitamento dos créditos fiscais”

#### 1.2.7 Redução do Capital Social

O BTG manteve a capitalização bilionária no BANCO SISTEMA S/A até o final de 2017, o que proporcionou elevados lucros a esta instituição, em função das receitas financeiras advindas da aplicação dos recursos recebidos em capitalização.

De acordo com a Ata da AGE de 21/12/2017, disponibilizada na resposta ao TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL Nº 10 (DOC. 06 da Resposta 01), nesta data houve uma forte redução do capital social do BANCO SISTEMA S/A, no montante de R\$ 5.404.454.110,03, em razão do mesmo ter se tornado “excessivo em relação ao desenvolvimento das atividades da companhia”, nas palavras da referida ata. Nesta redução, R\$ 3.702.004.212,92 foram retirados do próprio capital social, e R\$ 1.702.449.897,11, da conta reserva de capital. Assim, o capital social da companhia passou de R\$ 4.002.004.212,92 para R\$ 300.000.000,00.

Um detalhe ocorrido poucos meses antes desta redução do capital, que é o verdadeiro motivo dele ter se tornado “excessivo”. Os saldos de PF e de BCN do

*BANCO SISTEMA S/A se esgotaram em agosto de 2017! Neste mês, foi celebrado o Contrato de Cessão de Crédito Tributário<sup>30</sup>, entre o BTG e o BANCO SISTEMA S/A, onde este cedeu ao seu controlador os montantes de R\$ 1.648.382.291,45 e R\$ 3.040.130.414,77 a título de créditos tributários de PF e sobre BCN, respectivamente, para uso no âmbito do PERT – Programa Especial de Regularização Tributária. Após estas transferências, o BANCO SISTEMA S/A passou a ter um saldo de R\$ 10.525.033,9131, tanto de PF como de BCN.*

*Acerca da redução de capital, em sua resposta, o BANCO SISTEMA S/A esclareceu que a obrigação referente à redução de capital, no montante de R\$ 5.404.454.110,03, foi liquidada em 26/03/2018. Além disso, apresentou demonstrativo com o lançamento contábil referente a este pagamento, bem como cópia de extrato do sistema contábil da empresa, com os lançamentos no livro razão da conta 4999200101 - VALORES A PAGAR BANCO BTG PACTUAL S/A, relativos ao ano de 2018.*

*No que tange à cessão dos saldos e PF e de BCN, asseverou que o respectivo crédito, no montante de R\$ 1.020.121.622,10, foi recebido também em 26/03/2018, tendo apresentado demonstrativo com o lançamento correspondente ao valor recebido do BTG. Da mesma forma, apresentou cópia de extrato do sistema contábil com os registros na conta 1889200189 VALS A REC - BANCO BTG PACTUAL S/A, referentes ao ano de 2018.*

#### 1.2.8 Evolução da receita

*O seguinte trecho do Relatório Fiscal demonstra a evolução das receitas:*

*As receitas auferidas com as “novas” atividades do BANCO SISTEMA S/A, conforme do PLANO DE NEGÓCIOS, evidenciadas pelos Grupos RENDAS DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO e RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS BAIXADOS COMO PREJUÍZO (colunas em destaque), mostraram-se diminutas frente às receitas auferidas com as operações interfinanceiras (RENDAS DE APLICAÇÕES INTERFINANCEIRAS DE LIQUIDEZ);*

*De se esclarecer que a maior parte das receitas registradas no Grupo RENDAS DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO advém da contabilização de juros pelo regime de competência, que são relacionados a créditos anteriores à aquisição do controle pelo BTG;*

*Corroborando esta tese, de que a rubrica intitulada como RENDAS COM OPERAÇÕES DE CRÉDITO não foi responsável pelos elevados lucros de 2015 a 2017, o fato de ela ter registrado os montantes de R\$ 66.205.348,52 e R\$ 125.537.788,36, nos anos de 2013 e 2014, respectivamente, conforme ECD. Ou seja, mesmo antes da aquisição pelo BTG, os resultados a este título já se apresentavam num patamar semelhante aos registrados de 2015 a 2017;*

*A contabilidade evidencia que as receitas originadas pelo próprio BANCO SISTEMA S/A foram diminutas em 2015, 2016 e 2017, conforme contas 7110500400 RENDAS CCB - NOVA ORIGINAÇÃO e 7111500010 RENDAS CCE - NOVA ORIGINAÇÃO, sem registros em 2015 e 2016, e com receitas de R\$ 7.133,76 e R\$ 923.989,93 em 2017, respectivamente<sup>32</sup>;*

*As receitas auferidas com as operações interfinanceiras (RENDAS DE APLICAÇÕES INTERFINANCEIRAS DE LIQUIDEZ) registraram um salto a partir de março de 2015, mês da capitalização bilionária, passando da casa de R\$ 10 milhões mensais para cerca de R\$ 70 milhões; o Estas receitas começaram a diminuir substancialmente a partir de 2017, registrando cerca de R\$ 70 milhões em janeiro de 2017, e R\$ 30 milhões em dezembro;*

*Esta redução pode ser explicada, em parte, pela forte queda da taxa SELIC em 2017, que registrava cerca de 13% no início do ano, passando a 7% em dezembro;*

*Em 2018, as receitas com aplicações interfinanceiras sofreram forte queda, em virtude da efetivação da redução do capital do BANCO SISTEMA S/A, aprovada*

*em dezembro de 2017, e efetivada em abril/2018 (R\$ 5,4 bilhões), conforme afirmado pela própria CONTRIBUINTE, em resposta a questionamento da EQMAC/DRF/CTA33: “Por fim, em abril de 2018, o Banco Sistema distribuiu dividendos, bem como reduziu o seu capital, o que ocasionou na redução em aplicações interfinanceiras de liquidez”*

#### 1.2.9 Argumentos da fiscalizada

*Destaca a autoridade fiscal que o sujeito passivo não implementou as atividades descritas no Plano de Negócios, apresentando como argumento principal a prisão do sócio controlador do BTG em novembro de 2015.*

*Argumenta a fiscalização que:*

*Não obstante este grave evento que foi a prisão do Sr. ANDRÉ ESTEVES, cabe perguntar: o que de fato foi realizado pelo BANCO SISTEMA S/A, de dezembro de 2014 até novembro de 2015, mês da prisão do sócio controlador, de forma a cumprir o “prometido” no PLANO DE NEGÓCIOS? As estimativas de prazo foram cumpridas? De se lembrar que havia previsão de começar a originar créditos off balance (sem desembolso) até junho de 2015 (6ª mês após a aquisição pelo BTG). Além disso, de acordo com o PLANO DE NEGÓCIOS, havia previsão de 38 funcionários no primeiro ano após a aquisição do controle, e vê-se que apenas 1 foi transferido do BTG para o BANCO SISTEMA S/A.*

*As medidas para a concentração das atividades de corporate lending no BANCO SISTEMA S/A praticamente inexistiram neste período de 2015. Quanto a outra, de compra e negociação com títulos inadimplidos (NPLs), a medida efetiva tomada foi simplesmente transferir a carteira vinda do antigo BAMERINDUS para que a empresa especializada do Grupo, a RDB, passasse a fazer a gestão. Qual seria a utilidade do BANCO SISTEMA S/A para a atividade de aquisição e negociação com títulos NPLs, se o BTG já tinha empresa que fazia esta gestão, a RDB? Se o interesse era apenas na carteira de títulos do BAMERINDUS, qual a razão de se adquirir a participação societária nesta instituição?*

*Já a capitalização prometida no PLANO DE NEGÓCIOS, e que deveria ser implementada em 2 etapas, foi antecipada, e feita de uma só vez, de forma integral, com a ingestão de R\$ 5 bilhões em março de 2015, o que fez os resultados do BANCO SISTEMA S/A aumentarem de forma substancial, permitindo o uso de forma acelerada dos saldos de PF e de BCN existentes no BANCO SISTEMA S/A. Mais uma vez, recorremos ao demonstrativo de evolução de receitas (Tabela 5 acima), que evidencia a grande responsável pelos resultados do BANCO SISTEMA S/A, qual seja, as aplicações financeiras interbancárias.*

*(...)*

*Acerca das medidas efetivamente tomadas pelo BANCO SISTEMA S/A, entre dezembro de 2014 e novembro de 2015, para atendimento ao disposto no PLANO DE NEGÓCIOS, a FISCALIZADA descreveu que contratou o liquidante da massa, implementou sistemas de controle de informações, desligou 60 funcionários terceirizados e transferiu a sede da empresa. De se perguntar: estas 4 medidas seriam suficientes para atestar o início da implementação das novas atividades que o BANCO SISTEMA S/A passaria a desenvolver, conforme PLANO DE NEGÓCIOS? Em verdade, a única medida que se mostra compatível com a implementação das novas atividades do banco seria o sistema de controle das informações. Mas vê-se que, apesar do questionamento expresso do item da intimação<sup>36</sup>, a FISCALIZADA sequer descreveu quais medidas foram tomadas para implementar este sistema. Além disso, o que a contratação do Sr. Antônio Pereira de Souza, antigo liquidante do BAMERINDUS, poderia auxiliar no “mapeamento das rotinas já existentes e implementação de novas atividades relacionadas às operações de crédito”? Como já aqui salientado, o*

*BAMERINDUS se resumia a uma sala comercial no centro de Curitiba, sem funcionários, sem estrutura física e tecnológica.*

*Continuando, a CONTRIBUINTE também alega que o BTG destacou 2 funcionários para iniciar esta implementação, e que os mesmos se deslocaram várias vezes de São Paulo para Curitiba (sede da FISCALIZADA), tendo apresentado arquivos no formato .MSG com os comprovantes de deslocamentos e estadias. Apesar desta Fiscalização não ter logrado abrir os arquivos no formato apresentado, não se está aqui duvidando destes deslocamentos dos funcionários do BTG. De se ressaltar apenas que era natural a presença de representantes do BTG na sede do BAMERINDUS logo após a aquisição, de forma a ter uma posição fiel da situação da instituição recém adquirida, que, como já dito anteriormente, possuía vários ativos, em relação aos quais o BTG havia manifestado “interesse”.*

*Sobre os “status reports” do BTG relativos às etapas da transição, conforme DOC. 03 da resposta, de se registrar que se tratam de 03 relatórios de acompanhamento elaborados pelo BTG em 24/08/2014 (antes da aquisição em 19/12/2014), maio de 2015 e julho de 2015. O primeiro relatório, elaborado antes da data de fechamento da operação de aquisição pelo BTG, mostra basicamente preparativos para a formalização da “nova” instituição financeira que passaria a funcionar após o encerramento do processo de liquidação extrajudicial. Assim, verifica-se a preocupação com aspectos formais, como a abertura da conta reserva da instituição, elaboração de relatórios contábeis para o BACEN e Fiscos, preparativos para a inspeção do BACEN que seria realizada para o levantamento da liquidação, etc. Ou seja, o relatório descreve etapas que teriam que ser obrigatoriamente vencidas para que o BACEN concedesse autorização para o funcionamento, mesmo que formal, do BANCO SISTEMA S/A. Os outros 2 relatórios, elaborados em meados de 2015, tratam ainda de questões afetas à abertura da conta reserva do banco, aspectos organizações do BANCO SISTEMA S/A (eliminação da participação cruzada - BASTEC), e aspectos formais da atividade de renegociação de NPLs e originação de crédito, as quais, considerando as informações destes relatórios, ainda não estavam minimamente implementadas.*

*O que estamos a demonstrar é que os relatórios em questão mostram apenas a preocupação em externar, principalmente ao BACEN, de que o BANCO SISTEMA S/A tinha condições formais de desempenhar as atividades prometidas no PLANO DE NEGÓCIOS, mas como salientado, ficaram apenas as promessas. Consistiu, em verdade, em uma etapa que teria que ser necessariamente ultrapassada pelo BANCO SISTEMA S/A de forma a conseguir o aval do BACEN. O BANCO SISTEMA S/A nunca iniciou efetivamente as atividades de corporate lending, e terceirizou, por completo, a negociação das NPLs advindas do então BAMERINDUS. É evidente que a “criação” de uma instituição financeira demanda uma série de atividades, as quais o BTG não poderia se furtar em providenciar. O BANCO SISTEMA S/A deveria externar um mínimo de funcionamento, ao menos formal. Mas estas medidas são insuficientes para demonstrar que o BANCO SISTEMA S/A estava efetivamente tomando as providências necessárias à implementação das novas atividades operacionais do banco.*

*(...)*

*Os itens 2.7 e 2.8 da intimação em tela questionaram acerca da aplicação dos recursos capitalizados pelo BTG em março de 2015 (R\$ 5 bilhões), e em resposta, a FISCALIZADA apenas indicou os balancetes mensais de 2016 e 2017 apresentados em resposta ao item 2.3. Em que pese a intenção da FISCALIZADA em dificultar (ou, pelo menos, de não colaborar) a avaliação desta Fiscalização no que tange à destinação dada aos R\$ 5 bilhões recebidos do BTG, é possível concluir que estes recursos tiveram uma única destinação, as aplicações interfinanceiras e em títulos públicos, como já salientado*

anteriormente neste Relatório. O silêncio da FISCALIZADA corrobora esta conclusão.

Os itens 2.9 a 2.12 foram bem específicos, e demandaram a apresentação de informações relativas aos créditos eventualmente transferidos pelo BTG ao BANCO SISTEMA S/A, no montante total de R\$ 7 bilhões, sendo R\$ 3,5 bilhões em 2015, conforme previsão contida no PLANO DE NEGÓCIOS. Em resposta, o BANCO SISTEMA S/A confirmou que, em 2017, recebeu apenas R\$ 8,5 milhões referente às parcelas da carteira transferida, e que o BTG não transferiu outros créditos além dos informados na intimação (total de R\$ 14,14 milhões).

Pode-se dizer que a previsão de transferência de R\$ 3,5 bilhões em créditos pelo BTG, que viabilizaria uma das novas atividades do BANCO SISTEMA S/A, sequer foi minimamente iniciada.

Conclui então a autoridade fiscal:

Assim, apesar da gravidade que é a prisão do sócio controlador de uma empresa, o que realmente poderia justificar uma alteração de rumos nas atividades do BANCO SISTEMA S/A, certo é que a CONTRIBUINTE não demonstrou medidas efetivas, entre dezembro de 2014 e novembro de 2015, conforme projeção contida do PLANO DE NEGÓCIOS. De se registrar ainda que, independente desta questão da implementação ou não das medidas, mesmo que tivessem sido tomadas, este Relatório já demonstrou que a intenção maior não era a implementação das “novas” atividades no BANCO SISTEMA S/A, mas sim o aproveitamento dos saldos de PF e de BCN. A atividade de corporate lending era inteiramente nova para o BANCO SISTEMA S/A, e esta empresa não tinha nada, absolutamente nada a agregar a esta atividade, o que a tornava completamente desprezível para este fim. Já em relação à atividade de compra e negociação com NPLs, como já dito, a medida tomada poderia ter sido realizada sem a aquisição de participação societária no BAMERINDUS, bastando a aquisição da sua carteira e a transferência para a RDB. Mas, como já visto, ao invés de uma simples compra de ativos, houve uma rebuscada engenharia para que o CNPJ do BAMERINDUS não desaparecesse, operação esta que intentou dissimular a verdadeira intenção do BTG, o uso dos saldos de PF e de BCN pelo Grupo.

### 1.3 - Valores totais de glosa

A autoridade fiscal dividiu os efeitos da glosa de Prejuízo Fiscal e Base Negativa entre as duas irregularidades, apresentando-as separadamente.

“Relativamente à seção 3.1.1., que trato da inexistência de relação jurídica (ação judicial), basicamente o ajuste a se fazer em cada período é o estorno do PF apurado em cada exercício, desde 1998 até 2010 (vale lembrar que de 2011 em diante, a CONTRIBUINTE apurou resultados fiscais positivos).

Antes de prosseguirmos, cabe-nos esclarecer um aspecto importante. A decisão judicial foi expressa ao declarar a inexistência de relação jurídica, mas limitou os seus efeitos aos últimos cinco anos a contar do ajuizamento da ação. Verifica-se claramente a obediência ao prazo decadencial para que um contribuinte possa solicitar eventuais restituições a que tenha direito.

No caso de lançamentos de ofício, como no presente caso, também devemos respeitar o prazo decadencial de 5 anos. E é o que estamos fazendo aqui, excluindo qualquer tipo de lançamento em relação aos exercícios anteriores a 2014, já atingidos pela decadência na presente data. Ocorre que, diante da declaração contida na decisão judicial, devemos refazer os saldos de PF e da BCN de todos os exercícios em que o Patrimônio Líquido da FISCALIZADA esteve negativo, e enquanto submetida ao processo de liquidação extrajudicial, e no caso surgimento de compensação indevida em período ainda não fulminado pela decadência, de se lançar o devido tributo. No presente caso, os anos de 2014 em diante ainda não foram atingidos pela decadência, e desta feita, são

*passíveis de lançamento. Em outras palavras, o Fisco não pode lançar tributos em exercícios já atingidos pela decadência, mas, de outro lado, deve fazer ajustes nos resultados destes períodos, e verificar os efeitos destes ajustes nos exercícios sob fiscalização, e passíveis de lançamento de ofício (não atingidos pela decadência).*

(...)

*Especificamente em relação ao exercício de 1998, primeiro em que a CONTRIBUINTE incorreu nas 2 situações impostas pelo acórdão, quais sejam, patrimônio líquido negativo e liquidação extrajudicial, de se atentar que cabe o estorno integral do PF e da BCN apurados neste exercício, em que pese a decretação da liquidação tenha se dado apenas em março de 1998. Sendo complexo o fato gerador do IRPJ e da CSLL, e diante da tese esposada no acórdão, não existia relação jurídica neste exercício, e de forma integral, uma vez que os fatos geradores ocorreram apenas em 31/12/1998*

*Outro aspecto importante para a operacionalização do ajuste em tela consiste na aplicação dos efeitos da decisão, que atinge tanto os prejuízos fiscais operacionais, como os não operacionais, uma vez que a decisão não restringe a inexistência de relação jurídica com o IRPJ e a CSLL somente aos resultados operacionais. Assim, de se estornar também os resultados não operacionais apurados entre 1998 e 2010.”*

*Assim, os ajustes estão dispostos na Tabela 9: Evolução Saldo PF – Ajuste Item 3.1.1 (fls. 7555/7556).*

*Em relação a segunda irregularidade (simulação na aquisição do Bamerindus), o ajuste que deve ser promovido nos saldos de PF da CONTRIBUINTE consiste na baixa integral do saldo existente em 19/12/2014, data da operação de aquisição pelo BTG. Este ajuste está evidenciado na Tabela 10 (fls. 7558), da qual se extrai a existência de compensação indevida de PF nos anos de 2014 a 2017.*

*A glosa aplicando ambas as irregularidades está disposta na Tabela 11 (fls. 7559/7560).*

*O resumo das glosas é o seguinte:*

Ano	Compensação Indevida Seção 3.1.1	Compensação Indevida Seção 3.1.2	Compensação Indevida Seções 3.1.1 e 3.1.2
2014	114.748.572,01	114.748.572,01	114.748.572,01
2015	118.386.343,83	118.386.343,83	118.386.343,83
2016	189.501.943,93	189.501.943,93	189.501.943,93
2017	40.976.246,01	40.976.246,01	40.976.246,01

*O ajuste na BCN seguiu o mesmo racional acima descrito para o prejuízo fiscal. O resumo das glosas é o seguinte:*

Ano	Compensação Indevida Seção 3.1.1	Compensação Indevida Seção 3.1.2	Compensação Indevida Seções 3.1.1 e 3.1.2
2014		114.748.572,01	114.748.572,01
2015		118.386.343,83	118.386.343,83
2016		189.501.943,93	189.501.943,93
2017	40.976.246,01	40.976.246,01	40.976.246,01

## **2 - IRREGULARIDADE 2 – OMISSÃO DE RECEITA – PERDÃO DE DÍVIDA**

*Contextualizando a operação de aquisição do Banco Bamerindus pelo Banco BTG Pactual, a autoridade fiscal detalha as etapas empreendidas pelas partes:*

- Em 02/01/2013 foi celebrado instrumento entre o BTG Pactual e o FGC para alienação das ações do Bamerindus;*
- Em Assembleia Geral Extraordinária (AGE) de 05/06/2014 do BAMERINDUS deliberou por aumento de capital, com a emissão de 362.031.881 novas ações ordinárias, e registrou o valor total da integralização em R\$ 2.849.190.909,23 (perfazendo R\$ 7,87/ação). Esse valor correspondia ao total do crédito devido pelo FGC em face do Bamerindus. Na contabilidade houve o registro da proposta de aumento de capital;*
- Em 19/12/2014 foi efetivado o aumento de capital no valor de R\$ 2.849.190.909,23, mesma data do fechamento da operação de alienação ao BTG;*

*Na Ata da AGE de 05/06/2014 foi consignado que a finalidade do aumento de capital do Banco Bamerindus pelo FGC seria permitir a capitalização de créditos, eliminando o passivo a descoberto, podendo à Companhia retomar suas atividades.*

*Na visão da autoridade fiscal faltou razoabilidade na operação da forma como ocorrida, vez que o FGC capitalizou o total de seu crédito (R\$ 2.849.190.909,23) que detinha em face do Bamerindus, adquirindo 362.031.881 novas ações emitidas, e ato contínuo as alienou ao BTG Pactual por R\$ 397.465.461,56 (nesse valor estaria incluído 5 outros objetos listados no contrato de promessa de compra e venda).*

*Entende a autoridade fiscal que “A falta de lógica à operação é explicada por um efetivo perdão de dívida que está embutido na capitalização do crédito pelo FGC, e não externado nos atos contratuais. Em verdade, o montante capitalizado correspondeu apenas ao valor efetivamente pago pelo BTG pelas 362.031.881 ações do BAMERINDUS, e um perdão do restante do valor.”*

*Questiona a autoridade fiscal a forma utilizada pelo FGC para definir o preço da ação a ser utilizado na capitalização do Bamerindus.*

*O preço unitário da ação foi calculado tendo como base o preço praticado pelo FGC na aquisição em 23/03/2011 de participação societária de acionistas minoritários no valor de R\$ 7,74. Entende que tal valor não correspondia a avaliação criteriosa dos ativos do Bamerindus, mas sim em valor de indenização paga aos acionistas minoritários, nesses termos: “o bem adquirido pelo FGC tinha valor contábil negativo (patrimônio a descoberto), donde se conclui que o valor pago aos acionistas se resumiu na indenização pleiteada. Ou seja, o valor R\$7,74/ação está longe de representar o valor efetivo das ações do BAMERINDUS à época, e seria, na verdade, apenas um dimensionamento da indenização que os acionistas buscavam na justiça.”*

*Para corroborar tal conclusão, a autoridade fiscal coloca que o FGC contabilizou os valores decorrentes da aquisição de participação societária dos minoritários como despesa e não investimento.*

*Diante esses fatos, foi solicitado ao BANCO SISTEMA S/A a apresentação da fundamentação da valoração de aumento de capital de 19/12/2014 (R\$ 7,87/ação), foi solicitado também a fundamentação da valoração ocorrida em fevereiro de 2015, já sob o controle do BTG, quando houve novo aumento de capital social, em R\$ 5 bilhões, sendo que o valor unitário das ações foi fixado em R\$ 2,03.*

*Quanto a valoração de 19/12/2014, o Banco Sistema respondeu que os critérios de avaliação estão na proposta de aumento de capital de 26/05/2014 e 04/02/2014.*

*A avaliação de R\$ 7,87/ação também foi realizada a partir da última cotação em Bolsa de Valores, março de 1997, diferindo da avaliação de 2011 (R\$ 7,74/ação) pela correção adicional da TR até 30/04/2014. Nesta avaliação, também foi aplicado o percentual de 60% sobre o valor da cotação de 1997.*

*Corroboraria a tese da artificialidade do valor de R\$ 7,87/ação, a avaliação das ações da Companhia ocorrida poucos meses depois, em fevereiro de 2015, quando o valor unitário foi fixado em R\$ 2,03/ação, conforme disposto na Proposta de Aumento de Capital de 04/02/2015 (anexa à Ata RCA de 05/02/2015), valor esse obtido a partir da aplicação do critério do valor do patrimônio líquido da ação. Caberia, assim, apurar o efetivo valor da capitalização pelo FGC.*

*Como ato contínuo à capitalização do crédito pelo FGC, as ações por ele adquiridas (na verdade não só as ações, mas também os outros 5 objetos do contrato) foram imediatamente alienadas ao BTG, por R\$ 397.465.461,56, esse valor de negociação seria o melhor parâmetro para definir o valor da capitalização.*

*Como no valor pago pelo BTG estavam incluídos outros cinco objetos, a autoridade fiscal aplicou o seguinte racional para calcular o valor da capitalização:*

*“o total de ações do BAMERINDUS adquiridas pelo BTG foi de 368.366.599 (= 6.224.698 + 110.020 + 362.031.881), e as 362.031.881 ações, originalmente adquiridas pelo FGC na capitalização, correspondem a 98,28% do total de ações (= 362.031.881/368.366.599). Como o BTG pagou R\$ 397.465.461,23 pelas 368.366.599 ações, o valor atribuído às 362.031.881 ações é de R\$ 390.630.336,60 (= 98,28% de 397.465.461,23)”*

*Portanto, entendeu a autoridade fiscal que o montante correspondente às 362.031.881 ações do BAMERINDUS, integralizadas pelo FGC em 19/12/2014, foram “adquiridas” por um valor efetivo de R\$ 390.630.336,60 (98,28% de 397.465.461,23), e não R\$ 2.849.190.909,23.*

*Ou seja, do total formalmente capitalizado pelo FGC com seu crédito, R\$ 2.849.190.909,23, apenas R\$ 390.630.336,60 foram efetivamente objeto de capitalização. O restante, R\$ 2.458.560.572,63, foi, de fato, objeto de perdão pelo FGC, resultando em ganho por parte da FISCALIZADA. Estava, assim, atendido o “objetivo” da capitalização, que visava “eliminar o passivo a descoberto”. O passivo deixou de ficar a descoberto, justamente com o ganho obtido com o perdão embutido na capitalização.*

*No relatório fiscal foi colacionada jurisprudência administrativa em que se decidiu pela possibilidade do aumento de capital com conversão de crédito pelos sócios, entretanto, a operação em questão teria fugido do razoável pelo descompasso entre o valor pago pelo FGC para adquirir as ações (R\$ 2,849 bilhões), e o valor pelo qual decidiu alienar estas mesmas ações, e no mesmo dia, R\$ 390 milhões. A superavaliação das ações na capitalização seria flagrante. Assim, o valor correto das ações por ocasião da capitalização seria de R\$ 390 milhões (valor de negociação entre partes independentes), e o restante, efetivo perdão da dívida.*

*O BTG contabilizou as ações adquiridas do BAMERINDUS pelo montante de R\$ 390 milhões, que é o valor real destas ações. Veja-se que não foi o caso de as ações valerem R\$ 2,849 bilhões, e ter havido um deságio de 2,459 bilhões na aquisição. Isto não consta da contabilidade do BTG.*

*Sobre as receitas decorrentes do perdão de dívida houve a incidência de PIS/COFINS, pois elas são classificadas como receitas operacionais, e receitas classificadas como operacionais devem compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.*

### **3 - APLICAÇÃO DE MULTA ISOLADA**

*As diferenças mensais relativas às antecipações das estimativas, tanto as apuradas com base nos balancetes, como as apuradas com base na receita bruta, com os devidos ajustes efetivados na fiscalização, geraram infrações passíveis de cobrança de multa isolada sobre a diferença da estimativa mensal não recolhida, conforme determina o art. 43, § único c/c art. 44, inc. II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96.*

*No que se refere à aplicação cumulada da multa isolada e da multa de ofício, não se caracteriza duplicidade de exigências sobre os mesmos fatos, na medida em que as*

hipóteses de incidência são distintas conforme dispositivos do art. 44 da Lei n.º 9.430/1996.

Na multa de ofício exigida juntamente com tributo ou contribuição não pagos, o fato ilícito que sustenta a imputação é a falta de recolhimento e a falta de declaração ou declaração inexata; no que diz respeito à multa isolada, a ilicitude decorre da falta de recolhimento, ou recolhimento insuficiente, das estimativas devidas no curso do ano-calendário.

Como existe decisão judicial afastando a tributação do IRPJ e da CSLL até 19/12/2014, não cabe apuração de multa isolada do IRPJ e da CSLL por insuficiência de recolhimento das estimativas, ao menos até novembro de 2014. Já em relação ao mês de dezembro de 2014, como o fato gerador da multa isolada relativa a esse mês ocorreu apenas em 31/12/2014, a FISCALIZADA já se encontrava sujeita à apuração do IRPJ e da CSLL, e neste caso, obrigada ao recolhimento das estimativas.

Considerando os fatos acima, e que a infração de omissão de receitas aconteceu apenas em dezembro de 2014, temos a seguinte situação em relação à apuração da multa isolada:

- a) Janeiro/2013 a novembro/2014: sem apuração de multa isolada;
- b) Dezembro/2014: apuração de multa isolada relativamente às duas infrações;
- c) 2015 e 2016: sem apuração de multa isolada relativamente à infração de compensação indevida, uma vez que a CONTRIBUINTE optou pelas estimativas com base na receita bruta;
- d) 2017: apuração de multa isolada relativamente à infração de compensação indevida apenas em dezembro, quando a CONTRIBUINTE optou pelo balancete de redução/suspensão;

As tabelas 20 e 21 (fls. 7606 e 7607) resumem a apuração da multa isolada do IRPJ e da CSLL nos 2 meses em que é cabível a aplicação da multa:

#### **4. QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO**

Assim, o contribuinte, ao dissimular a verdadeira motivação na aquisição da participação societária no BAMERINDUS, qual seja, a aquisição de saldos de PF e de BCN, para uso em futuras compensações, diminuindo a carga tributária do Grupo BTG, bem como ao dissimular a existência de perdão de dívida na capitalização do crédito do FGC, praticou, de forma inequívoca, ações dolosas, ou seja, intencionais e conscientes, as quais retardaram o conhecimento dos fatos por parte do Fisco, além das reais circunstâncias materiais do fato gerador. Ademais, houve a modificação de característica essencial do fato gerador, uma vez que os montantes de IRPJ e CSLL devidos foram reduzidos substancialmente.

A FISCALIZADA não praticou estes atos de forma involuntária, ou incorreu em erro em sua conduta. Restou caracterizada a atitude dolosa. Desta forma, a conduta em análise amolda-se às hipóteses previstas nos artigos da Lei 4.502/64 acima citados.

Assim, no âmbito da aplicação da multa qualificada, não resta dúvida de que o dolo exigido nos artigos 71 a 73 da lei 4.502/64 não requer a consciência do agente de que sua conduta esteja tipificada como criminosa. A expressão “conduta dolosa” inserida nos citados artigos exige tão somente a prova de que o contribuinte teria agido voluntariamente, de forma consciente de seus atos, independentemente de saber se é ilícita ou não.

Visto que é o dolo penal o definido pela norma, não cabe, porém, argumentar que para a aplicação da multa qualificada, a conduta do agente há de estar também tipificada como crime. Não há como negar que, em regra, os fatos que ensejam a qualificação da multa de ofício levam a uma consequência na esfera penal, apesar de estarem previstos em institutos diferentes.

Prossegue a autoridade fiscal:

*“Por fim, outra questão a enfrentar, rotineiramente argumentada pelos contribuintes no âmbito do planejamento tributário, diz respeito ao fato de haver a completa escrituração e documentação da operação em tela, não se podendo, portanto, taxar tal atitude de dolosa, de fraudulenta. Ora, nada mais falacioso que esta linha de argumentação. O contribuinte que, por exemplo, pratica uma simulação quer justamente que todos pensem ter havido o ato simulado, e por isso faz questão de documentá-lo da melhor forma possível, registrando todos os atos e fatos em sua escrituração contábil, encobrando assim o ato que verdadeiramente ocorreu, o dissimulado. Beiraria o ridículo, a mediocridade, se o contribuinte não documentasse e registrasse os atos atinentes ao negócio simulado.*

(...)

*Relativamente à infração de compensação indevida de PF e de BCN (item 3.1.2), a razão da qualificação da multa de ofício reside basicamente na verdadeira intenção do BTG ao adquirir a participação societária o BAMERINDUS, fazer uso dos saldos de PF e de BCN vinculados ao respectivo CNPJ. Para tal, dissimulou estes saldos de PF e de BCN no processo de na aquisição da participação societária no BAMERINDUS, externando estar interessado no restabelecimento das atividades do BAMERINDUS, conforme descrição contida no PLANO DE NEGÓCIOS, elaborado para subsidiar o Banco Central do Brasil na aprovação da operação de aquisição do BAMERINDUS.*

*Os fatos que sobrevieram à aquisição, formalizada em 19/12/2014, denotam o descumprimento das projeções contidas no PLANO DE NEGÓCIOS, sem demonstração de medidas efetivas tendentes a atender ao disposto o referido documento. De outro lado, o BTG efetuou capitalização bilionária no BANCO SISTEMA S/A (nova denominação do BAMERINDUS), que teve por objetivo, não a de dar sustentação financeira para as novas atividades prometidas no PLANO DE NEGÓCIOS, mas sim de aumentar os lucros do BANCO SISTEMA S/A, e assim acelerar o uso dos saldos de PF e de BCN pelo Grupo.*

*Na operação em discussão, o BTG e o FGC, como participantes diretos da operação, e o BAMERINDUS, como interveniente no contrato, objetivando elidir o pagamento de IRPJ e da CSLL, decidiram, de forma voluntária e consciente, dissimular estes saldos bilionários de PF e de BCN, utilizando formatação completamente atípica, e fora de propósito, com vistas a manter ativo o CNPJ do BAMERINDUS e, conseqüentemente, os saldos de PF e de BCN.*

*Veja-se que não estamos a dizer que uma empresa não pode adquirir outra na qual existam saldos de PF e de BCN. Não! O que não pode acontecer é esta aquisição ter por motivação principal, e quase que única, os saldos de PF e de BCN. Estes têm que figurar como benefício acessório, extra, numa negociação como esta. No caso em tela, a motivação externada na operação foi o restabelecimento das atividades do BAMERINDUS, conforme previsão contida no PLANO DE NEGÓCIOS. Mas como já salientado neste Relatório, e de forma exhaustiva, carece de lógica a intenção do BTG em querer ressuscitar um CNPJ que estavam em processo final de liquidação, e que não agregava absolutamente nada às novas atividades que lhe seriam imputadas.*

*De se lembrar que o CNPJ do BAMERINDUS carregava com ele basicamente os ativos de baixa taxa de recuperabilidade, uma dívida bilionária com o FGC, e saldos bilionários de PF e de BCN. Não havia nenhuma estrutura, nem física, nem de pessoas, tampouco tecnológica. Como já dito, o BAMERINDUS resumia-se numa sala no centro de Curitiba. Se havia interesse do BTG nos ativos de baixa taxa de recuperabilidade do BAMERINDUS, por que não os adquirir diretamente? Qual a razão de se adquirir a participação societária no BAMERINDUS?*

*Vale esclarecer que ao se admitir operações como a intentada pela CONTRIBUINTE, estaríamos avalizando a possibilidade do comércio de créditos fiscais (saldos de PF e BCN), o que é proibido pelo ordenamento jurídico. Nos processos de liquidações extrajudiciais e até mesmo nos processos de falência, não mais se trabalharia para liquidar os ativos da empresa e honrar os credores, mas sim para viabilizar a alienação das quotas/ações da empresa, uma vez que o CNPJ deteria ativos fiscais valiosos, e que não poderiam ser objetos de alienação. Os processos de falência e de liquidação extrajudicial, que normalmente se encerram com a liquidação dos ativos, e a baixa do CNPJ, passariam a findar com a alienação da participação societária da falida/liquidada, e a manutenção do CNPJ vivo. As empresas em processo de liquidação e falência passariam a se tornar “investimentos” rentáveis.*

*Mas no caso concreto, existia um problema na aquisição da participação societária: a dívida bilionária com o FGC. O benefício advindo com os saldos de PF e de BCN não resistiria aos ônus desta dívida. Veio então o planejamento para eliminar esta dívida do balanço do BAMERINDUS, e de forma que não repercutisse nos seus resultados: a capitalização do crédito do FGC para com o BAMERINDUS. Esta capitalização, motivadora da segunda infração, a omissão de receitas auferidas com o perdão de dívida obtido (item 3.2), foi implementada de forma a camuflar o perdão de grande parte desta dívida. Mais uma vez salta aos olhos a intencionalidade da conduta da FISCALIZADA, bem como das demais partes envolvidas. A formatação para aquisição das ações do BAMERINDUS pelo BTG fugiu ao mínimo da razoabilidade, e foi adotada por ser uma forma de camuflar a ocorrência do perdão bilionário da dívida por parte*

*do FGC.*

*Assim, ao BTG não interessava adquirir o BAMERINDUS com sua contabilidade registrando uma dívida bilionária com o FGC. O CONTRATO, firmado em 02/01/2013, deixou claro que esta dívida deveria desaparecer dos registros do BAMERINDUS, e o PL do banco tornar-se positivo. E foi justamente pelo ganho substancial auferido com o perdão da dívida embutido neste processo da capitalização, que o PL do banco se tornou positivo após a operação de capitalização. Mas neste processo, houve um claro descompasso na valoração das ações por ocasião da capitalização, e a valoração destas mesmas ações por ocasião da alienação ao BTG. As ações, que no momento da capitalização foram avaliadas em cerca de R\$ 2,8 bilhões, foram negociadas por cerca de R\$ 400 milhões, valor pago pelo BTG na aquisição da participação societária.*

*Para definirmos se uma conduta se enquadra ou não nas hipóteses de qualificação da multa de ofício, devemos perguntar: todas estas condutas foram praticadas de forma consciente pelos agentes envolvidos? Claro que sim! Ninguém os forçou ou coagiu a agir desta forma! As condutas foram todas praticadas conscientemente. O CONTRATO, firmado entre o BTG e o FGC, em 02/01/2013, que pactuou a aquisição da participação societária no BAMERINDUS, foi assinado de forma consciente e voluntária. E mais uma vez, o fato dos agentes saberem ou não se estas condutas eram ilícitas, proibidas pelo ordenamento, é irrelevante para a caracterização do dolo exigido pela norma para a aplicação da multa qualificada.*

*De outra forma. Os atos formais têm que espelhar o que efetivamente ocorreu no mundo real. Não são os atos que criam a realidade, e sim o contrário! No caso em tela, há claramente uma maquiagem na motivação do CONTRATO, com a omissão dos saldos de PF e de BCN, bem como um descompasso proposital na avaliação das ações do BAMERINDUS por ocasião da capitalização do crédito pelo FGC.*

*E no âmbito do Planejamento Tributário? Ora, se para a prática deste planejamento, o contribuinte dissimula a motivação do contrato, relevante na negociação, e que se mostrou extremamente vantajoso ao Grupo BTG, além de formatar operação tendente a acobertar a ocorrência de perdão de dívida, está da mesma forma retardando ou até mesmo impedindo o Fisco de conhecer todos os aspectos do fato gerador ocorrido. Ele efetivamente altera uma das características essenciais do fato gerador, o quantum a pagar, ao fazer uso de saldos de PF e de BCN, sabidamente indevidos, em compensações nas apurações do IRPJ e da CSLL, bem como omitindo o ganho obtido com o perdão da dívida.*

*Não se está aqui excluindo o direito lícito do contribuinte de optar pela forma menos onerosa em relação aos pagamentos dos tributos, mas isto, de forma alguma, justifica a prática de conduta que impeça, retarde o conhecimento do Fisco, ou altere as características do fato gerador.”*

#### **5. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PASSIVA**

*No procedimento fiscal foi atribuído responsabilidade solidária ao BTG Pactual por interesse comum (art. 124, I do CTN) e aos sócios- dirigentes do Banco BTG Pactual André Santos Esteves e Marcelo Kalim.*

*Os motivos que ensejaram a atribuição da responsabilidade tributária foram assim descritos pela autoridade fiscal:*

*A participação do BTG na operação de aquisição da participação societária no BAMERINDUS foi fundamental na configuração da vantagem tributária obtida com a formatação dada ao processo de aquisição. Sem a participação do BTG, essa vantagem inexistiria. Ou seja, o BANCO SISTEMA S/A, sozinho, não conseguiria consumir, de forma acelerada, os saldos bilionários de PF e de BCN advindos do BAMERINDUS, através da manutenção artificial do CNPJ.*

*Cumprе lembrarmos que o BTG efetuou capitalização bilionária no BANCO SISTEMA S/A, o que permitiu a esta instituição a apuração de elevados lucros, advindos das receitas financeiras auferidas, e assim reduzir o volume de tributos do Grupo BTG, diante dos saldos de PF e de BCN existentes no CNPJ do BANCO SISTEMA S/A. Além disso, como também já salientado, em 2017, o BANCO SISTEMA S/A cedeu seus saldos bilionários de PF e de BCN para o BTG, considerando a opção desta instituição no parcelamento especial do PERT.*

*Veja-se que o BTG não ficou de fora, apenas assistindo a toda a operação, que proporcionou o renascimento do CNPJ do BAMERINDUS, e a consequente sobrevida nos saldos de PF e de BCN desta instituição. O BTG teve participação direta e consciente em todo esse processo. Vejamos alguns atos do BTG que denotam essa participação:*

- Elaboração do PLANO DE NEGÓCIOS;*
- Assinatura do CONTRATO, na qualidade de adquirente: este instrumento contratual, assinado em janeiro de 2013, já previa a aquisição da participação no BAMERINDUS, o que proporcionava a manutenção do CNPJ da instituição em liquidação e, assim, o proveito nos saldos de PF e de BCN. Como já dito, diante do “interesse” manifestado pelo BTG nos ativos constantes do balanço do BAMERINDUS, a operação natural seria a aquisição destes ativos diretamente, sem a necessidade se negociar com as ações do BAMERINDUS;*
- Capitalização bilionária no BANCO SISTEMA S/A: de se lembrar que o PLANO DE NEGÓCIOS previa duas etapas para a capitalização, R\$ 2 bilhões no primeiro ano, e R\$ 3 bilhões no segundo ano, sendo que a capitalização foi efetivada de uma só vez, no montante de R\$ 5 bilhões, e no primeiro ano (março de 2015);*

· “Requisição” dos saldos de PF e de BCN do BANCO SISTEMA S/A, para uso no parcelamento especial do PERT, conforme CONTRATO DE CESSÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO061, de 31/08/2017;

Outro aspecto a destacar consiste no comando do BTG e do BANCO SISTEMA S/A, à época da assinatura do CONTRATO, janeiro de 2013. ANDRÉ SANTOS ESTEVES era o Diretor-Presidente do BTG, além de ser o Presidente do Conselho de Administração da instituição. Dentre os Diretores Executivos do BTG, atuava MARCELO KALIM (signatário do CONTRATO pelo BTG), tendo sido nomeado para a Presidência do Conselho de Administração do BANCO SISTEMA S/A62. Além disso, dentre os membros da Diretoria do BANCO SISTEMA S/A, constavam RENATO MONTEIRO DOS SANTOS (também membro do Conselho do BANCO SISTEMA S/A), JOÃO MARCELO DANTAS LEITE, ANTÔNIO CARLOS CANTO PORTO FILHO, JONATHAN DAVID BISGAIER e ANDRÉ FERNANDES LOPES DIAS, todos também Diretores Executivos do BTG. Ou seja, toda a administração do BANCO SISTEMA S/A, Conselho de Administração e Diretoria, também atuava no comando do BTG. E registre-se que esta situação perdurou nos seguintes, com algumas trocas de posições no comando do BTG, mas com a Diretoria do BTG sempre exercendo cargos de comando no BANCO SISTEMA S/A. A confusão patrimonial fica claramente estampada no CONTRATO DE CESSÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO (justamente o contrato de formalizou a cessão dos saldos de PF e de BCN do BANCO SISTEMA S/A para o BTG). Nele, verifica-se que as mesmas pessoas assinam pelas duas partes do contrato, cedente e cessionário.

Como já enfatizado neste Relatório, o BANCO SISTEMA S/A, à época de sua aquisição pelo BTG, resumia-se a uma sala comercial em Curitiba, com vários ativos de baixa taxa de recuperabilidade, mas com um CNPJ vistoso, carregado de saldos de PF e de BCN. O PLANO DE NEGÓCIOS foi claro em remeter ao BTG a responsabilidade pelos vários sistemas e recursos que seriam necessários para o início das novas atividades que seriam desempenhadas pela FISCALIZADA. Mas como já visto, trataram-se apenas de promessas, estampadas em diagramas, projetos e cronogramas de implementação, cujas execuções nunca foram iniciadas. A confusão patrimonial é flagrante. O BANCO SISTEMA S/A foi mantido ativo apenas para possibilitar o uso dos saldos de PF e de BCN, e reduzir a tributação do Grupo BTG.

Não obstante o fato da capitalização do crédito ter sido efetivada pelo FGC, importa lembrar que esta formatação estava previamente definida, já no CONTRATO, assinado em 02/01/2013, que teve o BTG e o FGC como partes, e o BANCO SISTEMA S/A como interveniente. Da mesma forma, em relação à infração de compensação indevida de PF e de BCN, ela exsurge da simulação da motivação da aquisição da participação no BAMERINDUS, formalizada no CONTRATO.

Diante dos fatos acima, como imputar unicamente ao BANCO SISTEMA S/A a responsabilidade pelo crédito tributário ora constituído? Como dizer que o BTG não teve participação na formatação, sui generis, para a aquisição dos ativos pertencentes ao BAMERINDUS?

O contribuinte foi cientificado do auto de infração em 04/09/2019 (fls. 7732) o Responsável Solidário Banco BTG Pactual em 06/09/2019 (fls. 7733), o Responsável Solidário André Santos Esteves em 06/09/2019 (fls. 7734) e o Responsável Solidário Marcelo Kalim em 06/09/2019 (fls. 7735).

O Banco Sistema apresentou impugnação tempestiva em 02/10/2019.

O Banco BTG Pactual apresentou impugnação tempestiva em 03/10/2019.

André Santos Esteves apresentou impugnação tempestiva em 03/10/2019.

Marcelo Kalim apresentou impugnação tempestiva em 07/10/2019.

**IMPUGNAÇÕES**

### *1 - IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELO BANCO SISTEMA*

*Em sua peça defensiva a impugnante alega:*

*1.1 - Infração 1 – aproveitamento indevido de saldos de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL*

*Nulidade do lançamento por vício de fundamentação*

*· A autoridade fiscal sustenta que a aquisição de ações do Bamerindus pelo BTG seria uma simulação, pois o real interesse seria adquirir saldos de PF e BCN acumulados no impugnante. Subsídia a alegação a transferência de rendimentos tributáveis do BTG para o Banco Sistema por meio do aporte de capital no valor de R\$ 5 bilhões, que teria deslocado rendimento tributáveis para absorção dos saldos de PF e BCN acumulados;*

*o O único efeito do aporte de caixa do BTG no Banco Sistema foi o reconhecimento de receitas financeiras elevadas nesse último, aumentando o seu resultado de forma substancial. Entende que o aumento no resultado financeiro não resulta em insuficiência de recolhimento de tributos, não sendo, portanto, infração à legislação fiscal;*

*o Se forem desconsiderados os atos acima, por serem simulados, os efeitos fiscais seriam: (i) uma insuficiência de recolhimento de tributos pelo BTG, em razão do não reconhecimento das receitas financeiras relativas à aplicação do “caixa” de R\$ 5 bilhões e, de outro, (ii) um recolhimento a maior de tributos pelo Impugnante, em razão do reconhecimento indevido das receitas financeiras relativas à aplicação do “caixa” de R\$ 5 bilhões. Assim, o benefício tributário seria registrado no BTG e não no Banco Sistema;*

*o Entende que o auto de infração deveria ser formalizado da seguinte maneira: (i) Matéria Autuada: Omissão de Receitas; (ii) Sujeito Passivo: BTG; (iii) Base de Cálculo: Receitas Financeiras indevidamente deslocadas a terceiro.*

*· Não haveria motivação para o estorno dos saldos de PF e BCN até 15/12/2006*

*o Os efeitos da decisão do TRF4 estariam restritos ao período de 16/12/2006 a 19/12/2014, assim, não poderia se estornado o saldos de PF e BCN entre 01/01/1998 a 15/12/2006, como feito pela autoridade fiscal.*

*Nulidade do lançamento por iliquidez e incerteza*

*· Ao estornar os saldos de PF e BCN acumulados no período compreendido entre 01/01/1998 a 15/12/2006 sem qualquer motivação, o auto de infração seria nulo em razão da iliquidez e incerteza dos valores exigidos, vez que as bases de cálculo não seriam compatíveis com os fundamentos do lançamento fiscal;*

*· Aponta outro erro na base de cálculo utilizada pela autoridade fiscal na lavratura do auto de infração. Como na visão da fiscalização ela não era contribuinte do IRPJ e CSLL no período de 16/12/2006 a 19/12/2014, não poderia ter utilizado saldo de PF e BCN nos anos-calendários em que apurou resultado positivo. Assim, a autoridade fiscal deveria reestabelecer os valores;*

*· As bases autuadas deveriam corresponder aos valores de PF e BCN que foram utilizados para absorver o reconhecimento das receitas financeiras decorrentes do aporte de R\$ 5 bilhões, pois essa seria a operação simulada*

*o As compensações feitas em 2014 não poderiam ser objeto de autuação fiscal, vez que a transferência de caixa ocorreu em 2015;*

*o Nos anos de 2015 a 2017, além das receitas financeiras decorrentes do aporte de R\$ 5 bilhões, outras receitas foram auferidas pelo Impugnante, assim, não poderia ser considerado indevida a totalidade das compensações*

*· Adotando a premissa de que até 19/12/2014 o impugnante não era contribuinte do IRPJ e CSLL, as bases autuadas somente poderiam levar em consideração a parcela das compensações de PF e BCN relativas a receitas auferidas após este momento, isto é, entre 20/12/2014 e 31/12/2014*

· *O lançamento fiscal estaria pautado em evento futuro e incerto, pois não há decisão definitiva nos autos da ação judicial*

*Decadência do direito do Fisco em questionar os saldos de PF e BCN eis que formados entre 1998 e 2010*

*Interpretação a ser dada ao fundamento do acórdão proferido pelo TRF4*

· *Por meio Ação Judicial o contribuinte buscou ver reconhecida a impossibilidade de ser exigido IRPJ e CSLL sobre resultados positivos auferidos durante sua liquidação judicial e enquanto seu PL era negativo, por entender que não haveria acréscimo patrimonial, não configurando fato gerador / base de cálculo do IRPJ e CSLL. Nesse sentido teria sido a decisão judicial;*

*o O fundamento da decisão não foi que o Impugnante poderia deixar de recolher IRPJ e CSLL por não ser contribuinte desses tributos, ou seja, por não existir relação jurídico tributário entre o Impugnante e a União;*

*o A regra geral é a de que todas as pessoas jurídicas são contribuintes do IRPJ e da CSLL, conforme previsão contida no artigo 158 do Decreto nº 9.580/18 (Regulamento do Imposto de Renda - "RIR/19") e artigo 4º da Lei 7.689/8854, sendo excepcionadas apenas aquelas que, por previsão constitucional ou infraconstitucional, são imunes ou isentas, respectivamente. A decisão judicial não teria caracterizado o contribuinte como imune ou isento;*

· *A decisão proferida pelo TRF-04 não poderia ser aceita, caso prevalecesse o entendimento do auditor fiscal, pelo fato de o Poder Judiciário ter competência para afastar a condição de determinada pessoa jurídica como sendo contribuinte do IRPJ e CSLL somente quando houver previsão expressa em lei. Não tendo sido explicitada lei nesse sentido.*

· *Portanto, é evidente que: (i) os resultados registrados nos livros fiscais (LALUR - fls. 966 a 2.414 dos autos; DIPJ – 4.421 a 5.444 dos autos) são válidos; e (ii) é certo o uso desses saldos registrados para se compensar resultados positivos futuros.*

· *A interpretação dada pela autoridade fiscal violaria o postulado do "venire contra factum proprium" e a boa fé objetiva, pois representantes da União (PGFN) em Recurso Especial Interposto, reconheceram expressamente que a decisão proferida pelo TRF-04 foi no sentido de que o (i) o Impugnante, mesmo durante a sua liquidação extrajudicial e enquanto tivesse o PL negativo, permaneceria na condição de contribuinte do IRPJ e da CSLL, mas que (ii) o regime de apuração aplicável não seria o ordinário.*

· *O pedido formulado na petição inicial versaria sobre o tratamento tributário a ser dado aos resultados positivos auferidos durante a liquidação extrajudicial e enquanto seu PL fosse negativo, não abrangendo situações em que o resultado auferido não era positivo. Estender os efeitos aos casos em que o resultado não foi positivo atribuiria a decisão um efeito extra petita, não admitido pelo ordenamento jurídico. Ainda, na petição não há qualquer discussão acerca da forma de registro do PF e BCN apurados no âmbito da liquidação e, muito menos, sobre a forma de utilização dos respectivos saldos de PF e BCN*

· *Por fim, defende a impossibilidade de desconsideração dos saldos de PF e BCN até que seja proferida decisão final definitiva nos autos da Ação Judicial.*

*Ausência de simulação na aquisição do Banco Sistema pelo BTG*

· *O elemento central da aquisição das ações do Banco Sistema pelo BTG foi a carteira de créditos inadimplidos detidos por aquela sociedade, como pode-se verificar analisando documentos contemporâneos à aquisição.*

*o Foi realizada extensa e profunda Due Diligence com o objetivo de (i) acompanhar a evolução das atividades do Impugnante, em especial a atividade de recuperação de créditos, bem como (ii) mapear todas as contingências da companhia.*

*o O intervalo entre a assinatura do Instrumento Particular de Assunção Recíproca de Obrigações celebrado pelo FGC e o BTG e a conclusão da operação (quase dois anos) indicariam que a transação não se resumiria a aquisição saldos de PF e BCN*

*· O BTG não teria optado pela aquisição apenas da carteira de crédito pelos seguintes motivos:*

*o Ao contrário do colocado pela autoridade fiscal, o Banco Bamerindus não se resumiria a um corpo funcional composto basicamente à pessoa do liquidante. Mesmo durante a liquidação extrajudicial o Banco Bamerindus contava com mão de obra ampla e especializada formada por profissionais terceirizados;*

*o O contrato celebrado com a Recovery do Brasil (RDB) não se tratou de cessão de créditos, mas sim um contrato de prestação de serviços com o objetivo de tornar mais eficiente a recuperação desses créditos. A participação da RDB já era prevista no Plano de Negócios, portanto, seria também uma evidência de sua implementação. Nesse ponto, ainda destaca que a terceirização da atividade de cobrança não é uma medida atípica.*

*o O BTG não poderia adquirir tão somente a carteira de crédito do Banco Bamerindus. A estrutura consistente na capitalização do crédito devido pelo FGC e posterior alienação das ações a um terceiro, em contrapartida à venda / negociação individual de ativos da sociedade (e.g. carteira de créditos inadimplidos), já havia sido todo arquitetada pelo FGC em 2008 e aprovada pelo BACEN em 2009, sem qualquer participação do BTG*

*· Essa estrutura não apenas já havia sido previamente arquitetada pelo FGC, mas era também a única possível, pois, como esclarecido no curso do procedimento de fiscalização, o FGC não poderia, por questões institucionais, permanecer como controlador do Impugnante, alienando apenas determinados ativos, como, por exemplo, a carteira de créditos inadimplidos*

*· A época dos fatos, a legislação não previa a transferência do controle da sociedade como hipótese de encerramento da liquidação, de modo que, para que fosse encerrada a liquidação do Impugnante sem a sua extinção, a única alternativa possível era o reestabelecimento de suas atividades operacionais, tal como realizado no caso concreto o Mesmo que o BTG tivesse escolhido realizar a transação por meio da aquisição de ações do Banco Bamerindus, ao invés da aquisição apenas da carteira de créditos inadimplidos, isso não permitiria qualquer questionamento por parte do Fisco, pois havendo duas alternativas para alcançar o mesmo fim, não pode a autoridade fiscal obrigado o contribuinte a adotar uma delas.*

*o O Banco Sistema, após a aquisição pelo BTG teria auferido resultado operacional de mais de R\$ 3,5 bilhões, expurgadas as receitas financeiras relativas a aplicação do “caixa” de R\$ 5 bilhões.*

*· O Plano de Negócios elaborado pelo BTG foi colocado a apreciação e aprovado pelo BACEN, assim, entende que os efeitos tributários decorrentes não podem ser questionados pelo FISCO, já que seriam conseqüências dos atos regulares de gestão, ou seja, não seria possível a desconsideração das operações pelas Autoridades Fiscais sob o entendimento de que teriam sido simuladas, pois as mesmas foram avaliadas e aprovadas pelo órgão regular competente.*

*· O Plano de Negócios não previa metas e prazos vinculantes para sua implementação, mas tão somente previsões de medidas a serem adotadas. O BTG buscou a implementação do Plano de Negócios, esbarrando em dificuldades de cunho operacional. O impugnante cita as seguintes ações e dificuldades encontradas:*

*o Abertura da Conta de Reservas Bancárias junto ao BACEN, nos termos do art. 4º da Carta Circular BACEN 3.438/09, obrigatória para bancos comerciais, múltiplos ou caixas econômicas operarem. A conclusão da abertura da conta se deu somente em 15/07/2015;*

*o Aumento do capital social em R\$ 5 bilhões em março de 2015, tal valor seria utilizado para aquisição da carteira de créditos detida pelo BTG. O BTG não transferiu diretamente sua carteira de crédito ao Banco Sistema em razão da impossibilidade de integralização de capital social de uma instituição financeira por meio da contribuição de bens;*

*o Deu início ao complexo processo de implementação de sistemas (junta planilhas para comprovação);*

*o Em que pese tenha sido deslocado para a folha de pagamentos do Banco Sistema apenas um funcionário, junta e-mails comprovando a participação de funcionários do BTG na implementação do Plano de Negócios;*

*o Alteração na sede da empresa em Curitiba;*

*o Mesmo sem a conclusão do Plano de Negócios, o Banco Sistema apresentou resultado operacional no valor de R\$ 3.642.257.416,79 entre 2014 e 2017, expurgando as receitas financeiras relativas às aplicações de R\$ 5 bilhões;*

*o Não foram cumpridas todas as metas do Plano de Negócios em decorrência da prisão do Sr. André Esteves em novembro de 2015;*

*o Os recursos financeiros no valor de R\$ 5 bilhões permaneceram no Banco Sistema, mesmo após a decisão de que não ocorreria a aquisição da carteira de crédito do BTG pois havia duas alternativas que poderiam ser seguidos: (i) deliberação da redução imediata do capital social do Impugnante, com o retorno dos recursos financeiros ao BTG; ou (ii) manutenção desses recursos financeiros sob gestão do Impugnante, para que permanecessem investidos em aplicações financeiras. Optou-se pela segunda, pois do ponto de vista econômico era mais vantajosa, já que mais eficiente em termos fiscais em razão dos saldos de PF e BC*

*· Não haveria relação de causa e efeito entre o descumprimento do Plano de Negócios e a baixa de ofício dos saldos de PF e BCB.*

*o A validade dos saldos de PF e BCN independe de qualquer cumprimento de instrumentos firmados entre o BTG e o BACEN;*

*o Caso tivesse implementado o Plano de Negócios a infração fiscal seria maior, pois teria compensado o PF e BCN em menor tempo;*

*o Não poderia a Autoridade Fiscal justificar a “baixa de ofício” dos saldos de PF e BCN em 19/12/2014 com base em eventos ocorridos após este momento (descumprimento do Plano de Negócios);*

*Não haveria qualquer óbice na legislação fiscal a impedir que uma empresa seja adquirida em virtude dos saldos de PF e BCN que detém:*

*· Outros entes de Direito Público teriam ofertado sociedades com PF e BCN, como demonstra o exemplo do Edital de venda do BERJ;*

*· No presente caso não houve comercialização de PF e BCN, vez que o seu saldo foi utilizado pelo próprio impugnante;*

*· Os saldos de PF e BCN nada mais são do que um ativo da pessoa jurídica, cabendo aos seus administradores decidir a forma pela qual esses recursos serão aplicados.*

*O impugnante teria obedecido as regras que tratam do aproveitamento dos saldos de PF e BCN*

*· O Decreto-Lei nº 2.341/87 dispõe que: (i) não poderão ser compensados saldos de PF e BCN se entre a data da apuração e da compensação tiver ocorrido, cumulativamente, a mudança de controle societário e do ramo de atividade (artigo 32) e (ii) a pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar os saldos de PF e BCN acumulados pela sucedida até a sua extinção (artigo 33). A mudança de controle societário não ensejaria a perda de saldo de PF e BCN, não havendo previsão legal para a baixa pretendida.*

*o O presente caso não seria similar às operações de “incorporação às avessas”, que descumpririam a regra específica contida no mencionado artigo 33 do Decreto-Lei nº 2.341/87, em que se veda que a pessoa jurídica sucessora por incorporação, aproveite os saldos de PF e BCN acumulados pela sucedida;*

*1.2 - Infração 2 – omissão de receitas no momento da integralização de crédito pelo FGC (IRPJ, CSLL, PIS e Cofins)*

*Nulidade do lançamento por iliquidez e incerteza*

*· A autoridade fiscal apurou o IRPJ e CSLL com base na sistemática do Lucro Real, com regime de apuração anual. Entretanto, como o impugnante não seria contribuinte desses tributos até 19/12/2014, não poderia optar pelo regime de apuração anual, devendo ser apurado os tributos na regra geral, que é o regime de apuração trimestral, conforme art. 1º da Lei nº 9.430/95;*

*· Impossibilidade de omissão de receitas decorrente do perdão de dívida, pois no momento da capitalização o era PL negativo, entendimento esse em consonância com o reconhecido em decisão judicial*

*o Como a capitalização dos créditos do FGC é pressuposto para a apuração da base tributável - mesmo que se adote o entendimento da Autoridade Fiscal de que parcela dessa integralização se trataria de perdão de dívida – jamais poderia ser considerada como acréscimo patrimonial, haja vista que ocorreu em momento lógico anterior à assunção da condição necessária para o auferimento da renda (reversão do PL negativo);*

*o Como pressuposto necessário para se auferir acréscimo patrimonial, após reversão do patrimônio negativo, a capitalização jamais poderia também ser qualificada como o próprio fato gerador (suposta omissão de receita)*

*· Na apuração do montante exigido à título de IRPJ e CSLL, a Autoridade Fiscal deixou de abater os valores apurados e lançados de PIS e COFINS (PIS: R\$ 15.980.643,72 e COFINS: R\$ 98.342.422,90) do resultado do exercício, o qual é o ponto de partida das bases de cálculo do IRPJ e CSLL;*

*Nulidade do lançamento por vício de fundamentação*

*· Caso se considere a omissão de receitas decorrente de perdão de dívidas, o pagamento de tributos resultaria na redução do montante a ser adicionado ao PL, que permaneceria negativo. Dessa forma não incidiriam os tributos por força da decisão judicial;*

*· A data do fato gerador seria 05/06/2014, data da aprovação do aumento de capital e a integralização com créditos do FGC, e não 19/12/2015, data de emissão das ações e transferência do controle societário, portanto, houve erro na eleição do fato gerador. Ademais, considerando a data de 05/06/2014, teria ocorrido a decadência do lançamento de PIS e Cofins, vez que a apuração desses tributos é mensal, e a autuação foi realizada em 28/08/2019;*

*· Caso seja considerada a improcedência das autuações referentes a infração 1, a base de cálculo da omissão de receitas deverá ser compensada com os saldos de PF e BCN reestabelecidos nos limites legais previstos.*

*No mérito*

*· Alega o impugnante a distinção entre os institutos jurídicos do aumento de capital com subscrição de ações (art. 170 da LSA) e do perdão de dívida (art. 385 do CC),*

*o “o aumento de capital com a subscrição de ações e integralização de direito creditório – tal como ocorrido no presente caso – pode ser assim resumido: modalidade de reforma estatutária mediante a qual a companhia emite novas ações, as quais são subscritas por investidores que, por sua vez, integralizam (pagam) com direitos de crédito que possuem, inclusive, em face da própria companhia”*

*o “pode-se resumir o perdão de dívida como a ‘liberação graciosa do devedor pelo credor, que voluntariamente abre mão de seus direitos creditórios, com o escopo de extinguir a obrigação, mediante o consentimento inequívoco, expresso ou tácito, do devedor, desde que não haja prejuízo a direitos de terceiros (CC, art. 385).’*

*o A operação analisada deve ser qualificada como um aumento de capital do Bamerindus, com subscrição de ações e integralização de créditos pelo FGC, e não como um perdão de dívida, tendo em vista que o perdão de dívida necessita (i) tanto da intencionalidade (ânimo) do credor em perdoar; (ii) quanto da aceitação do devedor, o que não se visualiza a partir da análise dos atos e documentos acostados aos autos.*

*· O aumento de capital com subscrição de ações obedeceu ao previsto na legislação e foi apresentado e aprovado pelo BACEN, portanto, seria válido e legítimo.*

*· Não houve simulação no aumento de capital do Bamerindus com Integralização de créditos do FGC*

*o O único fundamento apresentado pela autoridade fiscal para concluir pela simulação no aumento de capital foi a suposta falta de razoabilidade da operação;*

*o A operação de aumento de capital foi aprovada pelo órgão regulador (BACEN)*

*o Para se desconsiderar o aumento de capital realizado e requalificá-lo parcialmente como perdão de dívida, é inconteste a necessidade de que a Autoridade Fiscal trouxesse aos autos elementos probatórios que demonstrassem o vício de simulação que estaria compreendido na operação e não apenas meras ilações / suposições / presunções;*

*· A operação não poderia ser considerada não razoável sob o enfoque do FGC e a finalidade pelo qual foi criado o A função do FGC não é auferir lucros, mas sim absorver perdas, as quais, na sua inexistência, seriam suportadas pelos cidadãos;*

*o O estatuto do FGC dispõe que sua natureza é de entidade sem fins lucrativos, com a finalidade de proteger depositantes e investidores no âmbito do sistema financeiro;*

*· O preço utilizado para emissão de ações no aumento de capital empreendido pelo FGC é legítimo*

*o O art. 170, §1º da LSA fixa três critérios distintos que poderão ser utilizados conjuntamente ou alternativamente para definição do preço de emissão de novas ações: i) perspectiva de rentabilidade futura; ii) valor do PL da ação; ou iii) cotação de suas ações em Bolsa de Valores ou no mercado de balcão organizado. Tais critérios seriam apenas indicativos*

*· Entende o impugnante que a LSA conferiu poder discricionário a assembléia geral ou conselho de administração para estabelecer o preço de emissão das ações por ocasião do aumento de capital*

*· Como o Bamerindus encontrava-se sem atividades e com PL negativo, não poderia ser aplicado o critério da perspectiva de rentabilidade futura ou valor do PL da ação*

*o A autoridade fiscal não poderia entrar no mérito do valor do preço da ação utilizado no aumento de capital, vez que o preço foi pactuado entre subscritor e companhia e aceito pelos acionistas minoritários.*

*· Entende que o critério adotado pela autoridade fiscal para determinar o preço de emissão da ação carece de qualquer fundamento ou racionalidade*

*o O critério adotado para determinar o preço de emissão do aumento de capital integralizado pelo FGC não possui qualquer elemento de falta de razoabilidade, tendo sido claramente justificado como o mais adequado em face da situação em que este se encontrava (sem atividade e com PL negativo) – justificativa claramente exposta na proposta de aumento do capital*

*· Foi cumprido o exigido no artigo 170, §1º, III: a cotação de suas ações em Bolsa de Valores ou no mercado de balcão organizado, admitido ágio ou deságio em função das condições do mercado*

· A argumentação adotada pela autoridade fiscal de que o preço das ações na realização da OPA se referia a indenização paga pelo FGC aos acionistas minoritários não procede, vez que o FGC não era parte nas ações, o que houve foi o pagamento de um preço pelas ações cujas titularidades eram relevantes para que o FGC desenvolvesse o Plano de Reestruturação.

· Não poderia ser tomado como base para determinação do preço de emissão das ações o valor utilizado para o aumento de capital em 04/02/15 (aumento de capital empreendido pelo BTG), pois como o PL era positivo foi utilizado o critério do valor do PL da ação

o O método utilizado pela autoridade fiscal para determinar o preço da ação estaria incorreto, pois desconsiderou as ações da BPE e das quotas da BASTEC;

o Caso fosse utilizado o preço de emissão conforme argumentado pela Autoridade Fiscal, i.e., R\$ 1,07 por ação (R\$ 390.630.336,60 / 362.031.881 ações) e, considerando que o FGC efetivamente aportou o seu crédito de R\$ 2.849.759.994,62, o que é incontroverso conforme a própria Autoridade Fiscal, bastaria que o Bamerindus emitisse mais ações. Ou seja, ao invés de emitir 362.031.881 ações ao preço de R\$ 7,87/ação, o Bamerindus emitiria 2.663.327.097 ações ao preço de R\$ 1,07

· Mesmo que se entenda que o valor de mercado das ações emitidas pelo Bamerindus seja o montante posteriormente pago pelo BTG, o valor de R\$ 2.459.129.658,02 não poderia ser qualificado como perdão de dívida, mas sim como ágio na aquisição das ações, ágio esse não tributável;

· Alternativamente, poderia se entender que houve uma baixa do passivo, com absorção do prejuízo fiscal, mas nesse caso, não haveria receita tributável (perdão de dívida);

#### *Impossibilidade de exigência do PIS e da COFINS*

· Vício na fundamentação decorrente de erro no enquadramento legal, pois apesar do fato gerador ter ocorrido em dezembro de 2014, a autoridade fiscal fundamentou o lançamento em disposições legais que passaram a produzir efeito somente em 2015

o O artigo 12 do Decreto-Lei 1.598/77, com a redação dada pela Lei nº 12.973/14 passou a produzir efeitos somente em 1º de janeiro de 2015

· Impossibilidade da receita decorrente de um suposto perdão de dívida pelo FGC ser enquadrada como faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS, apurados sob o regime cumulativo, nos termos da correta legislação vigente à época dos fatos

o ) E. STF decidiu que o termo “faturamento”, que é a base de cálculo do PIS e da COFINS, apurados sob o regime cumulativo, compreende apenas e tão somente as receitas decorrentes exclusivamente da venda de bens e da prestação de serviços

· Ainda que se adote uma interpretação mais ampliada do conceito de faturamento, o considerando toda e qualquer receita decorrente do exercício da atividade típica, o perdão de dívida não poderia se enquadrar nesse conceito, pois não seria decorrente do exercício de uma atividade típica do impugnante

#### *Demais argumentos*

· Impossibilidade de ingerência do Fisco na atividade do contribuinte em decorrência dos princípios da livre iniciativa e de outras garantias constitucionais

· Impossibilidade de desconsideração pelo Fisco dos negócios jurídicos praticados, em decorrência da falta de regulamentação do parágrafo único do art. 116 do CTN

#### *1.3 - Da impossibilidade de exigência da multa qualificada e da multa isolada*

· Somente haverá que se falar em dolo, pressuposto da aplicação da multa de ofício qualificada, quando comprovado que o contribuinte praticou, de forma intencional, o ato descrito no tipo penal-tributário. Não se pode falar em dolo apenas pelo fato de o ato desconsiderado pela fiscalização ter sido praticado pelo contribuinte de forma voluntária

*o Para que seja possível a exasperação da multa qualificada não basta que a Autoridade Fiscal demonstre que o contribuinte quis praticar o ato considerado não oponível ao Fisco, é preciso que se comprove a intenção de fraudar a Fiscalização*

*· O contribuinte não praticou qualquer ato doloso a ensejar a qualificação da multa*

*o Todos os atos foram praticados de forma transparente e, mais que isso, com a aprovação expressa do BACEN, sendo impossível, assim, se falar em fraude, sonegação ou conluio por parte do Impugnante ou de qualquer outra parte envolvida na transação*

*· A multa de ofício qualificada não poderia ser aplicada por violar o princípio do não confisco*

*· A multa isolada somente poderia ser exigida caso o Fisco verificasse a falta de recolhimento dos tributos, ou recolhimento insuficiente, com base em estimativas mensais, antes do término do ano-base. No presente caso, como o ano-base já estava encerrado, não poderia mais ser punida pela exigência da multa isolada*

*· Não poderia haver a cumulação da multa isolada com a multa de ofício, pois ambas são decorrência de uma única e inseparável infração*

*· Caso a decisão não seja por unanimidade de votos, pugna pela não aplicação das multas de ofício e isolada em decorrência do art. 112 do CTN.*

*·*

## **2 - IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELO BANCO BTG PACTUAL**

*Inicialmente, requer que a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo principal – Banco Sistema – seja parte integrante da sua defesa, reiterando e ratificando todos os argumentos.*

*Adicionalmente, alega o Banco BTG Pactual:*

*· A autoridade fiscal atribuiu responsabilidade solidária com base no artigo 124, I do CTN, tal solidariedade ocorreria tão somente nas hipóteses em que há pluralidade de contribuintes, praticando a conduta lícita descrita na regra-matriz de incidência tributária, sendo insuficiente o mero interesse fático ou econômico*

*o Ao tentar descrever qual seria o interesse “jurídico” comum do Impugnante, a autoridade fiscal limita-se a sugerir que o Impugnante teria o interesse de transferir ativos seus para o Banco Sistema e assim se “beneficiar” de PF e BCN acumulados sobre receitas que seriam suas, caso a transferência de ativos não tivesse ocorrido. Tal fato representaria, no limite, interesse econômico, não podendo o colocar na posição de contribuinte do IRPJ e CSLL devidos pelo Banco Sistema;*

*· Em relação á irregularidade de compensação indevida de PF e BCN*

*o Não foi imputada qualquer alegação pela Autoridade Fiscal de que teria havido “simulação” no ato de aproveitamento “indevido” dos créditos acumulados pelo Banco Sistema. A glosa dos créditos se deu por duas razões:(i) suposta impossibilidade de acúmulo de saldos de PF e BCN nos anos-calendário compreendidos entre 1998 e 2010 em razão da Ação Judicial e; (ii) suposta “simulação” na operação de aquisição do Banco Sistema.*

*o A Autoridade Fiscal não foi capaz de imputar qualquer ato específico ao Impugnante atrelado aos fatos geradores das obrigações tributárias objeto do presente lançamento fiscal, vez que os lançamentos se basearam em fatos geradores anteriores a aquisição do Banco Sistema pelo Impugnante*

*· Em relação à irregularidade decorrente de omissão de receita por perdão de dívida:*

*o Ainda que se considere ter realmente ocorrido a existência de um “perdão de dívida” pelo FGC em face do Banco Sistema fato é que não se vislumbra qualquer participação do Impugnante na operação que ocasionou no perdão de dívida autuado, ou ainda qualquer eventual benefício econômico auferido pelo Impugnante nesta operação.*

*o A subscrição e integralização pelo FGC de aumento de capital mediante aporte dos créditos detidos contra o Bamerindus (atual Banco Sistema) já constava expressamente do plano de reestruturação do Bamerindus, elaborado em 2008, e regularmente aprovado pelo BACEN em 23/04/2009 – ou seja, em 02/01/2013 (quase 4 anos depois, portanto), quando da assinatura do Contrato FGC/BMG o Impugnante meramente ADERIU à operação que já havia sido estruturada em sua integralidade pelo FGC, inclusive com a aprovação do BACEN*

*· Não há qualquer prova de ingerência ou mínima participação na suposta infração que resultou no crédito tributário ora constituído em face do Banco Sistema.*

*o A mera posição de acionista controlador do Banco Sistema não seria suficiente para a configuração da solidariedade nos termos do inciso I do 124 do CTN.*

*· Não se pode atribuir responsabilidade solidária em relação aos multas aplicadas em decorrência do princípio da pessoalidade da pena;*

### **3 - IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR ANDRÉ SANTOS ESTEVES**

*Inicialmente, requer que a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo principal – Banco Sistema – seja parte integrante da sua defesa, reiterando e ratificando todos os argumentos.*

*Adicionalmente, alega André Santos Esteves*

*· Impossibilidade de atribuição de responsabilidade tributária com base no art. 135, III do CTN a administradores de terceiros por crédito tributário do devedor principal*

*o O impugnante figurava como Diretor e Presidente do Conselho de Administração do BTG, e não do Banco Sistema (devedor principal), jamais tendo exercido qualquer cargo de direção, gerência, ou foi representante da pessoa jurídica autuada, qual seja, o Banco Sistema.*

*· A Autoridade Fiscal atribui intuito fraudulento ao contrato firmado entre FGC e BTG em 2013 para atuar fatos geradores de IRPJ e CSLL do Banco Sistema ao longo dos anos de 2014 a 2017. Ou seja, não só a Autoridade Fiscal estende a interpretação de quem seriam os potenciais responsáveis pessoais pelos tributos cobrados, como atribui essa responsabilidade com base em suposta intenção fraudulenta de um ato que não é o fato gerador dos tributos ora cobrados*

*· As supostas infrações que ensejaram a responsabilização tributária do impugnante ocorrem em períodos anteriores a aquisição do Banco Sistema pelo BTG, não cabendo a sua responsabilização por não ter qualquer poder de gerência sobre elas;*

*· Defende a impossibilidade de atribuir responsabilidade tributária para fatos geradores aperfeiçoados após 29/11/2015, pois o impugnante deixou de ocupar os cargos de Diretor e Presidente do Conselho de Administração do BTG após essa data (data em que ocorreu sua prisão no âmbito da Operação Lava-Jato);*

*· Alega violação ao art. 142 do CTN, pois teria havido erro na identificação do sujeito passivo. A regra disposta no art. 135, III do mesmo diploma legal estabelece caso de responsabilidade pessoal, dessa forma, não poderia coexistir no pólo passivo tanto o sujeito passivo (pessoa jurídica no presente caso) como o responsável solidário, mas apenas um deles;*

*· A responsabilidade tributária com base no art. 135, III do CTN pressupõem a configuração do dolo para qualificação da ilicitude dos atos praticados, no presente caso, a autoridade fiscal não comprovou tal dolo, apenas indicando as pessoas físicas que teriam poder de ingerência na pessoa jurídica (sujeito passivo principal) ou em terceiro*

*o A Autoridade Fiscal não demonstrou de que maneira a participação do Impugnante, como signatário do Instrumento Particular de Assunção de Obrigações Recíprocas, resultou nas supostas compensações indevidas de PF e BCN e na omissão de receita pelo Banco Sistema. Ou seja, a Autoridade Fiscal sequer demonstrou a ligação direta e necessária (nexo causal) entre meros atos na função de Diretor e Presidente do*

*Conselho de Administração do BTG e a suposta redução indevida de tributos pelo Banco Sistema.*

· *A subscrição e integralização pelo FGC de aumento de capital mediante aporte dos créditos detidos contra o Bamerindus (atual Banco Sistema) já constava expressamente do plano de reestruturação do Bamerindus, elaborado em 2008, e regularmente aprovado pelo BACEN em 23/04/2009 – ou seja, em 02/01/2013 (quase 4 anos depois, portanto), quando da assinatura do Contrato FGC/BMG o Impugnante meramente ADERIU à operação que já havia sido estruturada em sua integralidade pelo FGC, inclusive com a aprovação do BACEN*

*o Não há qualquer prova de ingerência ou mínima participação na suposta infração que resultou no crédito tributário ora constituído em face do Banco Sistema.*

· *Não se pode alegar que em virtude de atos que contaram com a participação do Impugnante como suposto administrador do BTG — Instrumento Particular de Assunção Recíproca de Obrigações FGC/BTG em 02/01/2013 —, deixou-se de recolher tributos e que essa seria a infração à lei de que trata o artigo 135 do CTN. Isso porque, é pacífico na doutrina que a infração à lei a que faz referência ao artigo 135 do CTN não há de ser entendida como a mera ausência de pagamento de tributo.*

· *Não existiriam razões para que seja mantida a responsabilização do Impugnante quanto a suposta infração decorrente do acúmulo de PF e BCN no período em que estava abarcado pela decisão judicial o 5052775-21.2011.4.04.7000, pois tal infração não se baseia na prática de ato com infração à lei, mas tão somente na inobservância de uma decisão judicial pelo Banco Sistema.*

· *Entende que como não há efetiva subsunção do caso em análise às hipóteses de atribuição de responsabilidade tributária com base no artigo 135, inciso III, do CTN, o que efetivamente se tem no presente processo administrativo é a ilegal descon sideração da personalidade jurídica do Banco Sistema e do BTG, de modo que os patrimônios dos seus administradores sejam atingidos. Tal descon sideração seria descabida, pois (i) não houve infringência do contrato ou da lei, impossibilitando-se a aplicação do artigo 1.080, do Código Civil; e (ii) não há decisão judicial a este respeito.*

· *Não se pode atribuir responsabilidade solidária em relação aos multas aplicadas em decorrência do princípio da pessoalidade da pena;*

#### **4 - IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR MARCELO KALIM**

· *A atribuição de responsabilidade foi pautada única e exclusivamente, na sua condição de diretor executivo do Banco BTG, porém (i) sem atribuir-lhe qualquer conduta específica que estivesse relacionada com as supostas infrações; (ii) sem considerar que os atos por ele realizados foram adstritos à execução de diretrizes previamente fixadas por aquela instituição financeira; e (iii) desprezando o fato de que, nas datas em que praticados os atos supostamente simulados, o Impugnante não desempenhou funções que lhe permitissem intervir, assim como não efetivamente não interveio, nas operações consideradas ilícitas pela Autoridade Fiscal.*

*o A autoridade fiscal não identificou nenhum ato concreto de excesso de poderes e infração de lei, contrato social ou estatuto;*

*o A ausência de comprovação de dolo é suficiente para afastar a aplicação do art. 135, III do CTN*

*o O Banco BTG Pactual S.A é uma sociedade anônima de capital aberto, cuja participação está espalhada entre diversos acionistas, dessa forma, a posição ocupada pelo impugnante (diretor-executivo) era de executor de deliberações tomadas em Assembléia Geral ou Conselho de Administração;*

*o Para a atribuição de responsabilidade tributária com fulcro no art. 135, III, do CTN, é imprescindível que seja efetuada uma apuração individual e analítica – nunca geral e abstrata – a respeito do suposto ato infracional, o que não foi feito pelos agentes fiscais*

· *O Plano de Reestruturação do Banco Bamerindus foi confeccionado em 2008 pelo FGC com o objetivo de evitar a desestabilização do sistema financeiro e evitar a perda do crédito junto ao Bamerindus. Nesse plano, aprovado pelo Bacen, já estavam delineadas as etapas para a venda das operações do Banco. Nessa data, o impugnante não tinha relação com o BTG Pactual (passou a ter em 2013).*

*o O Impugnante não pode ser responsabilizado por essa operação porque o contrato que assinou na condição de diretor do BTG deixava absolutamente claro que esse mesmo plano “veio a ser aprovado pelo BACEN (Anexo B, ‘correspondência BACEN n.º DIRET-2009/294, DE 23/4/09)”, de tal maneira que todos os seus elementos indicavam a plena legitimidade da operação societária, previamente orientada, coordenada e estruturada por entidade integrante do mercado financeiro.*

· *Em relação a infração de compensação indevida de PF e BCN que seria indevida dado o teor do acórdão proferido pelo TRF4, alega que a apuração e registro do PF e BCN se deu nos anos de 1998 a 2010, anteriores ao período em que assumiu a função de Presidente do Conselho de Administração do Banco Sistema*

*o Seria descabido pensar em atribuir um ato ilegal, ou com fraude à lei, a algum diretor ou membro de conselho que, munido de tese jurídica, leva discussão ao Poder Judiciário e entende diferentemente do Fisco com relação aos efeitos desta tese*

*o Em razão do cargo que ocupava não possuía proximidade com o procedimento operacional conduzido pela pessoa jurídica de compensação de PF e BCN*

*o A autoridade fiscal reconhece que esta infração não enseja a responsabilidade, tanto que cabível a multa de 75%, uma vez que não houve prática de conduta fraudulenta*

· *Em relação a infração decorrente de omissão de receita por perdão de dívida, alega que a proposta de aumento de capital já estava prevista desde 2009 e tinha como objetivo eliminar o passivo a descoberto do Banco Bamerindus para posterior venda. Nessa data, o Bamerindus ainda estava sob gestão do FGC, não podendo ser responsabilizado por atos de terceiros;*

· *Na data de cessão de crédito tributário entre Banco Sistema e Banco BTG Pactual S.A, operação autorizada pelo art. 2º, §2º da Lei 13.496 de 2017, o impugnante não ocupava mais o cargo de Presidente de Conselho, nem diretor-executivo do BTG.*

· *Alega erro na indicação do sujeito passivo, pois entende que o Art. 135, III do CTN traz hipótese de responsabilidade pessoal do agente que cometeu o ato ilícito, e não de responsabilidade solidária. Portanto, a autoridade fiscal incorreu em erro ao indicar como sujeito passivo o Banco Sistema, o BTG Pactual e o impugnante.*

· *Alega a nulidade do Termo de Responsabilidade Tributária por cerceamento do seu direito de defesa, vez que a autoridade fiscal teria baseado unicamente sua responsabilização com base no cargo que ocupava, sem indicar quais fatos e atos ilícitos ensejaram a responsabilização tributária. Portanto, a responsabilidade tributária não restaria devidamente motivada*

*o Cita jurisprudência do CARF e a Instrução Normativa 1.862/2018 · A decisão judicial do TRF 4 no âmbito da Ação Declaratória n.º 5052775-21-2011-404-7000 não foi no sentido de que o Banco Bamerindus não seria contribuinte de IRPJ e CSLL no período em que estava em recuperação judicial, mas sim de que não haveria acréscimo patrimonial positivo a ser tributado enquanto estivesse com patrimônio líquido negativo e em recuperação judicial, vez que possível disponibilidade econômica ou jurídica de bens ou ativos destinam-se à satisfação dos credores. Portanto, seria equivocada a interpretação dada pela autoridade fiscal.*

· *A decisão do TRF4 se limita a dispor que não haveria recolhimento do IRPJ e da CSLL no período compreendido entre os cinco anos que antecederam o ajuizamento da ação declaratória e a data de 19/12/2014. Assim, ainda que a glosa realizada fosse procedente, o Fisco avançou sobre período não abarcado pela decisão judicial. Ou seja, a glosa, se cabível, somente poderia envolver o período efetivamente compreendido pela ação judicial: de 16/12/2006 a 19/12/2014.*

· *Insurge-se contra a glosa de PF e BCN decorrente da decisão judicial, vez que encontra-se pendente de análise de recurso especial pelo STJ, assim, a exigência seria temerária e sua exigência é precipitada.*

· *Alega que não houve simulação na aquisição do Banco Sistema pelo BTG Pactual, pois a operação foi aprovada pelo BACEN e houve a efetiva aquisição do Banco Sistema, tanto que ele vem operando como instituição financeiras, ao menos formalmente, desde 19/12/2014;*

· *Sobre a infração de omissão de receitas decorrentes de perdão de dívida, alega o impugnante:*

*o O auditor fiscal baseou a infração na falta de razoabilidade da operação de aumento de capital do Banco Sistema pelo FGC, vez que integralizou aproximadamente R\$ 2,8 bilhões para posteriormente alienar ao BTG por aproximadamente R\$ 400 milhões. Entretanto, o FGC é entidade sem fins lucrativos, criado com o objetivo de (i) proteger depositantes e investidores no âmbito do sistema financeiro, até os limites estabelecidos pela regulamentação; (ii) contribuir para a manutenção da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional; e (iii) contribuir para prevenção de crise bancária sistêmica. Assim, como o FGC não tem finalidade lucrativa, a falta de lógica não se aplicaria no presente caso;*

*o A capitalização dos créditos que o FGC detinha contra o então Banco Bamerindus não foi uma exigência do BTG, mas sim uma solução encontrada pelo próprio FGC em conjunto com o BACEN para tentar tornar atraente um possível investimento no Bamerindus e, assim, reduzir as suas perdas com a operação*

*o Para a desconsideração de negócios ou atos jurídicos (no presente caso a desconsideração da capitalização para considerá-la perdão de dívidas), caberia a autoridade fiscal fundamentar essa desconsideração em algum instrumento jurídico adequado, o que não foi feito;*

· *Destaca que a operação foi aprovada pelas autoridades de controle (BACEN, CADE e CVM), que analisaram e atestaram sua legalidade, assim, caberia ao Auditor Fiscal verificar os efeitos tributários da operação como realizada*

*o Cita o art. 24 da LINDB que em seu entendimento a Autoridade Fiscal não poderia ter simplesmente invalidado os efeitos já produzidos pelo ato administrativo exarado pela Procuradoria do BACEN ao aprovar os Planos de Reestruturação e de Negócios, pois, a revisão quanto à validade do ato administrativo cuja produção já foi concluída deverá considerar as interpretações e especificações nele contidas, as quais eram de amplo conhecimento público.*

· *A conversão de dívida em participação societária é medida plenamente lícita e não tem o efeito tributário pretendido*

*o O art. 23 da Lei 9.249/2015 é expresse ao definir que a integralização de capital social de sociedade mediante a transferência de bens e direitos pode ser feita a valor de custo ou de mercado. Em que pese tal artigo mencionar as pessoas físicas, ele também seria aplicado às pessoas jurídicas*

*o A capitalização não teve por objetivo fazer uma venda com perda pelo FGC. A capitalização buscou tornar a venda do Bamerindus factível e, assim, reduzir a perda que o FGC já vinha tendo por conta da sua atuação.*

· *Caso a autoridade fiscal entendesse que a operação gerou um benefício por ter havido aquisição de participação societária no Banco Sistema por valor abaixo do valor de mercado da participação, a fiscalização deveria, quando muito, autuar o BTG por suposta compra com deságio (ou, na terminologia trazida pela Lei nº 12.973/14, ganho proveniente de compra vantajosa), atribuindo os efeitos de tal “ganho” ao acionista (e não à empresa investida). Portanto, haveria um erro de sujeição passiva, ensejando a nulidade da autuação*

· *Caso fosse adotado o preço por ação proposto pela autoridade fiscal no aumento de capital haveria uma maior diluição da participação dos acionistas minoritários*

*o O efeito da aplicação do preço por ação proposto pela autoridade fiscal e o aplicado pelo FGC seria o mesmo, qual seja, o aumento do capital social do Banco Bamerindus em R\$ 2,849 bilhões*

*o O preço por ação adotado cumpriu os critérios previstos na Lei das S.A e foi submetido à avaliação de todos os órgãos de controle (CVM, BACEN)*

*· A Receita Federal do Brasil tem entendido que a operação de débito a conta de sócio equivale a um aporte de capital, na medida em que tem por função a manutenção da integridade do capital social da empresa, que se encontra desfalcado pela ocorrência do prejuízo, não podendo ser equiparado a uma receita de perdão de dívida (Solução de Consulta COSIT n.º 210 de 24 de junho de 2019 e Parecer Normativo CST n.º 4 de 17/02/1981)*

*· Defende a substância das operações de aumento de capital social com conversão de dívidas e de aquisição do Banco Bamerindus pelo BTG Pactual*

*o O Fisco não poderia impor ao contribuinte que adote o modelo que o convém. A autoridade fiscal indicou como modelos possíveis o BTG adquirindo os ativos do Banco e não a participação societária ou a integralização de capital pelo BTG e não pelo FGC*

*o O preço da aquisição das ações pelo BTG se deu a valor de mercado entre partes independentes*

*o O resultado operacional de 2014 a 2017 do Banco Sistema, excluindo-se as receitas financeiras relativas à aplicação do aporte de R\$ 5 bilhões, foi expressivo R\$ 3.642.257.416,79. Demonstrando os ganhos advindos da aquisição da participação societária*

*· Caso se entende que houve omissão de receitas por perdão de dívida, tais valores não teriam incidência de PIS/Cofins, por não preencherem os requisitos necessários a configuração de “receita tributável”*

*o O entendimento consolidado do STF é de que para a incidência de PIS/Cofins não basta a ocorrência de uma receita em sua definição contábil, mas sim a verificação do ingresso financeiro no patrimônio*

*· Sobre a base de cálculo do PIS/Cofins, alega vício na fundamentação decorrente de erro no enquadramento legal, pois apesar do fato gerador ter ocorrido em dezembro de 2014, a autoridade fiscal fundamentou o lançamento em disposições legais que passaram a produzir efeito somente em 2015*

*o O artigo 12 do Decreto-Lei 1.598/77, com a redação dada pela Lei n.º 12.973/14 passou a produzir efeitos somente em 1º de janeiro de 2015*

*· Alega a impossibilidade lógica de tributação do perdão de dívida diante da Ação Declaratória n.º 5052775-21.201124.04.700*

*o A tese que pretende tributar suposto perdão de dívida, é impossível. Isto porque, necessariamente o perdão teria ocorrido em momento anterior à reversão do PL. Ou seja, eventual cobrança do IRPJ e da CSLL só ocorreria caso fosse apurado lucro tributável após a reversão do PL.*

*o O fisco deveria considerar como montante tributável somente o valor de acréscimo patrimonial remanescente após a absorção dos prejuízos acumulados, se de fato existisse, mas tal hipótese é impossível de ocorrer no presente caso*

*· Aponta mais uma nulidade constatada na autuação fiscal, no que refere à apuração da exigência de CSLL referente ao ano-calendário de 2015, pois a Autoridade Fiscal aplicou de forma equivocada a alíquota de 20% sobre o valor tributável referente à integralidade do referido período. Isto porque, a aplicação da alíquota de 20% para instituições financeiras, como é o caso do Banco Sistema, deveria ocorrer apenas a partir do mês de setembro de 2015, conforme a previsão do art. 3º, I, da Lei n.º 7.689/88*

- Não poderia a autoridade fiscal discutir saldos de PF e BCN anteriores a 06/09/2014 (cinco anos anteriores a ciência do auto de infração), pois estariam decaídos
- Não caberia a qualificação da multa aplicada, pois não houve a comprovação de conduta dolosa do sujeito passivo e também não houve a comprovação de sonegação, fraude ou conluio;
- Não caberia a aplicação concomitante da multa isolada por falta de recolhimento de estimativa mensal com a multa de ofício, pois configuraria verdadeiro bis in idem ao ser aplicada duas penalidades para a mesma infração.
- Não seria possível a aplicação de multa isolada por não recolhimento de estimativas mensais após o encerramento do ano-calendário
- O impugnante não poderia ser responsabilizado pelos valores lançados a título de multa em decorrência do princípio da intranscendência da pena
- As multas aplicadas teriam caráter confiscatório
- Por fim, incorpora à sua defesa os argumentos de fato e de direito apontados pelo contribuinte Banco Sistema S/A

Naquela oportunidade, a r. turma Julgadora julgou a impugnação parcialmente procedente, mantendo parcialmente o crédito tributário exigido, cujo julgamento se encontra sintetizado pela seguinte ementa:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

**Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017**

**CONCESSÃO JUDICIAL DE REGIME DIFERENCIADO DE REGIME DE TRIBUTAÇÃO DO IRPJ E DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE DE APURAR PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVO DA CSLL NA VIGÊNCIA DE TAL REGIME.**

*Submetendo-se o sujeito passivo a regime diferenciado de tributação do IRPJ e da CSLL, por conta de decisão judicial, é imperioso reconhecer-se que tal regime não se subsume aos regimes de tributação legalmente previstos para tais tributos. Logo, inviável a apuração de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL no curso de tal regime de tributação, vez que apenas as empresas que apuram o IRPJ e a CSLL na sistemática do lucro real é que dispõem de tal faculdade.*

**ALIENAÇÃO DE CONTROLE SOCIETÁRIO. BAIXA DE SALDO DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL**

*Não cabe a baixa de saldo de PF e BCN no momento da alienação de controle societário, ainda que haja simulação na utilização desse saldo, por ausência de previsão legal.*

**AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL COM CONVERSÃO DE CRÉDITO DETIDO PELO AACIONISTA. INSTITUTO DIVERSO DO PERDÃO DE DÍVIDA.**

*É possível aumento de capital social com conversão de dívida detida pelo acionista, não sendo tributável tal valor. Tal instituto difere do perdão de dívida.*

**MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO INCIDENTE SOBRE O TRIBUTO APURADO COM BASE NO LUCRO REAL ANUAL. COMPATIBILIDADE.**

*Tratando-se de infrações distintas, é perfeitamente possível a exigência concomitante da multa de ofício isolada sobre estimativa obrigatória não recolhida ou recolhida a menor com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado, ao final do ano-calendário, com base no lucro real anual.*

**REPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DECORRENTE DA PRÁTICA DE ATOS SIMULADOS. AUTUAÇÃO QUE VEICULA ENTENDIMENTO INCORRETO**

**ACERCA DOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS DOS ATOS SIMULADOS. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS INDICADOS PELA FISCALIZAÇÃO.**

*Quando a fiscalização verifica corretamente a prática de atos simulados, mas não aplica os adequados efeitos tributários, é imperiosa a exoneração do crédito tributário constituído. Havendo crédito remanescente, constituído com multa de ofício de 75%, não se mostra possível manter a responsabilidade tributária imputada com base na prática de atos simulados.*

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

*Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017*

**NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA.**

*Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72.*

**LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL, PIS E COFINS.**

*Aplicam-se aos lançamentos reflexos (CSLL, PIS e Cofins) as mesmas razões de decidir do lançamento principal (IRPJ), em decorrência de sua íntima relação de causa e efeitos, na medida em que não há fatos jurídicos ou elementos probatórios a ensejar conclusões com atributos distintos.*

*Impugnação Procedente em Parte*

*Crédito Tributário Mantido em Parte*

Cientes do acórdão recorrido, e com ele inconformados, a recorrente e os coobrigados apresentam Recurso Voluntário, pugnando pelos respectivos provimento, onde apresentam argumentos que serão a seguir analisados. Também foram interpostos Recurso de Ofício.

É o relatório.

## **Voto Vencido**

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

### **Síntese dos Fatos**

Trata-se de auto de infração, que apurou crédito tributário de IRPJ e CSLL, relativos aos anos-calendário de 2014 a 2017, bem como de PIS e da COFINS, sob o regime cumulativo, relativos ao mês de dezembro de 2014, cumulados com multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, multa isolada e juros de mora.

De acordo com a fiscalização, foram identificadas três irregularidades, que ensejaram a glosa de compensação indevida de Prejuízo Fiscal (PF) e Base de Cálculo Negativa (BCN) e a constituição de crédito tributário decorrentes de omissão de receitas por perdão de dívida. As três irregularidades foram:

- Acumulação de saldos de PF e BCN no período coberto pela Ação Declaratória nº 5052775-21.201124.04.700, infração 01.
- Simulação na aquisição do Banco Sistema pelo BTG Pactual, resultando na baixa dos Saldos de PF e BCN, infração 02.

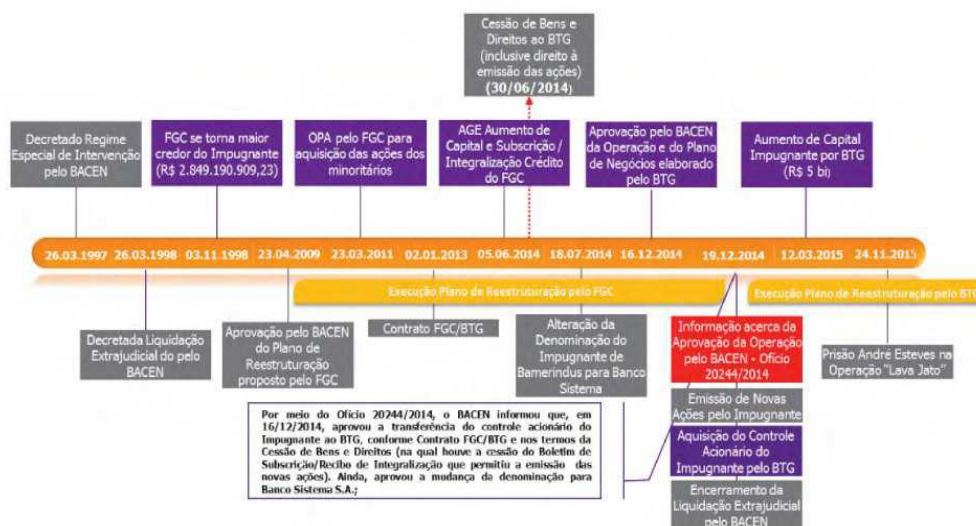
· Perdão de dívida na capitalização de créditos detidos pelo FGC, pois o valor capitalizado (aproximadamente R\$ 2,8 bilhões) é muito superior ao valor obtido com a venda do Banco Bamerindus ao BTG Pactual (aproximadamente R\$ 400 milhões), infração 03.

Pressupondo a realização de atos que configurariam fraude, sonegação e conluio, a Autoridade Fiscal entendeu pela qualificação da multa de ofício no percentual de 150%, nos termos do artigo 44, §1º da Lei n.º 9.430/96, para as Acusações Fiscais 02 e 03.

A Autoridade Fiscal ainda atribuiu responsabilidade solidária pelo crédito tributário ao (i) BTG, com base no artigo 124, I do CTN, e aos (ii) Srs. André Esteves e Marcelo Kalim, com base no artigo 135, inciso III, do CTN.

Como relatado, as autuações se deram no curso da operação de alienação do Banco Bamerindus ao BTG Pactual. A linha do tempo abaixo expõe com clareza a cronologia dos fatos:

➤ **LINHA DO TEMPO - OPERAÇÃO FGC, BAMERINDUS E BTG**



Cientificada dos lançamentos em questão, a Recorrente apresentou Impugnação, que foi julgada parcialmente procedente pela DRJ, para que fosse: (i) cancelada parcialmente a Acusação 01; (ii) cancelada integralmente a Acusação 02; e (iii) cancelada integralmente a Acusação 03. E, ainda, foi desqualificada a multa aplicada, reduzindo-a ao patamar de 75%, e foi cancelada a responsabilidade solidária dos coobrigados indicados. A decisão foi assim ementada:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

*Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017*

**CONCESSÃO JUDICIAL DE REGIME DIFERENCIADO DE REGIME DE TRIBUTAÇÃO DO IRPJ E DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE DE APURAR PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVO DA CSLL NA VIGÊNCIA DE TAL REGIME.**

*Submetendo-se o sujeito passivo a regime diferenciado de tributação do IRPJ e da CSLL, por conta de decisão judicial, é imperioso reconhecer-se que tal regime não se subsume aos regimes de tributação legalmente previstos para tais tributos. Logo, inviável a apuração de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL no curso de tal regime de tributação, vez que apenas as empresas que apuram o IRPJ e a CSLL na sistemática do lucro real é que dispõem de tal faculdade.*

**ALIENAÇÃO DE CONTROLE SOCIETÁRIO. BAIXA DE SALDO DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL**

*Não cabe a baixa de saldo de PF e BCN no momento da alienação de controle societário, ainda que haja simulação na utilização desse saldo, por ausência de previsão legal.*

**AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL COM CONVERSÃO DE CRÉDITO DETIDO PELO AACIONISTA. INSTITUTO DIVERSO DO PERDÃO DE DÍVIDA.**

*É possível aumento de capital social com conversão de dívida detida pelo acionista, não sendo tributável tal valor. Tal instituto difere do perdão de dívida.*

**MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO INCIDENTE SOBRE O TRIBUTO APURADO COM BASE NO LUCRO REAL ANUAL. COMPATIBILIDADE.**

*Tratando-se de infrações distintas, é perfeitamente possível a exigência concomitante da multa de ofício isolada sobre estimativa obrigatória não recolhida ou recolhida a menor com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado, ao final do ano-calendário, com base no lucro real anual.*

**REPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DECORRENTE DA PRÁTICA DE ATOS SIMULADOS. AUTUAÇÃO QUE VEICULA ENTENDIMENTO INCORRETO ACERCA DOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS DOS ATOS SIMULADOS. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS INDICADOS PELA FISCALIZAÇÃO.**

*Quando a fiscalização verifica corretamente a prática de atos simulados, mas não aplica os adequados efeitos tributários, é imperiosa a exoneração do crédito tributário constituído. Havendo crédito remanescente, constituído com multa de ofício de 75%, não se mostra possível manter a responsabilidade tributária imputada com base na prática de atos simulados.*

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

*Ano-calendário: 2014, 2015, 2016, 2017*

**NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA.**

*Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72.*

**LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL, PIS E COFINS.**

*Aplicam-se aos lançamentos reflexos (CSLL, PIS e Cofins) as mesmas razões de decidir do lançamento principal (IRPJ), em decorrência de sua íntima relação de causa e efeitos, na medida em que não há fatos jurídicos ou elementos probatórios a ensejar conclusões com atributos distintos.*

*Impugnação Procedente em Parte*

*Crédito Tributário Mantido em Parte*

Com relação à acusação fiscal 01, prevaleceu o entendimento apresentado pelo Redator do Voto Vencedor, de acordo com o qual, o TRF-04 teria conferido ao Recorrente o direito a um “regime de tributação não previsto legalmente”, diverso do regime de apuração do lucro real, no qual não seria possível acumular saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL.

Logo, a parcela do crédito tributário, relacionada à Acusação Fiscal 01, que foi mantida (ano-base de 2017), diz respeito aos saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL apurados entre os anos de 2006 a 2014, compensados e cedidos pelo Recorrente, conforme planilha de fls. 115 a 120 do acórdão recorrido.

No que diz respeito à acusação fiscal 02, a Turma entendeu pela improcedência da baixa de ofício dos saldos de PF e BCN pretendida pela Autoridade Fiscal, no momento da transferência do controle da Recorrente ao BTG, em dezembro/2014.

E, com relação à acusação fiscal 03, a Turma Julgadora afastou, também, a integralidade do crédito tributário exigido, sob o fundamento de inexistência de omissão de receita decorrente de perdão de dívida. Nesse sentido, confirmou-se que o aumento de capital promovido na Recorrente e integralizado pelo FGC, por meio de créditos detidos por aquele último no valor de R\$ 2,8 bilhões, e a alienação efetuada em seguida ao BTG do controle da Recorrente por cerca de R\$ 400 milhões, foi uma operação lógica e razoável, tendo em conta o objeto e a finalidade do FGC e a dificuldade da recuperação de tais créditos. Ademais, o Relator da decisão recorrida consignou em seu voto que o aumento de capital promovido no Recorrente e integralizado pelo FGC, por intermédio de créditos detidos por aquele último, se equipararia a uma conversão de dívida a conta de sócio e que tal operação não seria tributável.

Com relação às penalidades, a DRJ manteve apenas a multa isolada, relativamente ao mês de dezembro do ano-calendário de 2017, e reconheceu a impossibilidade de exigência da multa de ofício qualificada. Confira-se:

“Portanto, apenas as glosas de prejuízo fiscal e base de cálculo negativas empreendidas pela fiscalização em face do ano-calendário de 2017 é que são prestigiadas no presente voto, às quais é aplicável a multa de ofício de 75%, por conta de expressa disposição constante do relatório fiscal e já lembrada no corpo deste voto.” (fl. 120 do acórdão recorrido)

Em consequência do não cabimento de multa de ofício qualificada, a Turma Julgadora entendeu por excluir a responsabilidade solidária pelo crédito tributário imputada ao (i) BTG e aos (ii) Srs. André Esteves e Marcelo Kalim.

Inconformada com a parcela do lançamento fiscal mantida, relativamente ao ano-calendário de 2017, a Recorrente apresenta, tempestivamente, seu recurso voluntário, arguindo, inicialmente, a decadência do direito do fisco de questionar os saldos negativos de PG e BCN e, no mérito, que sejam afastadas integralmente as exigências fiscais que deram origem ao presente processo administrativo e, conseqüentemente, restabelecidos os saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSSL, indevidamente glosados.

Por fim, contra a parcela cancelada pela decisão recorrida, também foi interposto recurso de ofício.

### **Admissibilidade dos Recursos**

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Também o recurso de ofício atende a condição para ser admitido, porquanto o acórdão da DRJ exonerou crédito tributário em montante superior ao limite de alçada fixado pela Portaria ME nº 2, de 17 de janeiro de 2023, o que torna obrigatório o reexame da decisão.

	LANÇADO		EXONERADO		MANTIDO	
ANO	IRPJ	MULTA	IRPJ	MULTA	IRPJ	MULTA
2014	643.303.286,15	964.954.929,23	643.303.286,15	964.954.929,23	-	-
2015	29.572.585,95	44.358.878,93	29.572.585,95	44.358.878,93	-	-
2016	47.351.485,97	71.027.228,96	47.351.485,97	71.027.228,96	-	-
2017	10.220.061,50	15.330.092,25	-	7.665.046,13	10.220.061,50	7.665.046,13
ANO	CSLL	MULTA	CSLL	MULTA	CSLL	MULTA
2014	385.996.371,69	578.994.557,54	385.996.371,69	578.994.557,54	-	-
2015	23.677.268,76	35.515.903,14	23.677.268,76	35.515.903,14	-	-
2016	37.900.388,78	56.850.583,17	37.900.388,78	56.850.583,17	-	-
2017	8.195.249,29	12.292.873,94	-	6.146.436,97	8.195.249,29	6.146.436,97
ANO	PIS	MULTA	PIS	MULTA	PIS	MULTA
2014	15.980.643,72	23.970.965,58	15.980.643,72	23.970.965,58	-	-
ANO	COFINS	MULTA	COFINS	MULTA	COFINS	MULTA
2014	98.342.422,90	147.513.634,35	98.342.422,90	147.513.634,35	-	-

## RECURSO VOLUNTÁRIO

### Decadência

Antes de ingressar no mérito das discussões das infrações, necessário analisar a arguição de decadência, contido na peça recursal.

Segundo o Contribuinte, haveria decadência do direito do Fisco de questionar os saldos de PF e BCN não restabelecidos no acórdão recorrido, eis que esses foram formados entre 2006 e 2010, período que já escoado o prazo decadencial de 5 anos, sendo certo que o Contribuinte foi cientificado do Auto de Infração em 04/09/2019. Para dar amparo a sua pretensão, o Contribuinte junta precedentes deste CARF, sobretudo sobre a impossibilidade de alteração do saldo de prejuízos fiscais e da base de cálculo negativa da CSLL relativa a períodos atingidos pela decadência.

Em outros votos, consignei o entendimento de que o fisco não pode retroceder no tempo para recompor bases de cálculo do IRPJ e CSLL relativas a períodos fulminados pela decadência, em especial quando da análise de direito creditório, e se o faz, deve-se exigir o crédito tributário pela via do lançamento. Do mesmo modo, penso que tal entendimento deve ser transportado para hipóteses de glosas de prejuízos fiscais e, naturalmente, de bases negativas e CSLL, pois se há obrigatoriedade para o Fisco efetuar glosas por meio de lançamento, de igual maneira, é razoável entender que tal medida não pode ser dar indefinitivamente no tempo, mas, ao contrário, deve estar sujeita aos prazos decadências para lançamentos no próprio Código Tributário Nacional.

Assim, considerada a natureza jurídica do IRPJ e CSLL, tributos sujeitos a lançamento por homologação, a conclusão é que ultrapassado o prazo de cinco anos previsto no art. 150, § 4º, ou o prazo do art. 173, I do CTN, (aplicável conforme o caso), estará definitivamente homologada, por decadência, a apuração de prejuízos fiscais e de bases negativas de CSLL feita pelo Contribuinte e declarada à Receita Federal do Brasil, sendo, inclusive, tal prazo, contado a partir da apuração do prejuízo fiscal e não da data da realização da compensação (Acórdão 9303-012.808).

Porém, o caso em tela possui particularidade, que nos remete a um entendimento diverso do que expus acima, por entender que o regime judicial diferenciado de tributação, mencionado na Ação Declaratória n.º 5052775-21-2011-404-7000, não guarda nenhuma equivalência com o regime de tributação do lucro real, não podendo parte das regras estabelecidas para este último ser aplicada àquele, sem expressa determinação do juízo.

Nos termos da decisão recorrida, não foram restabelecidos os saldos de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo formados entre 2006 e 2010, em razão de existir limitação temporal expressa acerca da eficácia de regime diferenciado de tributação, qual seja, cinco anos anteriores ao ajuizamento da referida ação, no caso 16/12/2006, considerando que a data do ingresso ocorreu em 16/12/2011.

Analisando o teor da referida decisão judicial, compreendo que, de fato, foi estabelecido, por decisão judicial, um regime diferenciado de tributação, e a partir deste momento, *não deve falar em prazo decadencial*, exatamente porque o Contribuinte não mais se encontrava sujeita ao regime de apuração do lucro real, não podendo, por essa razão, registrar *prejuízos fiscais* e muito menos aproveitá-los em períodos subsequentes.

Apesar da Autuada informar que, por meio da referida ação judicial, pleiteou apenas a declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigue a recolher o IRPJ e CSLL sobre os rendimentos contábeis apurados no âmbito de sua liquidação extrajudicial e enquanto seu patrimônio for negativo, e que **não** requereu o afastamento da sua condição de contribuinte, mas, tão somente, o reconhecimento da não ocorrência de fato gerador dos tributos, deve-se compreender que, se é verdade que seus efeitos, em alguns casos, não afetam a condição de contribuinte, também **não é menos verdade** que tal provimento judicial concessivo do regime diferenciado de tributação não contém disposição expressa permitindo o registro de prejuízos fiscais.

Ora, considerando que apenas as empresas que apuram o IRPJ e a CSLL pela sistemática do lucro real é que podem apurá-los, deveria o provimento judicial abordar a questão de registro de prejuízos fiscais, de forma conter disposição expressa permitindo à Autuada o registro, manutenção e acúmulo de tais prejuízos fiscais, quando passasse a submeter às regras do lucro real e recolher o imposto sob estas regras.

Ou seja, permitir o registro de prejuízos fiscais para aproveitamento futuro e não reconhecer a tributação futura de resultados positivos enquanto existente “passivo a descoberto” certamente causaria uma incompatibilidade de regimes, havendo a necessidade do provimento judicial ter abordado essa questão enquanto afastada a aplicação do regime de tributação lucro real, ou qualquer outro legalmente previsto, para o IRPJ e a CSLL.

Ressalte-se que não está se falando em apurar saldo de prejuízos em determinado período de apuração, no caso lucro real, alterar o regime por determinado tempo, e depois, passar a aproveitar o saldo existente naquele antigo regime. Não é o caso, por óbvio. O que o Contribuinte deseja é aproveitar parcialmente um regime e do outro, uma espécie de “*Frankenstein*”, utilizando-se que entende ser melhor entre um regime e outro, ente o regime de apuração do lucro real e o judicial diferenciado de tributação.

Assim, com esses termos, rejeita-se a arguição de decadência.

**Acusação Fiscal 01: Compensação Indevida de Prejuízos Fiscais e Bases Negativas de CSLL – Efeitos da Decisão da Ação Declaratória n.º5052775-21-2011-404-7000**

Conforme relatado, o crédito tributário objeto do Recurso Voluntário, diz respeito apenas ao ano-base de 2017, para o IRPJ e CSLL, em razão da manutenção, pela decisão recorrida, dos saldos de PF e BCN apurados no período de 2006 a 2014, na vigência de decisão judicial proferida nos autos da Ação Judicial.

De acordo com a fiscalização, ao pleitear a concessão judicial de tal regime diferenciado de tributação do IRPJ e da CSLL, a Autuada buscou afastar a sua condição de contribuinte destes tributos nas modalidades regulares de apuração previstas em lei, nos anos-calendário em que o patrimônio líquido não fosse positivo. Logo, de acordo com este entendimento, a Autuada, em tais anos-calendário, não se encontrava sujeita ao regime de apuração do lucro real, condição *sine qua non* para o registro de prejuízos fiscais. Veja-se excerto transcrito a seguir constante do próprio Termo de Verificação Fiscal:

*“E vale lembrar que para uma empresa poder acumular PF e BCN, ela, necessariamente, deve apurar o resultado fiscal na modalidade de Lucro Real. Veja-se que não estamos a dizer que uma empresa, nestas condições, não poderia apurar lucro ou prejuízo contábil. Isto seria absolutamente normal. Não poderia, porém, “optar” pelo Lucro Real e acumular PF e BCN, para numa situação futura querer fazer uso destes saldos de PF e BCN gerados em época que sequer era contribuinte do IRPJ e da CSLL. Similarmente, uma empresa que estivesse sob o regime do Lucro Presumido, ao passar, no exercício seguinte, para a modalidade de Lucro Real, não poderia trazer os resultados fiscais negativos (PF e BCN) eventualmente apurados ao tempo em que estava submetida ao lucro presumido. Ou seja, se mesmo uma contribuinte, que foi optante pelo Lucro Presumido, não pode compensar eventuais resultados fiscais negativos apurados à época em que estava submetida a esta forma de apuração do lucro, muito menos pode uma empresa que sequer era contribuinte do IRPJ e da CSLL, que era a condição da FISCALIZADA em função do Acórdão do TRF-4”*

Porém, como visto, prevaleceu o entendimento no acórdão recorrido de que “a Autuada não tinha respaldo para registrar prejuízos fiscais enquanto gozou de regime de apuração diferenciado de IRPJ e CSLL, por conta das decisões judiciais proferidas na Ação Declaratória n.º 5052775-21-2011-404-7000.” (e-fls 10761) e “assim imperiosa a correção dos ajustes na apuração do saldo de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL empreendidos pela fiscalização na presente autuação, reduzindo tais ajustes ao período de 16/12/2006 a 19/12/2014 (...)” (e-fls. 10764).

Por outro lado, alega a Recorrente que tal entendimento não deve prevalecer, pois o fundamento adotado pelo TRF-04 para afastar a exigência do IRPJ e da CSLL foi o de que não ocorreria o fato gerador desses tributos enquanto o Recorrente estivesse em liquidação extrajudicial e seu PL fosse negativo; que não requereu o afastamento da sua condição de contribuinte (aspecto pessoal); que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”) reconheceu em seu Recurso Especial que o TRF-04 que a decisão não afastou a condição do Recorrente de contribuinte; e que a Ação Judicial não tem como objeto a apuração e o uso de saldos de PF e BCN, o que, ao contrário do que foi alegado no voto vencedor, apenas corrobora a improcedência do lançamento fiscal.

Pois bem, então, a questão a ser dirimida diz respeito ao objeto da Ação Declaratória n.º 5052775-21-2011-404-7000, bem como seus efeitos, visto que se a Interessada requereu judicialmente um regime diferenciado de tributação, também, por consectário lógico, pleiteou o reconhecimento judicial para se submeter ao regime fiscal de apuração de lucro real, pois, através de tal regime, lhe seria exigido o recolhimento do IRPJ e CSLL sobre o lucro real, ou, nas palavras do próprio Recorrente *os resultados positivos evidenciados na contabilidade na poderiam ser considerados como acréscimo patrimonial.*(e-fls.10846)

Penso inexistir dúvida de que o Contribuinte, por meio da referida ação judicial, requereu a determinação judicial de um regime diferenciado de tributação para o IRPJ e CSLL, quando pleiteou não se submeter ao recolhimento de tais exações no curso de sua liquidação e quando seu patrimônio líquido não se mostrasse positivo.

O próprio Contribuinte não destoa dessa assertiva ao dizer que pleiteou a declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigue a recolher o IRPJ e CSLL sobre os rendimentos contábeis apurados no âmbito de sua Liquidação Extrajudicial e enquanto seu patrimônio líquido for negativo, ressaltando, no entanto, que não requereu o afastamento de sua condição de contribuinte, mas, tão somente, o reconhecimento da não ocorrência de fato gerador dos tributos.

Apesar de, em Nota Técnica, apresentada após o pedido de vista do Conselheiro Eduardo Monteiro Cardoso, explicar que toda ação declaratória também tratará de reconhecer a existência ou inexistência de relação jurídica obrigacional sobre um dos aspectos da hipótese de incidência tributária, com o objetivo de demonstrar que não pleiteou e obteve o afastamento de sua condição de contribuinte, é fato que inexistente equivalência entre o regime judicialmente concebido à Autuada com o regime de tributação do lucro real. Apenas as empresas sujeitas ao lucro real podem apurar prejuízos fiscais.

Com efeito, conforme disse acima, se apenas as empresas que apuram o IRPJ e a CSLL pela sistemática do lucro real é que podem apurá-los. Logo, como se disse, seria necessário que o provimento judicial concessivo do regime diferenciado de tributação do IRPJ e da CSLL contivesse disposição expressa permitindo o registro de prejuízos fiscais para que a Autuada pudesse assim proceder, vez que ela já não se submetia ao lucro real.

De fato, a dissonância entre o regime de tributação requerido pela Autuada e o regime de tributação pelo lucro real é patente!

A ausência de equivalência entre os dois regimes foi tratado no voto vencedor do acórdão da DRJ, quando apresentou exemplos numéricos que evidenciaram o descabimento da apuração de prejuízos fiscais em um determinado regime, no caso, o judicial, para aproveitamento em outro, lucro real. Aproveito para transcrever os exemplos citados e suas considerações sobre o assunto, concluindo pela impossibilidade de aproveitamento de tais prejuízos, pelo menos parcialmente. Vejamos:

*Alguns exemplos numéricos hipotéticos ajudam a evidenciar que o regime de tributação judicialmente concedido à Autuada realmente não guarda nenhuma equivalência com o regime de tributação do lucro real (lembre-se que apenas as empresas sujeitas ao lucro real podem apurar prejuízos fiscais).*

*Consideremos que, no Ano 1, a empresa A tivesse um patrimônio líquido inicial negativo de R\$ 1.000,00 e um prejuízo contábil de R\$ 2.000,00 (esta empresa encerra o ano com um PL negativo de R\$ 3.000,00 e, portanto, não deveria recolher IRPJ e CSLL, nos termos do pleito judicialmente veiculado pela Autuada). Consideremos, ainda neste mesmo ano, que a empresa A tivesse registrado uma despesa indedutível para fins do imposto de renda no importe de R\$ 6.000,00, o que ensejaria uma adição permanente no LALUR, caso ela fosse tributada pelo lucro real. Neste caso, a empresa A apuraria um lucro real, se fosse submetida a tal regime de tributação, de R\$ 4.000,00, mas não pagaria nenhum IRPJ e CSLL, por conta de se submeter a um regime diferenciado de tributação definido judicialmente (e, veja-se, nunca pagaria IRPJ e CSLL sobre tal valor, pois o pleito judicialmente formulado pela Autuada não se refere a uma mera postergação do recolhimento do IRPJ e da CSLL para o momento em que seu PL se torne positivo). Logo, a dissonância entre o regime de tributação requerido pela Autuada e o regime de tributação pelo lucro real é patente,*

*não se tratando de mera questão temporal (não ocorre um mero diferimento do IRPJ e da CSLL apurados na sistemática do lucro real).*

*[...]*

*No caso de adições temporárias, fica ainda mais evidente a dissonância entre o regime de tributação judicialmente requerido pela Autuada e o lucro real, como evidencia o exemplo numérico a seguir.*

*Consideremos que, no Ano 1, a empresa A tivesse um patrimônio líquido inicial negativo de R\$ 2.000,00 e um lucro contábil de R\$ 1.500,00 (esta empresa encerra o ano com um PL negativo de R\$ 500,00 e, portanto, não deveria recolher IRPJ e CSLL, nos termos do pleito judicialmente veiculado pela Autuada). Consideremos, ainda neste mesmo ano, que a empresa A tivesse registrado uma despesa a título de perdas prováveis com recebíveis de R\$ 5.000,00, o que acarreta a necessária adição para fins do imposto de renda.*

*Neste caso, a empresa A apuraria um lucro real de R\$ 6.500,00, mas não pagaria nenhum IRPJ e CSLL.*

*Antes de passarmos ao Ano 2, destaca-se um ponto crucial: no Ano 1, se a empresa não tivesse registrado a perda provável, que é indedutível para fins fiscais, ela terminaria o ano com um PL positivo (no importe de R\$ 4.500,00) e, portanto, teria o dever de recolher IRPJ e CSLL. Assim, por incrível que pareça, o regime de tributação judicialmente requerido pela Autuada faz com todas as adições se tornem irrelevantes para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, enquanto a empresa mantém PL não positivo, o que afastada completamente tal regime de tributação da sistemática do lucro real!*

*Continuando no exemplo iniciado no parágrafo anterior, consideremos que, no ano seguinte – Ano 2, a empresa A tenha apurado um lucro contábil de R\$ 2.000,00 (esta empresa encerra o ano com um PL positivo de R\$ 1.500,00 e, portanto, passa a ter que o recolher IRPJ e CSLL por um dos regimes de tributação legalmente previstos – no exemplo, vamos tratar do lucro real). Consideremos, ainda, que as perdas prováveis registradas no Ano 1 acabaram se convertendo em perdas efetivas (logo, tais perdas podem ser excluídas na apuração do lucro real a ser apurado no Ano 2). A empresa A, neste cenário, apuraria um prejuízo fiscal e não recolheria nenhum valor a título de IRPJ e CSLL.*

*Veja que, neste exemplo, a empresa terá um prejuízo fiscal para compensar (e isto é indubitável, vez que este prejuízo fiscal foi apurado no ano em que a empresa tinha PL positivo e, portanto, não se submetia mais ao regime judicial diferenciado de tributação para o IRPJ e a CSLL), mas não terá tributado o ganho precedente! Ou seja, quando seu PL fica positivo, por conta de lucros auferidos neste ano-calendário, o reflexo meramente fiscal de uma perda contabilmente reconhecida em ano pretérito acaba afastando a tributação sobre tais lucros!*

*Um último exemplo espanca, na minha opinião, o descabimento da apuração de prejuízos fiscais enquanto a Autuada se submetia a regime judicial diferenciado de tributação para o IRPJ e a CSLL.*

*No quadro a seguir, considere que a empresa A estava submetida ao regime de tributação diferenciado requerido pela Autuada (Ação Declaratória nº 5052775-21-2011-404-7000), que seria possível o acúmulo de prejuízos fiscais enquanto aplicável tal regime de tributação, que os prejuízos fiscais pudessem ser compensados integralmente (apenas para evidenciar, de forma mais simples, o efeito de se permitir o registro de prejuízo fiscal enquanto o sujeito passivo se encontrava em regime de tributação condicionado à existência de PL positivo) e que inexisteriam adições e exclusões, caso a empresa fosse tributada pelo lucro real (no Ano 3, como a empresa A passa a ter PL positivo, realmente se torna aplicável o regime de tributação do lucro real).*

**APURAÇÃO CONFORME O PLEITO JUDICIALMENTE  
FORMULADO PELA AUTUADA E COM POSSIBILIDADE  
DO REGISTRO DE PREJUÍZO FISCAL**

	ANO 1	ANO 2	ANO 3
PL inicial	Zero	- 3.000,00	0,00
Resultado contábil	- 3.000,00	+ 3.000,00	4.000,00
PL final	- 3.000,00	0,00	4.000,00
Resultado fiscal antes de compensação	- 3.000,00	0,00*	4.000,00
Compensação de prejuízo fiscal	0,00	0,00*	- 3.000,00
Resultado tributável	0,00	0,00	1.000,00
Saldo de prejuízo fiscal	- 3.000,00	- 3.000,00	0,00

*\* em decorrência de o resultado tributável ser zero, por conta do PL não ser positivo, não haveria sentido em se falar de compensação do prejuízo fiscal registrado no Ano 1.*

*É interessante notar, no quadro supra, que o resultado contábil e fiscal conjunto dos 3 anos-calendário remonta a R\$ 4.000,00 e o resultado tributável acaba importando em apenas R\$ R\$ 1.000,00! Agora, o que teria acarretado tal discrepância? A resposta é simples: a possibilidade de compensação do prejuízo fiscal auferido no Ano 1 com o resultado positivo auferido no Ano 3! Ou seja, o prejuízo fiscal apurado no Ano 1, que já produziu seus regulares efeitos fiscais quando reduziu o PL no Ano 1 e impediu a tributação do resultado auferido no Ano 2 (veja que este efeito decorre da concessão de regime judicial diferenciado para a apuração do IRPJ e da CSLL) acabou sendo novamente aproveitado no Ano 3, agora na modalidade de prejuízo fiscal! Reforce-se: permitir um novo aproveitamento no Ano 3 é permitir o aproveitamento dúplice do mesmo prejuízo (primeiro, para afastar a tributação no Ano 2; depois, para reduzir a base tributável do Ano 3).*

*Por óbvio, não se pode aceitar este aproveitamento dúplice de prejuízo!*

*Agora, vamos refazer o quadro, mas com a impossibilidade do registro de prejuízo fiscal no curso do regime de tributação diferenciado requerido pela Autuada (Ação Declaratória nº 5052775-21-2011-404-7000):*

**APURAÇÃO CONFORME O PLEITO JUDICIALMENTE  
FORMULADO PELA AUTUADA E SEM POSSIBILIDADE  
DO REGISTRO DE PREJUÍZO FISCAL**

	ANO 1	ANO 2	ANO 3
PL inicial	Zero	- 3.000,00	0,00
Resultado contábil	- 3.000,00	+ 3.000,00	4.000,00
PL final	- 3.000,00	0,00	4.000,00
Resultado fiscal antes de compensação	- 3.000,00	0,00	4.000,00
Compensação de prejuízo fiscal	0,00	0,00	0,00
Resultado tributável	0,00	0,00	4.000,00
Saldo de prejuízo fiscal	0,00	0,00	0,00

**Neste novo cenário, os resultados contábil e fiscal acumulados remontam a R\$ 4.000,00 e o lucro real tributável no Ano 3 também remonta a R\$ 4.000,00! Ou seja, ao afastar a possibilidade do registro de prejuízo fiscal enquanto vigente regime**

**judicial diferenciado de tributação do IRPJ e da CSLL, manteve-se adequada a base tributável quando do retorno do contribuinte ao lucro real.**

**Assim, entendo que a Autuada não tinha respaldo para registrar prejuízos fiscais enquanto gozou de regime de apuração diferenciado de IRPJ e CSLL, por conta das decisões judiciais proferidas na Ação Declaratória n.º 5052775-21-2011-404-7000.**

Parece-me que os exemplos citados evidenciam com clareza a impossibilidade do regime judicialmente requerido, que acarretou a não tributação de valores que seriam tributados caso se adotasse a sistemática do lucro real, mantenha a possibilidade de compensação futura de prejuízos fiscais apurados enquanto aplicável tal regime judicial.

Assim, diversamente do entendimento sustentado pela Recorrente, compreendo que ela não tinha respaldo para registrar prejuízos fiscais enquanto gozou de regime de apuração diferenciado de IRPJ e CSLL, por conta das decisões judiciais proferidas na Ação Declaratória n.º 5052775-21-2011-404-7000.

Por outro lado, diversamente do que defendeu a Fiscalização, concordo com a DRJ quando diz que a impossibilidade de registrar os prejuízos com base na referida ação judicial não abrange todo o período em que a Autuada esteve submetido à liquidação extrajudicial, vez que estaria limitada aos prejuízos fiscais registrados no período de 16/12/2006 (5 anos anteriores ao ingresso da ação judicial).

O TRF fez expressa limitação temporal acerca da eficácia do regime diferenciado de tributação, qual seja, cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação (16/12/2006) até 19/12/2014, apontando-se ainda que a infração mantida foi objeto da imposição de multa de ofício no patamar de 75%.

Logo, não prosperam os reclamos da Recorrente, para cancelar a exigência, identificada como “Acusação Fiscal 01”, devendo prevalecer a decisão da DRJ, que a reduziu.

### **Da Multa Isolada**

A recorrente contesta a exigência da multa isolada (art. 44, inciso II da Lei n.º 9.430/1996), em face das estimativas que deixaram de ser recolhidas em função das infrações apuradas, sob o argumento da inaplicabilidade de multa isolada após o encerramento do exercício, bem como da impossibilidade de concomitância, pois, neste último caso, representaria dupla penalização sobre o mesmo fato.

Neste ponto, lhe assiste razão.

A multa isolada aplicada tem como origem as diferenças entre as base de cálculo mensais apuradas pela recorrente e pela fiscalização, e decorre das glosas efetuadas em procedimento de fiscalização, que constatou entre outras infrações, deduções indevidas de despesas/custos na apuração do lucro real do período. Logo, não decorre do não recolhimento de estimativas mensais apuradas e declaradas pelo contribuinte optante do lucro real anual.

As discussões relacionadas à multa isolada devem levar em conta o motivo que leva a autoridade fiscal aplicar a referida multa isolada, pois penso que ela não se destina a punir casos de infrações apuradas e relacionadas à omissão de receita, deduções indevidas de despesas, exclusões não autorizadas ou falta de adição ao lucro líquido etc. Nessas infrações, devem ser aplicada apenas a multa de ofício.

Esta **multa isolada** foi instituída para punir contribuintes que, tendo optado pelo lucro real anual para cálculo do IRPJ e da CSLL, deixavam de recolher as estimativas mensais. É que encerrado o ano base, já não é juridicamente possível exigir as estimativas, vez que elas possuem natureza de antecipação do tributo a ser apurado no final do período. Assim, encerrado o período, o Fisco só pode exigir o valor devido e não as antecipações.

Para que a norma que determina o recolhimento do IRPJ e da CSLL por estimativa seja imperativa, e não reduzida a mera recomendação, instituiu-se a multa isolada, com o propósito específico de punir o descumprimento da norma que impõe a estes contribuintes o recolhimento mensal por estimativa.

Por isso, a aplicação da referida multa isolada deve limitar-se apenas ao caso em que foi concebida. Aplicá-la a casos de cometimento de infração relativas às glosas de despesas efetuadas em procedimento de fiscalização, ou qualquer outra hipótese acima referida, é uma forma de exacerbar a penalidade, a meu ver, **sem previsão legal**.

De outra banda, ainda que se entenda por existir previsão legal para esses casos, tanto o CARF como o STJ possuem entendimento, no sentido de afastar a exigência da multa isolada, pelo princípio da consunção.

No âmbito do CARF, com a aprovação da Súmula CARF n.º 105, restou sedimentado que: ***“a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44, §1º, inciso IV da Lei n.º 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício.”***

Na prática, a Súmula é aplicada aos fatos geradores ocorridos até 31/12/2006, que não é o caso dos autos.

Para os fatos posteriores, ou seja, que ocorreram a partir de janeiro de 2007, como é o caso dos autos, há quem sustente que em face das alterações introduzidas pela Lei n.º 11.488/2007, que deu nova redação ao art. 44 da Lei n.º 9.430/96, não haveria interpretação diversa daquela favorável à exigência da multa isolada, mesmo nos casos em que houver sido imposta multa de ofício pela falta de pagamento anual de IRPJ e da CSLL, sob o entendimento de que, após essas alterações, estimativas mensais e a obrigação tributária decorrente do fato gerador anual, em 31 de dezembro, seriam obrigações autônomas, e por isso, não poderiam ser confundidas, já que possuem naturezas diferentes (acórdão n.º 1802-001.408). Com este entendimento, estaria autorizada a aplicação das multas, cumulativamente.

Penso diferente. Primeiro, como acima consignado, entendo inexistir previsão legal para aplicação de multa isolada que não decorre do não recolhimento de estimativas mensais apuradas e declaradas pelo próprio contribuinte optante do lucro real anual. Mesmo considerando existente tal previsão, a exigência da multa isolada deve ser afastada pelo princípio da consunção, pois não se deve admitir como razoável a cumulação de multas, devendo a infração prevista no inciso II ser absorvida pelo hipótese prevista no inciso I (de acordo com a redação dada pela Lei 11.488/2007 ao art. 44 da Lei 9.430/96).

Vale dizer, a cobrança de multa de ofício de 75% sobre o tributo não pago supre a exigência da multa isolada de 50% sobre eventual estimativa não recolhida, apurada em procedimento de fiscalização. Admitir o contrário, estaria-se a permitir que duas penalidades incidissem sobre uma mesma base de cálculo, o que é vedado pelo sistema jurídico.

Sobre o tema, precisas as colocações do Conselheiro Marcos Takata em voto proferido no Acórdão n.º 1103.001-097:

*É de cartesiana nitidez, para mim, que a aplicação da multa de ofício de 75% sobre o valor não pago do IRPJ e da CSL efetivamente devidos, cobráveis juntamente como esses, exclui a aplicação da multa de ofício de 50% (multa isolada) sobre o valor não pago do IRPJ e da CSL mensal por estimativa, do mesmo ano-calendário.*

*Isso, seja por interpretação lógica dos preceitos citados (aliás, para além disso, pode-se dizer que é corolário lógico), seja por interpretação finalística do art. 44, I e II da Lei n.º 9.430/96.*

*Apenando o continente, desnecessário e incabível apenas o conteúdo. Se já se penaliza o todo, não há sentido em se penalizar também a parte do todo. Noutros termos, é aplicação do princípio da consunção em matéria penal.*

*Como penalizar pelo todo e ao mesmo tempo pela parte do todo? Isso seria uma contradição de termos lógicos e axiológicos."*

O STJ possui o entendimento semelhante a este, ou seja, entende que a aplicação da multa de ofício afastaria, pelo princípio da consunção, a multa isolada. Confira-se decisão proferida no REsp n.º 1.496.354/PR:

*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. MULTA ISOLADA E DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO.*

*1. Recurso especial em que se discute a possibilidade de cumulação das multas dos incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430/96 no caso de ausência do recolhimento do tributo.*

*2. Alegação genérica de violação do art. 535 do CPC. Incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.*

*3. A multa de ofício do inciso I do art. 44 da Lei n. 9.430/96 aplica-se aos casos de "totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata".*

*4. A multa na forma do inciso II é cobrada isoladamente sobre o valor do pagamento mensal: "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; (Incluída pela Lei n.º 11.488, de 2007) e 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. (Incluída pela Lei n. 11.488, de 2007)".*

*5. As multas isoladas limitam-se aos casos em que não possam ser exigidas concomitantemente com o valor total do tributo devido.*

*6. No caso, a exigência isolada da multa (inciso II) é absorvida pela multa de ofício (inciso I). A infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade.*

*Princípio da consunção.*

*Recurso especial improvido.*

*(STJ, REsp 1496354/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 24/03/2015)*

Do voto condutor da decisão, da lavra do eminente Ministro Humberto Martins, se pode extrair o trecho abaixo:

*“Sistematicamente, nota-se que a multa do inciso II do referido artigo somente poderá ser aplicada quando não possível a multa do inciso I.*

*Destaca-se que o inadimplemento das antecipações mensais do imposto de renda não implicam, por si só, a ilação de que haverá tributo devido. Os recolhimentos mensais, ainda que configurem obrigações de pagar, não representam, no sentido técnico, o tributo em si. Este apenas será apurado ao final do ano calendário, quando ocorrer o fato gerador.*

*As hipóteses do inciso II, "a" e "b", em regra, não trazem novas hipóteses de cabimento de multa. A melhor exegese revela que não são multas distintas, mas apenas formas distintas de aplicação da multa do art. 44, em conseqüência de, nos caso ali descritos, não haver nada a ser cobrado a título de obrigação tributária principal.*

*As chamadas "multas isoladas", portanto, apenas servem aos casos em que não possam ser as multas exigidas juntamente com o tributo devido (inciso I), na medida em que são elas apenas formas de exigência das multas descritas no caput.*

*Esse entendimento é corolário da lógica do sistema normativo-tributário que pretende prevenir e sancionar o descumprimento de obrigações tributárias. De fato, a infração que se pretende reprimir com a exigência isolada da multa (ausência de recolhimento mensal do IRPJ e CSLL por estimativa) é completamente abrangida por eventual infração que acarrete, ao final do ano calendário, o recolhimento a menor dos tributos, e que dê azo, assim, à cobrança da multa de forma conjunta.*

*Em se tratando as multas tributárias de medidas sancionatórias, aplica-se a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente.*

*O princípio da consunção (também conhecido como Princípio da Absorção) é aplicável nos casos em que há uma sucessão de condutas típicas com existência de um nexo de dependência entre elas. Segundo tal preceito, a infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade.*

*Sob este enfoque, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também por falta de antecipação sob a forma estimada. Cobra-se apenas a multa de ofício pela falta de recolhimento de tributo.”*

Assim, ao abrigo do princípio da consunção, 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. 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.

Logo, a interpretação (aparente) 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 do que o ilícito principal.

Noutras palavras, as expressões "isolada" ou "conjuntamente" (com o tributo não pago) são apenas formas pelas quais podem ser exigidas as penalidades, e indicam de fato hipóteses autônomas da aplicação das multas, mas, não podem incidir concomitantemente.

Com esses fundamentos, afasta-se a exigência da multa isolada pelo não recolhimento de estimativas, devendo ser mantida apenas a multa de ofício.

Pelo exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário, para afastar a exigência da multa isolada pelo não recolhimento de estimativas, devendo ser mantida apenas a multa de ofício.

## RECURSO DE OFÍCIO

### **Acusação Fiscal 01: Compensação Indevida de Prejuízos Fiscais e Bases Negativas de CSLL – Efeitos da Decisão da Ação Declaratória nº5052775-21-2011-404-7000.**

Por este tópico, a Autoridade Fiscal sustentou que a Recorrente não poderia ter acumulado saldos de PF e BCN, já que, em decorrência da decisão proferida pelo TRF-04 nos autos da Ação Judicial, teria sido afastada a sua qualidade de contribuinte desses tributos nesse período, o que foi, em parte, afastado pela Turma Julgadora no acórdão recorrido, por meio do voto vencedor.

De fato, prevaleceu o entendimento de que a Autuada não tinha respaldo para registrar prejuízos fiscais enquanto gozou de regime de apuração diferenciado de IRPJ e CSLL, por conta das decisões judiciais proferidas na Ação Declaratória ajuizada, sendo imperiosa a correção dos ajustes na apuração do saldo de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL empreendidos pela fiscalização, reduzindo tais ajustes ao período de 16/12/2006 a 19/12/2014.

Como visto acima, concordei com a DRJ, compreendendo que a Recorrente não tinha respaldo, de fato, para registrar prejuízos fiscais enquanto gozou de regime de apuração diferenciado de IRPJ e CSLL, por conta das decisões judiciais proferidas na Ação Declaratória nº 5052775-21-2011-404-7000.

E, também concordei, quando decidiu que a impossibilidade de registrar os prejuízos com base na referida ação judicial não abrange todo o período em que a Autuada esteve submetido à liquidação extrajudicial, vez que estaria limitada aos prejuízos fiscais registrados no período de 16/12/2006 (5 anos anteriores ao ingresso da ação judicial).

Como efeito, o TRF fez expressa limitação temporal acerca da eficácia do regime diferenciado de tributação, qual seja, cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação (16/12/2006) até 19/12/2014, devendo prevalecer a decisão da DRJ, que reduziu tal exigência.

### **Acusação Fiscal 02: Baixa do Saldo de Prejuízos Fiscais e Bases Negativas de CSLL – Possível simulação na Aquisição do Banco Bamerindus pelo BTG**

Com relação a este tópico, a Autoridade Fiscal autuante alegou que a aquisição da Recorrente seria fruto de uma simulação, já que o real objetivo do BTG nessa transação seria adquirir os saldos de PF e BCN acumulados pelo Recorrente até 19/12/2014.

Para corroborar essa acusação fiscal, o Fisco sustentou, em síntese, que: (i) por meio da integralização de aumento de capital no valor de R\$ 5 bilhões, o BTG teria deslocado, ao Recorrente, receitas financeiras, que, se antes eram tributadas, passaram a ser parcialmente absorvidas pelos saldos de PF e BCN, e que, além disso, (ii) não houve o cumprimento do Plano de Negócios apresentado pelo BTG ao BACEN.

Assim, com base neste entendimento de que a aquisição da Recorrente seria fruto de uma simulação, Autoridade Fiscal entendeu que deveria ser promovida a baixa de ofício dos saldos de PF e de BCN existentes nos livros fiscais do BAMERINDUS em 19/12/2014.

A DRJ acolheu os argumentos de mérito trazidos pelo Contribuinte, prevalecendo o entendimento consignado no Voto Vencedor, que pontuou a existência de um vício de motivação no lançamento, cancelando-se integralmente a infração. Segundo o Redator deste voto, a acusação de aquisição do controle de empresa focado apenas na utilização futura e artificial de ativos fiscais acarretaria a glosa das futuras compensações de prejuízo fiscal e base negativa a CSLL, nos limites dos efeitos tributários decorrentes das receitas consideradas artificialmente transferidas, e **não** na baixa dos saldos de prejuízos fiscal e base negativa da CSLL existentes quando da transferência do controle.

Por concordar com esta decisão, reproduzo trechos do seu voto, que considero relevantes e fundamentais para o *decisum*, adotando-os como razões de decidir:

*Conforme já afirmado anteriormente, não entendo ilícito que o BTG PACTUAL intentasse utilizar os ativos fiscais mencionados no parágrafo precedente quando da aquisição do controle do BANCO SISTEMA. Frise-se, novamente: não entendo haver ilicitude em se buscar a compensação de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL detidos por empresa adquirida. Contudo, os atos supervenientes praticados podem evidenciar a abusividade na utilização destes ativos fiscais e demonstrar a imperiosidade da glosa das compensações futuras dos prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL.*

*Assim, ao contrário do asseverado pela fiscalização, e em perfeita consonância com o relator, entendo que não seria possível a baixa dos saldos de prejuízos fiscais e base de cálculo negativas da CSLL existentes quando da transferência do controle do BANCO SISTEMA para o BTG PACTUAL, pois,*

*i) ainda que caracterizado que o único mote da operação residia na utilização futura dos saldos de prejuízos fiscais e base de cálculo negativas da CSLL detidos no Banco Sistema, não haveria ilicitude da operação apenas por este motivo;*

*ii) no momento da transferência do controle do BANCO SISTEMA para o BTG PACTUAL, não havia certeza sobre a abusividade na utilização futura saldos de prejuízos fiscais e base de cálculo negativas da CSLL detidos no BANCO SISTEMA, pois o BTG PACTUAL poderia regularmente utilizar os saldos de prejuízo fiscal e base*

*de cálculo negativa da CSLL por meio do exercício de regular atividade econômica no BANCO SISTEMA*

*iii) mesmo que evidenciada ser a única finalidade da aquisição do controle do BANCO SISTEMA pelo BTG PACTUAL a compensação artificial de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL, não seria cabível a baixa de ofício empreendida pela fiscalização, conforme será visto a seguir.*

*Sendo certo que o BTG PACTUAL realizou o aporte de capital de R\$ 5 bilhões ao BANCO SISTEMA para artificialmente transferir receitas financeiras a esta instituição, quais seriam as consequências tributárias desta operação simulada? Seria possível a baixa de ofício dos saldos prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL devidas pelo BANCO SISTEMA quando da transferência de seu controle para o BTG PACTUAL (ou seja, poderia ser dada baixa ao saldo de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL escriturados pelo Banco Sistema por conta da posterior transferência artificial de receitas financeiras empreendida pelo BTG Pactual)?*

*Quando a fiscalização se depara com uma operação simulada (no caso, a transferência de receitas financeiras para o BANCO SISTEMA, por meio do aporte de capital no importe de R\$ 5 bilhões, com a única finalidade da utilização dos saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL devidas por esta instituição financeira), o procedimento escorreito a ser adotado reside em afastar os efeitos tributários intentados com a prática do ato simulado. Assim, na situação em análise, entendo que o procedimento escorreito da fiscalização residiria em glosar a compensação dos prejuízos fiscais e base de cálculo negativas da CSLL na exata medida das receitas artificialmente transferidas ao Banco Sistema ...*

Portanto, tendo o Fisco realizado a baixa integral e de ofício dos saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL quando da transferência do controle do Banco Sistema para o BTG PACTUAL, e **não** glosa das futuras compensações de PF e BCN, nos limites dos efeitos tributários decorrentes das receitas artificialmente transferidas, a infração não se mostra escorreita, pois transborda os efeitos tributários intentados com a prática do ato considerado simulado.

Logo, deve-se confirmar a decisão recorrida que cancelou integralmente esta infração.

### **Acusação Fiscal 03: Suposta Omissão de Receitas quando da Integralização de Crédito pelo FGC**

A terceira irregularidade diz respeito à operação de aumento de capital do Banco Bamerindus pelo FGC. Nesta operação, o FGC capitalizou o total do crédito (R\$ 2.849.190.909,23) que detinha em face do Bamerindus, adquirindo 362.031.881 novas ações emitidas, e ato contínuo as alienou ao BTG Pactual por R\$ 397.465.461,56.

Entendeu o Fisco que faltava lógica à operação, concluindo que: “A falta de lógica à operação é explicada por um efetivo perdão de dívida que está embutido na capitalização do crédito pelo FGC, e não externado nos atos contratuais. Em verdade, o montante capitalizado correspondeu apenas ao valor efetivamente pago pelo BTG pelas 362.031.881 ações do BAMERINDUS, e um perdão do restante do valor.”

Em seguida, destaca que o preço por ação adotado no aumento de capital não corresponderia a um valor calculado tendo como base avaliação criteriosa dos ativos do Bamerindus, e sim o preço praticado na aquisição de participação dos minoritários em 23/03/2011, que em verdade se tratava de valor pago a título indenizatório.

Assim, procedeu a constituição de crédito tributário por omissão de receita decorrente do perdão de dívida.

O Contribuinte, por sua vez, alega que o instituto do aumento de capital com a subscrição de ações e integralização de crédito tributário (art. 170 da LSA) é diverso do perdão de dívida (art. 385 do Código Civil), tendo o aumento do capital social observado o previsto na legislação, sendo aprovado pelo BACEN; que não houve simulação no aumento de capital do Bamerindus e que apesar da operação não ser razoável do ponto de vista empresarial, ela seria razoável do ponto de vista do FGC dado a sua finalidade; e que os critérios estabelecidos pelo art. 170, §1º da LSA eram impraticáveis no caso concreto, seriam apenas indicativos. A LSA confere poder discricionário a Assembleia Geral ou Conselho de Administração para estabelecer o preço de emissão das ações por ocasião do aumento de capital.

Os argumentos do Contribuinte foram analisados pela DRJ competente, que por unanimidade, afastou a integralidade do crédito tributário exigido, sob o fundamento de inexistência de omissão de receita decorrente de suposto perdão de dívida.

Também concordo com esta decisão, conforme trechos a seguir transcritos, os quais adoto como razões de decidir:

*Para verificar se houve de fato simulação no aumento do capital social do Bamerindus em R\$ 2,8 bilhões e posterior alienação ao BTG Pactual por R\$ 400 milhões cabe analisar o papel do FGC. Os motivos da sua criação são assim descritos em sua página na internet:*

*[...]*

*O FGC, portanto, é uma entidade privada sem fins lucrativos que atua garantindo a estabilidade do sistema financeiro nacional.*

*O Estatuto e Regulamento do FGC, aprovado pela Resolução 4.222 de 23 de maio de 2013 do Conselho Monetário Nacional, assim definem a finalidade e objeto do fundo:*

*[...]*

*Em sua atuação, nos casos de contratação de operações de assistência ou suporte financeiro, o FGC deverá buscar a transferência do controle acionário, a transformação, incorporação, cisão ou outras formas de reorganização societária ou buscar a saída organizada do mercado da entidade em que aportou recursos.*

*No caso do Banco Bamerindus o FGC atuou conforme determina seu estatuto e regimento.*

*Buscou a estabilidade do sistema financeiro nacional diante a possível insolvência do Banco Bamerindus, aportando recursos e se sub-rogando nos respectivos créditos. Nessa operação de aporte de recursos no Banco Bamerindus, o FGC se tornou o seu principal credor.*

*Ainda em conformidade com seu estatuto e regulamento, caberia ao FGC buscar a transferência do controle acionário, a transformação, incorporação, cisão ou outras formas de reorganização societária ou buscar a saída organizada do mercado.*

*Como se depreende dos autos, anteriormente ao aumento de capital com conversão de crédito, o Patrimônio Líquido do Banco Bamerindus era negativo, não estando autorizado pelo BACEN a operar como instituição financeira. Caberia, portanto, ao FGC buscar alternativas para a retomada das operações do Banco Bamerindus, de forma a recuperar o valor aportado.*

*Cabe ressaltar que não houve dispêndio de moeda corrente no aumento de capital do Banco Bamerindus pelo FGC, mas sim conversão de direito creditório que dificilmente seria recuperado caso não houvesse alienação do controle societário.*

*Nesse contexto, entendendo ser razoável a atuação do FGC convertendo os créditos que detinha em capital social. Vale ressaltar que legislação não veda essa operação.*

*Importante frisar que a conversão de crédito dos sócios em capital social não tem efeitos tributários, como demonstra jurisprudência do CARF:*

**IRPJ. ABSORÇÃO DE PREJUÍZOS A CONTA DE SÓCIOS. INOCORRÊNCIA DA OMISSÃO DE RECEITAS DECORRENTE DO PERDÃO DE DÍVIDAS. EXONERAÇÃO.**

*Correto o acórdão recorrido que exonerou crédito tributário apurado com base na omissão de receitas decorrente do perdão de dívidas com acionistas, nos casos em que a contrapartida a débito do passivo é feita diretamente a crédito de conta do patrimônio líquido.*

*Acórdão 1301-002.129 – 3ª Câmara - 1ª Turma Ordinária. Relatora Milene de Araújo Macedo.*

*No corpo do voto os seguintes trechos explicitam o tratamento contábil a ser dado:*

*Assim, a solução da lide consiste em identificar se os lançamentos a débito dos passivos vinculados a debêntures de titularidade dos sócios são, de fato, perdão de dívida ou absorção de prejuízos apurados na escrituração contábil pelos acionistas, tendo em vista as diferentes consequências fiscais das duas situações fáticas. Caso se entenda que ocorreu efetivamente um perdão de dívidas pelos debenturistas, correta a fiscalização em ter incluído esses valores dentre as receitas tributáveis, entretanto, caso tenha ocorrido a absorção de prejuízo pelos acionistas, correto o acórdão recorrido, tendo em vista a inexistência de fato jurídico tributável.*

*A Solução de Consulta nº 31- SRRF10/Disit, de 16/03/2012, citada tanto pela autoridade autuante quanto pelo relator do acórdão vencedor, trata de forma bastante esclarecedora das diferenças existentes entre as diferentes formas de contabilização do perdão de dívidas e da absorção de prejuízos contábeis escriturados pelos acionistas.*

*Em seus itens 14 a 15.1 a Solução de Consulta acima referida analisa a tributação das receitas advindas do perdão de dívidas:*

*14. O perdão (remissão) de dívida (arts. 385 a 388 do Código Civil - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), como bem reconheceu a consulente em sua escrituração, constitui receita da pessoa jurídica devedora.*

*14.1. Com efeito, a Resolução CFC nº 750, de 29 de dezembro de 1993, do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), que trata dos princípios de contabilidade, na redação original do seu art. 9º (§ 3º, inciso II), dispunha que se considera realizada a receita*

*“quando da extinção, parcial ou total, de um passivo, qualquer que seja o motivo, sem o desaparecimento concomitante de um ativo de valor igual ou maior” – situação em que se enquadra o perdão de dívida. (A redação da Resolução CFC nº 750, de 1993, foi alterada pela Resolução CFC nº 1.282, de 28 de maio de 2010.)*

*14.2. Atualmente, esse tema consta da Norma Brasileira de Contabilidade (Técnica) NBC TG ESTRUTURA CONCEITUAL – Estrutura Conceitual para Elaboração e Divulgação de Relatório Contábil-Financeiro, aprovada pela Resolução CFC nº 1.374 de 8 de dezembro de 2011. Convém transcrever integralmente o seu item 4.47, que trata do reconhecimento de receitas (grifou-se):*

*4.47. A receita deve ser reconhecida na demonstração do resultado quando resultar em aumento nos benefícios econômicos futuros relacionado com aumento de ativo ou com diminuição de passivo, e puder ser mensurado com confiabilidade. Isso significa, na prática, que o reconhecimento da receita ocorre simultaneamente com o reconhecimento do aumento nos ativos ou da*

*diminuição nos passivos (por exemplo, o aumento líquido nos ativos originado da venda de bens e serviços ou o decréscimo do passivo originado do perdão de dívida a ser paga).*

*14.3. Aliás, o Ato Declaratório SRF nº 85, de 27 de outubro de 1999 (publicado no Diário Oficial da União - DOU de 29.10.1999), ao dispor sobre “a renegociação de dívidas do crédito rural nos termos da Lei nº 9.138, de 29 de novembro de 1995”, já estabelecia, como não poderia deixar de ser, que a pessoa jurídica devedora deveria registrar a parcela correspondente à redução de sua dívida como receita.*

*15. É certo, portanto, que o perdão de dívida configura receita para a pessoa jurídica devedora. Igualmente é certo que está caracterizado o fato gerador do imposto de renda, nos termos do art. 43, inciso II, e § 1º, do CTN, pois se está diante de um acréscimo patrimonial, resultante da diminuição de um passivo.*

*15.1. Não é outro o entendimento do Conselho de Contribuintes (atualmente Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf), manifestado no acórdão nº 101-97.057 (de 16.12.2008), conforme sua ementa:*

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

*Anos-calendário: 1995 e 1997*

*Ementa: PERDÃO DE DÍVIDA. TRIBUTAÇÃO. Constitui receita tributável o valor correspondente ao perdão de dívida concedido à empresa.*

*(...)*

*Em seguida, versa a Solução de Consulta nº 31- SRRF10/Disit, de 16/03/2012, em seus itens 16 a 16.7 acerca das hipóteses de absorção de prejuízos apurados na escrituração comercial, especificamente, nos casos em que a mesma é feita mediante débito a conta de sócios/acionistas:*

*16. Evento distinto do perdão de dívida é o previsto no art. 64, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 (art. 509, § 2º, do RIR/1999), opostamente ao desiderato da consulente de equipará-los.*

*16.1. De fato, esse dispositivo alude a várias hipóteses de absorção de “prejuízos apurados na escrituração comercial”, cuja ocorrência não impedirá a compensação de prejuízos fiscais. São nele especificadas as seguintes formas de absorção (extinção ou redução) dos prejuízos contábeis, mediante débito na respectiva conta e crédito diretamente na conta de prejuízos acumulados, sem trânsito pelo resultado, portanto:*

*I – lucros acumulados;*

*II – reservas de lucros;*

*III – reservas de capital;*

*IV – capital social;*

*V – conta de sócios, matriz ou titular de empresa individual.*

*16.1.1. Em verdade, pode-se dizer que o comando em análise objetivou afastar a orientação da Administração Tributária então vigente, que considerava incabível a compensação de prejuízos fiscais (Parecer Normativo CST nº 111, de 23 de setembro de 1975; DOU de 24.10.1975), “quanto aos prejuízos já suportados pelo titular de empresa individual, pelos sócios ou acionistas”, “pois, quando o prejuízo é debitado ao titular da empresa ou aos componentes da sociedade, deixa de existir na pessoa jurídica como tal e, assim, nada resta a compensar. Da mesma forma, inexistirá prejuízo se anteriormente seu valor houver sido levado a débito de reservas ou ao próprio capital social, reduzindo esses valores por forma a ajustar o patrimônio líquido à realidade econômica da empresa.”*

16.2. As formas de absorção de prejuízos contábeis listadas nos itens I a IV estão previstas nos arts. 173, 189 e 200, inciso I, da Lei n.º 6.404, de 1976. A hipótese do item V constitui a materialização da “participação de cada sócio [nos lucros e] nas perdas”, em consonância com os arts. 997, inciso VII, 1.007 e 1.053 do Código Civil.

16.3. No caso em pauta, está-se diante dessa última hipótese: trata-se de absorção de prejuízos mediante débito à “conta de sócios”. A chamada conta de sócios, como se sabe, é conta de passivo que registra recursos supridos pelos sócios à empresa, retratando um direito de crédito destes perante a sociedade. Os recursos podem ter variadas origens, tais como mero suprimento de caixa, depósito bancário específico para suportar os prejuízos, fornecimento de bens ou serviços; no caso presente, os recursos originam-se de empréstimo (mútuo de dinheiro) concedido pelo(s) sócio(s) à consulente.

16.4. Cabem parênteses para comentar que o Banco Central do Brasil, por meio da Circular n.º 2.403, de 14 de janeiro de 1994, igualmente admite que o prejuízo das instituições financeiras seja “absorvido com a utilização de recursos dos acionistas ou sócios quotistas”, “desde que previsto em estatuto ou contrato social”; para isso, “o valor correspondente à absorção será levado a débito da adequada conta de natureza passiva que tenha registrado a contrapartida do ingresso de disponibilidades e a crédito de LUCROS OU PREJUÍZOS ACUMULADOS”.

16.5. Conforme exige o Código Civil (o contrato deverá mencionar “a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas” – art. 997, inciso VII), o Artigo 18, Parágrafo Único, do contrato social da consulente (fls. 39 e 40) estipula que “os prejuízos, quando deliberado o seu rateio, serão suportados pelos sócios na proporção de suas quotas no capital social”.

16.6. Ora, a absorção de prejuízos contábeis, mediante débito na conta de sócios e crédito na conta de prejuízos acumulados, representa o emprego de recursos dos sócios de modo a arcar com os prejuízos que lhes cabem contratualmente suportar, segundo tenha sido por eles previamente deliberado.

16.7. Em suma, nessa operação, o crédito dos sócios é empregado na satisfação de sua obrigação contratual-legal de suportar os prejuízos acumulados da sociedade de que participam. Tal operação é flagrantemente distinta do perdão de dívida, situação em que o crédito dos sócios simplesmente deixa de existir, em razão da liberação graciosa do devedor pelo credor, mediante o consentimento daquele.

No item 16.8 a Solução de Consulta n.º 31- SRRF10/Disit, de 16/03/2012, assim trata das implicações tributárias em ambos os casos:

16.8. As implicações tributárias são igualmente distintas. No caso de perdão de dívida, como se viu, a extinção graciosa da obrigação da pessoa jurídica devedora gera para ela uma receita sujeita à incidência do IRPJ e da CSLL. De outra parte, consoante assevera o Parecer Normativo CST n.º 4, de 1981, a utilização do crédito dos sócios na absorção de prejuízos contábeis, na forma do art. 64, § 3º, da Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977 (art. 509, § 2º, do RIR/1999), equivale a um aporte de capital, ficando afastada, assim, a incidência do IRPJ e da CSLL. (Em vista da argumentação da consulente, calha destacar que esse Parecer em momento algum se reporta ao perdão de dívida.)

Os demais itens da Solução de Consulta n.º 31- SRRF10/Disit, de 16/03/2012, não se aplicam ao presente caso pois, diversamente do aqui ocorrido, naquele as contrapartidas dos lançamentos a débito nas contas de passivo foram efetuadas em contas de resultado e a consulente pretendia excluí-las da apuração do lucro real. Assim, considerando que as contrapartidas dos lançamentos a débito nas contas de passivo não foram efetuadas a crédito diretamente na conta de prejuízos acumulados, a Solução de Consulta concluiu que o fato consultado tratava-se de

*perdão de dívidas e portanto, não se amoldava à hipótese legal de absorção de prejuízos apurados na escrituração comercial do contribuinte, mediante débito à conta de sócios.*

*(...)*

*Verifica-se portanto, que nos casos em que o credor da dívida perante a empresa é sócio/acionista, os lançamentos a débito de conta do passivo representativa da obrigação com o sócio e a crédito da conta de prejuízos acumulados têm como efeito o aumento do valor do investimento cujo patrimônio encontrava-se depreciado por conta do acúmulo de prejuízos, equivalendo-se ao aporte de capital. Neste caso, os valores debitados à conta de passivo representativa dos direitos de sócios não transitam por conta de resultado e não representam ingresso de receitas para a sociedade. Já no perdão de dívidas, os credores remitentes, sejam eles sócios ou não, por mera liberalidade abrem mão do crédito sem nada receberem em contrapartida à dívida perdoadada., devendo ser tributado o acréscimo patrimonial decorrente da redução do passivo.*

*Alega também a Fazenda Nacional em sua peça recursal, que a absorção e prejuízos a débito da conta de sócios implica, necessariamente, no aumento de sua participação na investida e a correspondente redistribuição nos percentuais de participação de cada um dos sócios. Afirma que a falta de correspondência entre o valor do investimento do sócio credor e a alteração de sua participação societária na investida descaracterizaria a absorção de prejuízos.*

*Inexiste previsão legal nesse sentido. O Parecer Normativo CST n.º 4, de 17/02/1981, ao tratar da matéria, exige apenas a equivalência entre os valores das contas de passivo representativas de créditos com sócios/acionistas e os valor creditado na conta de prejuízos acumulados, isto porque, somente são permitidos lançamentos diretamente a crédito da conta de prejuízos acumulados até o valor da conta de passivo.*

*É de se ressaltar ainda, que o procedimento adotado pelo contribuinte equivale a um aumento de capital com posterior redução do mesmo para absorção do prejuízo mas, em momento algum, a legislação exige que haja o efetivo aumento de capital, menos ainda, que este aumento implique em alterações nos percentuais de participação societária. Ademais, no presente caso, consta do "Acordo de Investimento" que toda operação seria previamente aprovada por Assembléia Geral Extraordinária, em conformidade com o disposto nos art. 9º do Estatuto Social, o qual estabelece que a AGE é competente para decidir sobre aumento e redução do capital social da companhia:*

*Em que pese o acórdão acima tratar da absorção de prejuízos apurados na escrituração contábil pelos acionistas, em sua conclusão ele equipara o instituto a um aumento de capital seguido por redução do mesmo para absorção do prejuízo.*

*No mesmo sentido é o acórdão do CARF n.º 1401-002.099, em que se analisou a dedutibilidade das despesas decorrentes do aporte de recursos para saneamento de patrimônio líquido negativo:*

**DEDUÇÃO INDEVIDA DE PERDA EM BAIXA DE APORTE DE CAPITAL. PROCEDÊNCIA.**

*Os valores entregues à empresa controlada para saneamento de patrimônio líquido negativo não podem ser considerados dedutíveis quando de sua baixa como perda, por se configurar operação de aporte de capital em controlada e não restar caracterizado o cumprimento de determinação legal do órgão regulador.*

*No corpo do voto, os seguintes trechos explicitam os argumentos:*

*Neste ponto devemos verificar que a alegação da acusação de que a despesa em questão seria indedutível encontra respaldo na legislação relativa ao tema.*

*Ao realizar os acordos com o FGC e enviar os recursos diretamente ao BP, a recorrente registrou um crédito contra a controlada. Posteriormente, após a venda*

*ao BTG e dação em pagamento, o valor deste crédito (operação 5 indicada mais acima nos razonetes) teve de ser baixado pois, na verdade, ocorreu uma perda da recorrente em relação a este crédito que não mais seria havido.*

*Esta perda que foi levada a débito de resultado é que, em verdade, demonstra-se indedutível na forma do art 340, do Regulamento do Imposto de Renda, que em seu parágrafo sexto dispõe:*

*§ 6º Não será admitida a dedução de perda no recebimento de créditos com pessoa jurídica que seja controladora, controlada, coligada ou interligada, bem como com pessoa física que seja acionista controlador, sócio, titular ou administrador da pessoa jurídica credora, ou parente até o terceiro grau dessas pessoas físicas (Lei n.º 9.430, de 1996, art. 9º, § 6º).*

*Daí demonstrada a base normativa que, apresentada pela fiscalização tanto no TVF, quanto no auto de infração, provocam a indedutibilidade das despesas, posto que estas referem-se a créditos havidos perante empresa controlada.*

*Neste ponto, devemos aqui transcrever trecho do acórdão 1101-00.766 - da 1a. Câmara, da 1a. Turma Ordinária da 1a Seção deste CARF, ao tratar de processo relativo à aquisição de investimento de empresa que já à época da aquisição possuía Patrimônio Líquido a descoberto (semelhante ao do BP).*

*Entende a recorrente que houve uma perda com a renúncia da interessada em receber o crédito. Porém, deve-se observar que não há, efetivamente, uma renúncia, mas sim uma compensação que extingue o direito de crédito representado pela nota e restabelece, para a investidora, parcela do capital que havia sido consumida pelo excesso de dívidas, em relação aos ativos da investida, evidenciada no passivo a descoberto já antes mencionado.*

*O Parecer Normativo CST n.º 4/81, invocado pela recorrente, assim interpreta este procedimento, equivalendo-o a um aporte de capital:*

*1. Tendo em vista que a eliminação do prejuízo irá influir na composição do patrimônio líquido e, portanto, na determinação do saldo da conta de correção monetária a que se refere o art. 39., item II, do Decreto-Lei n.º 1.598 (art. 347., do Regulamento do Imposto de Renda/80), pretende-se saber em que circunstâncias será havido como regular o procedimento contábil em face da legislação tributária.*

*2. A legislação determina o registro, em conta especial, por ocasião da elaboração do balanço patrimonial, das contrapartidas dos ajustes de correção monetária das contas do ativo permanente e do patrimônio líquido cujo saldo será computado na determinação do lucro real (art. 347., III e IV, do Regulamento do Imposto de Renda/80). Por consequência, qualquer alteração de valores do patrimônio líquido exercerá influência sobre a apuração do saldo da conta especial e do montante do imposto de renda devido.*

*3. Ao tratar da escrituração contábil, o Parecer Normativo CST n.º 347 (Diário Oficial de 29/10/70) já colocou em destaque que... a forma de escriturar suas operações é de livre escolha do contribuinte, dentro dos princípios técnicos ditados pela Contabilidade e a repartição fiscal só a impugnará se a mesma omitir detalhes indispensáveis à determinação do verdadeiro lucro tributável, ficando reconhecido, com isso, o direito de o contribuinte adotar o procedimento que melhor atenda seus interesses, a par do direito de o Fisco impugná-lo quando não tenha havido obediência às normas e padrões de Contabilidade geralmente aceitos.*

*3.1 A propósito, cabe lembrar que o art. 172. do Regulamento do Imposto de Renda/80 determina a apuração do lucro líquido do exercício mediante a elaboração de balanço patrimonial, demonstração do resultado do exercício e demonstração de lucros ou prejuízos acumulados, com observância da lei comercial, em especial, das disposições da Lei n.º 6.404/76.*

4. Na hipótese em exame, o débito à conta dos sócios tem por função precípua a manutenção da integridade do capital social, que se encontra desfalcado pela ocorrência do prejuízo. Assim ao fazer-se a absorção deste, em valor igual ao crédito de que o sócio da conta debitada seja titular, ter-se-á como regular e amoldada à técnica contábil a eliminação da referida parcela redutora do patrimônio líquido, porque equivale a um aporte de capital.

5. O entendimento acima, entretanto, não poderá ser mantido se não houver a referida equivalência, como no caso em que inexistir crédito do sócio.

5.1 Com efeito, o valor debitado, cuja contrapartida, no caso, será um lançamento a crédito da conta de prejuízos acumulados, 1) não transita por conta de resultado e 2) não representa um ingresso efetivo.

5.2 Os valores que não transitam pelas contas de resultado podem compor as reservas de capital, desde que realizados (Parecer Normativo CST n.º 48/79, subitem 4.3).

5.3 Vale assinalar que a parcela de capital subscrito, enquanto não realizada, será deduzida do montante do capital social para efeito de ser determinado o valor de patrimônio líquido (art. 182. da Lei n.º 6.404/76, c/c art. 172. do Regulamento do Imposto de Renda/80).

6. Pelo exposto no item anterior, infere-se que o débito à conta do sócio, sem que haja saldo credor suficiente, resulta em procedimento inidôneo à elevação do valor do patrimônio líquido, dado que os prejuízos acumulados que foram eliminados graficamente passarão a ser imediatamente substituídos por igual parcela redutora, de capital a realizar. Por conseqüência, tal procedimento o obrigará a pessoa jurídica a deduzir do patrimônio líquido, para cálculo de correção monetária, o valor a ele indevidamente acrescido. (negrejou-se)

A doutrina também faz tal equivalência, ao analisar a questão sob a ótica da caracterização de receitas tributáveis por parte da empresa beneficiada com a extinção da obrigação em face dos sócios. Transcreve-se, neste sentido, excerto da obra de Hiromi Higuchi, Fábio Hiroshi Higuchi e Celso Hiroyuki Higuchi, in *Imposto de Renda das Empresas — Interpretação e Prática*, São Paulo: IR Publicações, 36ª Edição, 2011, p. 456:

No caso de prejuízo contábil absorvido pelos sócios não há contabilização de receitas porque o valor dos recursos recebidos é contabilizado a débito da conta Caixa ou Bancos e a crédito da conta que registra o prejuízo. Com isso, não há incidência do imposto de renda e nem da CSLL. Se, todavia, a pessoa jurídica tiver receio de autuação da Receita Federal, a solução seria os sócios aumentarem o capital e depois a empresa reduziria o capital para absorver o prejuízo contábil. Mas isto custa dinheiro.

Trilham o mesmo caminho as decisões das antigas Primeira e Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, veiculada em acórdãos assim ementados:

#### **ABSORÇÃO DE PREJUÍZO CONTÁBIL CRÉDITO DE SÓCIO.**

A absorção de prejuízo contábil acumulado por crédito de sócio da pessoa jurídica, contra ela própria, sem trânsito por conta de receita, constitui lançamento contábil regular não sujeito à incidência de IRPJ — imposto de renda pessoa jurídica. Tal operação equivale a um aporte de capital pelo sócio. (Acórdão n.º 101-96.661)

#### **ABSORÇÃO DE PREJUÍZOS A CONTA DE SÓCIO - EFEITOS TRIBUTÁRIOS - RECURSO DE OFÍCIO**

A absorção de prejuízos contábeis mediante débito à conta na qual estejam registradas dívidas da sociedade para com sócio equivale a uma injeção de capital, não implica perdão das dívidas e não gera ganho financeiro tributável. (Acórdão n.º 107-09.575)

*Esta última decisão, inclusive, nega provimento a recurso de ofício interposto pela 3ª Turma da DRJ/Belo Horizonte, em acórdão do qual se extrai pertinente interpretação construída pelo I. Julgador Paulo Roberto de Sousa, acerca da natureza da operação aqui em debate:*

*Ainda que não se faça distinção entre créditos demandados judicialmente ou não, a mera absorção de prejuízo por meio de débito à conta de sócio não pode ser entendida como perdão de dívida. Em verdade, o que resulta da operação é uma anulação recíproca de obrigações. Os prejuízos acumulados, embora não criem para os sócios o dever imediato e compulsório de fazer novas subscrições e realizações de capital, eles levam a sociedade a reter eventuais lucros futuros, uma vez que a legislação societária obriga a que eles sejam usados para recompor o seu patrimônio líquido na hipótese de haver registro de prejuízos acumulados. Com efeito, o artigo 189 da Lei nº 6.404, de 15.12.1976, dispõe que do resultado do exercício serão deduzidos, antes de qualquer participação, os prejuízos acumulados e a provisão para o Imposto sobre a Renda, e o parágrafo único desse mesmo artigo acrescenta que o prejuízo do exercício será obrigatoriamente absorvido pelos lucros acumulados, pelas reservas de lucros e pela reserva legal, nessa ordem.*

*Para se caracterizar o perdão da dívida é preciso que o credor renuncie a seu direito sem impor nenhum ônus ao devedor, sem lhe exigir nada em troca. No caso da absorção de prejuízo a conta de sócio, o credor cede à dívida mas obtém do devedor a anulação de igual valor do saldo de prejuízos acumulados. Logo, semelhante operação não se enquadra como perdão de dívida. Por ter a conta de prejuízos acumulados saldo devedor, ela atua como conta redutora do patrimônio líquido.*

*Conseqüentemente, a absorção de prejuízos tem o efeito de aumentar o patrimônio líquido, de modo que semelhante operação seria mais apropriadamente classificada como uma forma de injeção de capital, ou seja um fato contábil que envolve apenas contas patrimoniais, e não contas de resultado. Isso a distancia definitivamente dum perdão de dívida. (negrejou -se)*

.....

*A recorrente invoca algumas destas referências para afirmar que o débito de prejuízo a conta de sócios não enseja receita tributável por parte da devedora da obrigação que, assim, liquidada. Contudo, como visto, é majoritário o entendimento de que este procedimento assemelha-se a aporte de capital e, assim, além de não caracterizar receita em face do devedor beneficiado, também não se perfaz em perda para o credor, que é beneficiado com o aumento do patrimônio da líquido da investida.*

*Ora, do acima apresentado infere-se uma situação que se configura integralmente com a descrita nos autos deste processo. O valor de 3,8 bilhões obtido por SSP junto ao FGC para cobrir o patrimônio negativo de BP não constitui, naquele, receita tributável por se configurar como ato semelhante a aporte de capital do sócio. Por esta razão, em contrapartida a despesa realizada com tal fim que, em verdade se comprova como uma perda, conforme contabilizado pela recorrente esta não pode ser dedutível em face do impedimento do art. 340, § 6º do Regulamento do Imposto de Renda.*

*No presente caso, o FGC já era acionista do Banco Bamerindus, como demonstra o seguinte trecho do relatório fiscal (fls. 7572):*

*De se lembrar que o FGC já era possuidor de ações do BAMERINDUS antes desta negociação com o BTG. Foram ações adquiridas de acionistas minoritários do BAMERINDUS, que estavam em discussão judicial com o BANCO CENTRAL DO BRASIL e com o próprio BAMERINDUS. Estas ações, adquiridas em 2011, estão referidas na alínea a acima, e representavam cerca de 18,80% do capital social do BAMERINDUS (antes do aumento de capital de 2014).*

*Assim, o aumento de capital do Banco Bamerindus pelo FGC se equiparou a uma conversão de dívida a conta de sócio, não sendo tributável, como demonstrado na jurisprudência acima colacionada.*

*Portanto, entendo que o aumento de capital do Banco Bamerindus com conversão de crédito no valor de R\$ 2,8 bilhões e posterior alienação do controle societário por R\$ 400 milhões não faltou à lógica, tendo em conta o objeto e finalidade da atuação do FGC, e considerando que o direito creditório que detinha era de difícil recuperação. Deve-se ressaltar que era esperado a venda da participação societária do Banco Bamerindus com prejuízo, vez que a instituição não operava há aproximadamente 20 anos. E por se tratar de aumento de capital por sócio acionista, tal valor não é tributável.*

*Sobre o preço por ação utilizado no aumento de capital, entendo ser irrelevante a discussão para a caracterização como perdão de dívida. Independente do preço a ser praticado, o objetivo do FGC poderia ser atingido inscrevendo maior ou menor quantidade de ações.*

*Vale lembrar que um dos objetivos do art. 170 da Lei das S.As ao estabelecer critérios para a definição de preço de emissão na subscrição de ações é evitar a diluição injustificada da participação dos antigos acionistas:*

*Art. 170. Depois de realizados 3/4 (três quartos), no mínimo, do capital social, a companhia pode aumentá-lo mediante subscrição pública ou particular de ações.*

*§ 1º O preço de emissão deverá ser fixado, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para inscrevê-las, tendo em vista, alternativa ou conjuntamente:*

*I - a perspectiva de rentabilidade da companhia; (Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997)*

*II - o valor do patrimônio líquido da ação; (Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997)*

*III - a cotação de suas ações em Bolsa de Valores ou no mercado de balcão organizado, admitido ágio ou deságio em função das condições do mercado.*

*(Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997) (g.n)*

*Assim, caso o preço por ação estipulado para o aumento de capital fosse inferior, a quantidade de ações subscritas seria maior, diluindo ainda mais a participação dos demais acionistas.*

*Ressalte-se que, como colocado pela autoridade fiscal e pelos impugnantes, os critérios previstos no art. 170, §1º da Lei das S.As não poderiam ser aplicados no caso concreto, pois não havia perspectiva de rentabilidade futura, vez que o Banco Bamerindus não encontrava-se operando, o patrimônio líquido era negativo e não havia cotação de ações em bolsa de valores.*

*Em que pese poder ser questionada a metodologia utilizada pelo FGC para definição do preço por ação a ser utilizado no aumento de capital, a metodologia proposta pela autoridade fiscal também poderia ser questionada. Ao propor que fosse adotado como preço por ação o valor pago pelo BTG Pactual na aquisição do Banco Bamerindus (aproximadamente R\$ 400 milhões), a autoridade fiscal deixou de considerar que tal valor poderia englobar possível pagamento de ágio ou deságio pelo controle societário. Dessa forma, nota-se que qualquer metodologia de cálculo utilizada para definição do preço por ação para o aumento de capital poderia ser objeto de questionamento, vez que impossível utilizar os critérios definidos no art. 170, §1º da Lei das S.As.*

*No caso de aquisições com deságio, ou compra vantajosa, caberia a adquirente registrar em sua contabilidade o valor do investimento e o ganho proveniente da compra vantajosa, para considerá-los em um possível ganho de capital na alienação dessa participação societária.*

*Por entender que não se tratou de omissão de receita decorrente de perdão de dívida, não há incidência de PIS e Cofins sobre o valor.*

*Diante todo o exposto, voto pela procedência da impugnação, exonerando o crédito tributário decorrente do aumento de capital e posterior alienação com prejuízo, por não entender que se tratou de omissão de receita decorrente de perdão de dívida, mas sim aumento de capital com integralização de crédito dos acionistas.*

*Tendo em vista o acima exposto, deixo de analisar os demais argumentos trazidos ao processo pelos impugnantes.*

### **Das Responsabilidades Tributárias**

Com relação à responsabilidade tributária atribuída ao BTG Pactual, assim se manifestou a fiscalização:

*“A participação do BTG na operação de aquisição da participação societária no BAMERINDUS foi fundamental na configuração da vantagem tributária obtida com a formatação dada ao processo de aquisição. Sem a participação do BTG, essa vantagem inexistiria. Ou seja, o BANCO SISTEMA S/A, sozinho, não conseguiria consumir, de forma acelerada, os saldos bilionários de PF e de BCN advindos do BAMERINDUS, através da manutenção artificial do CNPJ.*

*Cumprе lembrarmos que o BTG efetuou capitalização bilionária no BANCO SISTEMA S/A, o que permitiu a esta instituição a apuração de elevados lucros, advindos das receitas financeiras auferidas, e assim reduzir o volume de tributos do Grupo BTG, diante dos saldos de PF e de BCN existentes no CNPJ do BANCO SISTEMA S/A. Além disso, como também já salientado, em 2017, o BANCO SISTEMA S/A cedeu seus saldos bilionários de PF e de BCN para o BTG, considerando a opção desta instituição no parcelamento especial do PERT.*

*Veja-se que o BTG não ficou de fora, apenas assistindo a toda a operação, que proporcionou o renascimento do CNPJ do BAMERINDUS, e a consequente sobrevida nos saldos de PF e de BCN desta instituição. O BTG teve participação direta e consciente em todo esse processo.”*

Veja-se que a fiscalização apresenta apontamentos que indicam a participação do BTG Pactual na simulação decorrente da capitalização do Banco Sistema e posterior compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL.

Como se viu, nos termos deste voto, foi cancelada a autuação relativa à baixa de ofício dos saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL detidos pelo Banco Sistema quando da transferência de seu controle para o BTG Pactual. Logo, não há como manter a responsabilidade tributária desta instituição financeira pelos créditos tributários que remanescem (Acusação Fiscal 01).

Este mesmo raciocínio aplica-se aos demais coobrigados, Srs. André Esteves e Marcelo Kalim, vez que o fundamento da infração remanescente prestigiado neste voto não aponta nenhuma caráter intencional ou culposos, a eles imputável, para o equívoco cometido pelo Banco Sistema ao computar prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL, no período acobertado pela Ação Declaratória nº 5052775-21-2011-404-7000.

Assim, deve-se confirmar a decisão recorrida, que afastou a responsabilidade tributária atribuída ao BTG Pactual, Sr. André Esteves e Sr. Marcelo Kalim.

Nestes termos, nega-se provimento ao recurso de ofício.

**CONCLUSÃO**

Pelo exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário, para afastar a exigência da multa isolada pelo não recolhimento de estimativas, devendo ser mantida apenas a multa de ofício, e negar provimento ao recurso de ofício, para confirmar a decisão recorrida que cancelou parcialmente a “Acusação 01, cancelou integralmente as “Acusações 2 e 3”, e afastou a responsabilidade tributária atribuída ao BTG Pactual, Sr. André Esteves e Sr. Marcelo Kalim.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza

## Voto Vencedor

Conselheiro Rafael Taranto Malheiros, Redator designado.

1. Em que pese o bem fundamentado voto do I. Relator, como é praxe, restou vencido em seu entendimento, por maioria qualificada, quando dos debates procedidos nos transcorrer da sessão de julgamento, no que pertine à **concomitância de multas de ofício e isolada**, como se verá.

2. Quanto à possibilidade, a posição adotada pelo Relator foi, em síntese, a seguinte:

*“No âmbito do CARF, com a aprovação da Súmula CARF n.º 105, restou sedimentado que: [...]*

*(...)*

*Vale dizer, a cobrança de multa de ofício de 75% sobre o tributo não pago supre a exigência da multa isolada de 50% sobre eventual estimativa não recolhida, apurada em procedimento de fiscalização. Admitir o contrário, estaria-se a permitir que duas penalidades incidissem sobre uma mesma base de cálculo, o que é vedado pelo sistema jurídico”.*

3. Todavia, entendeu a maioria qualificada da Turma que a edição da Súmula se reporta a acórdãos-paradigma proferidos quando o art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, ainda não tinha sido modificado pela MPv n.º 351, de 2007 (em vigor a partir de janeiro deste ano), convertida na Lei n.º 11.488, de 2007. A redação do inc. IV do § 1º deste artigo mencionava que as multas nele previstas seria exigidas “isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda [...], na forma do art. 2º [referente às estimativas], que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal [...] no ano-calendário correspondente”, que dava azo à interpretação no sentido de que o valor da base de cálculo da multa isolada estava inserido na base de cálculo da multa de ofício, que levava à vedação à incidência desta concomitância. Lembre-se que o inc. II da redação então vigente se referia a casos de “evidente intuito de fraude”.

3.1. Entretanto, a nova redação dada ao artigo pela referida MPv, aplicável aos fatos geradores ocorridos a partir de 22/01/2007, afastou qualquer dúvida sobre a possibilidade de aplicação concomitante das multas de ofício e das multas isoladas. As hipóteses de incidência

que ensejam a imposição dessas penalidades em razão da falta de pagamento da estimativa são distintas, cada qual tratada em inciso próprio no art. 44 da Lei n.º. 9.430, de 1996. Nesse contexto, não há que se falar na aplicação do disposto na Súmula n.º 105 do CARF, que se aplica aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, vez que sedimentada com precedentes da antiga redação do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, como visto.

3.2. Os incs. I e II do referido dispositivo tratam de suportes fáticos distintos e autônomos, que têm por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo distintas. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário; a multa isolada é apurada conforme balancetes elaborados mês a mês ou, ainda, mediante receita bruta acumulada mensalmente. São materialidades independentes, não havendo que se falar em concomitância.

### CONCLUSÃO

4. Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento aos Recursos Voluntário e de Ofício.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros

### **Declaração de Voto**

Conselheiro Eduardo Monteiro Cardoso

Após o voto apresentado pelo Ilmo. Relator, pedi vista dos autos para melhor analisar as questões objeto de discussão nestes autos.

Trata-se, em síntese, de Autos de Infração (fls. 7.394/7.448) lavrados para a exigência de IRPJ, CSLL, Contribuição ao PIS e COFINS por conta de três supostas infrações: (i) omissão de receitas decorrentes de perdão de dívida no ano-calendário de 2014, (ii) compensação indevida de prejuízos fiscais nos anos-calendário de 2014 a 2017 e (iii) falta de recolhimento sobre as bases de cálculo estimadas de IRPJ e de CSLL. As exigências foram acrescidas de juros de mora e multa de ofício qualificada. Também foram incluídos como responsáveis tributários o Banco BTG Pactual S.A. (art. 124, I, do CTN) e as pessoas físicas André Santos Esteves e Marcelo Kalim (art. 135 do CTN).

Uma vez que os fatos já foram devidamente expostos pelo voto do Ilmo. Relator, passo, a seguir, a examinar cada uma das infrações.

#### **I. Omissão de receitas decorrentes de suposto perdão de dívida do ano-calendário de 2014**

Segundo a Fiscalização, teria ocorrido um perdão da dívida detida pelo FGC contra a Recorrente. Isso porque, em 2014, o FGC capitalizou o total do crédito que tinha em

face do então Bamerindus, subscrevendo 362.031.881 novas ações e alienando as mesmas ações ao Banco BTG, em ato subsequente, por R\$ 397.465.461,56.<sup>1</sup>

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 7.573), “a falta de lógica da operação é explicada por um efetivo perdão de dívida que está embutido na capitalização do crédito pelo FGC, e não externado nos atos contratuais”. E prossegue, afirmando que o montante da capitalização, na realidade, “correspondeu ao valor efetivamente pago pelo BTG pelas 362.031.881 ações do Bamerindus, e um perdão do restante do valor”.

Para sustentar essa conclusão, a Fiscalização questiona o valor atribuído às ações emitidas pelo Bamerindus (R\$ 7,87 por ação) e subscritas pelo FGC, pois este não teria partido de uma “avaliação criteriosa dos ativos” ou da perspectiva de rentabilidade futura da investida. Teria, na realidade, partido do montante pago anteriormente pelo FGC quando da aquisição das ações frente aos minoritários (R\$ 7,74 por ação), em 2011, com correção adicional pela TR. Porém, assim como a avaliação feita em 2011, a metodologia adotada - última cotação em bolsa de valores das ações, com correção pela TR e deságio - seria imprestável para dimensionar o efetivo valor das ações do Bamerindus.

A respeito do preço de emissão das ações, o art. 170, § 1º, da Lei nº 6.404/76 (“LSA”) prescreve que o valor deverá ser fixado tendo em vista, alternativa ou conjuntamente: (i) a perspectiva de rentabilidade da companhia, (ii) o valor do patrimônio líquido ou (iii) a cotação de suas ações em Bolsa de Valores ou no mercado de balcão organizado, admitido ágio ou deságio em função das condições do mercado.

A perspectiva de rentabilidade e o valor do patrimônio líquido eram critérios inviáveis. Primeiro, porque o Bamerindus não tinha perspectiva de rentabilidade futura, já que se encontrava em procedimento de liquidação. Segundo, porque o seu patrimônio líquido era negativo antes do referido aumento de capital subscrito pelo FGC.

Restaria, de acordo com a LSA, o critério de valor de mercado. Porém, sequer este critério poderia ser regularmente utilizado, pois o Bamerindus estava sob intervenção do BACEN desde 1997, com liquidação extrajudicial decretada em 1998.

Diante da **excepcionalidade da situação**, optou-se por um critério que utilizava como referência a oferta pública feita em 2011 para aquisição das ações do Bamerindus pelo FGC junto a acionistas minoritários. Veja-se a justificativa apresentada expressamente na “Proposta de Aumento de Capital” (fls. 3.246/3.247):

4-) O preço de emissão para cada uma das ações é de R\$ 7,87 (sete reais e oitenta e sete centavos), valor que corresponde à última cotação em Bolsa de Valores com deságio de 60% (sessenta por cento) e acréscimo da correção monetária pela variação da Taxa Referencial-TR até 30/04/2014 (data em que foi levantado o último Balancete da Companhia).

5-) O preço de emissão foi fixado com base no inciso III do parágrafo 1º do artigo 170 da Lei 6404/1976, sem diluição injustificada das participações dos antigos acionistas, tanto assim que, aos 23/03/2011, foi lançada oferta pública por credor da Companhia para aquisição

<sup>1</sup> O montante de R\$ 397.465.461,56 também teve como contrapartida outros objetos além das ações do Bamerindus, conforme contrato firmado entre o BTG e o FGC em 02/01/2013.

de ações de titularidade de acionistas minoritários pelo preço unitário de R\$ 7,74 (sete reais e setenta e quatro centavos), valor obtido com a utilização dos mesmos critérios indicados no item 4 (quatro) acima, mas com atualização monetária até a data da referida oferta pública (23/03/2011).

De fato, diante de situação bastante peculiar, a Recorrente buscou escolher um critério racional para o preço de emissão das ações, valendo-se de critério validado em mercado, uma vez que terceiros não relacionados efetivamente optaram por alienar as ações ao FGC pelo preço ofertado, três anos antes. Ou seja, não procede a alegada falta de razoabilidade no critério utilizado para o preço de emissão das ações, a meu ver.

O que a Fiscalização pretende, em síntese, é sustentar que a capitalização feita pelo FGC corresponderia apenas ao que foi pago pelo Banco BTG, tendo sido dissimulado um perdão do restante da dívida detida por aquela instituição junto ao Bamerindus. Porém, entendo que este raciocínio não procede.

Primeiro, porque o objetivo do FGC, de acordo com as suas finalidades institucionais, era normalizar a situação da instituição financeira, por meio da eliminação do passivo a descoberto e da cessão do seu controle a outra instituição financeira. Isso somente poderia ser feito através da capitalização de todo o crédito detido pelo FGC, extinguindo o passivo a descoberto via aumento do capital social, e venda dessa participação acionária para outra instituição financeira. Veja-se que, com a capitalização, o patrimônio líquido do Bamerindus passou de R\$ 1.78 bilhões negativo para R\$ 77 milhões positivo, permitindo a retomada das suas operações dentro do plano de reestruturação feito com a anuência do Banco Central. Caso a capitalização fosse restrita ao que pagou o Banco BTG, o patrimônio líquido do Bamerindus continuaria impactado pelo passivo existente, inviabilizando a sua atividade e, provavelmente, a própria aquisição feita pelo Banco BTG. Ou seja, todo o sentido econômico da operação apontava para a necessidade de capitalização total da dívida.

Segundo, porque o próprio crédito detido pelo FGC em face do Bamerindus era de difícil recuperação, sendo esperado que a sua alienação, após a conversão em capital, fosse feita com prejuízo. Isso não significa, porém, que perdeu dívida do Bamerindus, mas tão somente que vendeu a sua participação por valor inferior, em negociação de mercado com partes independentes. Vale destacar que, em ata do próprio FGC, ficou registrada a “ausência de outros interessados” (fls. 3.133) no negócio.

Terceiro, porque trata-se de operação intensamente acompanhada pelo órgão regulador e supervisor do sistema bancário (art. 10, IX, da Lei nº 4.595/64), o que enfraquece sobremaneira a alegação de dissimulação. Nesse sentido:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. LEGALIDADE E VERACIDADE DAS OPERAÇÕES. APROVAÇÃO DA REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA POR AUTORIDADES FISCALIZADORAS E REGULADORAS. AUSÊNCIA DE SIMULAÇÃO OU ARTIFICIALIDADE. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL "BUSINESS PURPOSE". OPONIBILIDADE AO FISCO. Não pode o fisco desconsiderar operações sob entendimento de terem sido executadas de forma simulada ou artificial quando todo o conjunto das operações foi monitorado, avaliado e aprovado pelos órgãos fiscalizadores e reguladores como o BACEN, CADE e CVM. O contribuinte não é obrigado a optar pela via onerosa do ponto de vista fiscal quando existem outras opções que se apresentam mais eficientes, desde que possuam essência alinhada com a forma adotada e possuam propósito negocial (business purpose). A existência de "step transactions" e a execução de diversas etapas no mesmo dia, por si só, não são suficientes para viciar a operação ou negar-lhe oponibilidade ao fisco, ainda

mais quando todas as possíveis opções identificadas pelo autoridade fiscal também se baseiam em "step transactions" executadas num curto espaço de tempo. (Acórdão nº 1201-001.618, Rel. Cons. Luis Fabiano Alves Penteadó, Sessão de 10/04/2017)

Diante do exposto, concordo com as razões da DRJ para cancelamento da infração.

## II. Suposta compensação indevida de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL

A segunda infração diz respeito a supostas compensações indevidas de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL, feitas nos anos-calendário de 2014 a 2017. Esta infração está baseada em dois fundamentos. Primeiro, numa suposta simulação da aquisição do Banco Sistema pelo Banco BTG Pactual e, segundo, na impossibilidade de acumulação de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa no período abrangido pela Ação Declaratória nº 5052775-21.2011.4.04.7000.

### II.1. Suposta simulação na aquisição do Banco Sistema pelo Banco BTG Pactual

Segundo a Fiscalização, ao invés de adquirir diretamente os ativos do Bamerindus, que se encontrava em procedimento de liquidação, o Banco BTG adquiriu a participação societária com o “motivo principal” de obter os saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa existentes em 19/12/2014. Para fundamentar essa alegação, baseou-se, em síntese, no seguinte: (i) noticiários de jornais informando que o Banco BTG teria interesse no referido saldo de prejuízos fiscais, (ii) o Banco BTG teria transferido parte de seu “excesso de caixa” para o Bamerindus, via capitalização de R\$ 5 bilhões em 2015, permitindo-lhe abater os lucros gerados com as receitas financeiras por meio do aproveitamento dos prejuízos fiscais, (iii) o Plano de Negócios previsto para o Bamerindus não teria se concretizado, sendo que este não teria sequer estrutura operacional para tanto e (iv) em 21/12/2017 teria sido realizada operação de redução de capital, com o retorno do montante investido em 2015, já que não haveria mais créditos de prejuízo fiscal a compensar.

A partir do cenário descrito, a Fiscalização baixou integralmente o saldo de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa existente em 19/12/2014, data da conclusão da aquisição do Recorrente pelo Banco BTG.

Veja-se que o Relatório Fiscal não indica dispositivo legal ou regulamentar que vede a utilização dos prejuízos fiscais neste caso. As vedações legais ao aproveitamento, destacadas expressamente no RIR/99 – aplicável à época dos fatos – dizem respeito, em síntese (i) aos casos em que há, cumulativamente, mudança de controle societário e ramo de atividade (art. 513) e (ii) às hipóteses de sucessão por incorporação, fusão ou cisão (art. 585). Ou seja, não há qualquer vedação no aproveitamento desses montantes em caso de simples aquisição da participação societária, ainda que dela advenha o controle da sociedade adquirida, como ocorrido neste caso.

A fundamentação se dá, exclusivamente, numa suposta *simulação*, pois a aquisição do Bamerindus teria sido realizada tão somente para a utilização dos seus prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL. O instituto da simulação, segundo demonstram NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS,<sup>2</sup> está presente nas seguintes situações:

---

<sup>2</sup> Curso de direito civil: parte geral e LINDB, vol. 1. - 13ª ed. - São Paulo: Atlas, 2015, p. 535.

- (i) Os negócios aparentarem “conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem, havendo interposição fictícia de pessoa, nos termos do art. 167, § 1º, I, do Estatuto Civil”;
- (ii) “Os contratos contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira, conforme previsão do inciso II, do § 1º, do art. 167, da Codificação”; e
- (iii) “Os instrumentos particulares forem antedatados ou pós-datados, de acordo com o inciso III, do § 1º, do multicitado artigo.”

Importante registrar que referidos autores também diferenciam a *simulação absoluta*, caso em que “na realidade, não há nenhum negócio, mas mera aparência”, e a *simulação relativa*, hipótese em que o negócio simulado “oculta um outro negócio (que fica *dissimulado*)”.

Seguindo o raciocínio da Fiscalização, ainda que o objetivo fosse a utilização dos prejuízos fiscais, não se verifica qualquer negócio jurídico *simulado*. Buscou-se obter a participação societária do Bamerindus junto ao FGC, o que de fato ocorreu no plano fático.

Este Carf já discutiu, noutras oportunidades, operações de utilização de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa dentro de grupos econômicos, em que se debateu eventual direcionamento dos lucros para o aproveitamento dos referidos créditos (Cf., por exemplo, Acórdão nº 1301-006.297, Rel. Cons. Giovana Pereira de Paiva Leite, Sessão de 14/03/2023 e Acórdão nº 1401-003.729, Rel. Cons. Eduardo Morgado Rodrigues, Sessão de 17/09/2019). Geralmente, tal questionamento se dá exatamente nessa transferência dos lucros, quando se dá via operações interbancárias entre as pessoas jurídicas, com a criação de receitas e de despesas financeiras intragrupo, abatendo das primeiras os prejuízos fiscais e deduzindo as segundas do lucro contábil.

Porém, neste caso, a Fiscalização foi além e baixou integralmente e de ofício os prejuízos fiscais, sem considerar a forma como teriam sido aproveitados na mencionada capitalização R\$ 5 bilhões feita pelo Banco BTG. Esta análise poderia responder eventual questão a respeito de quais os atos teriam sido dissimulados e quais os seus efeitos fiscais. Porém, o Relatório Fiscal não avançou neste ponto, considerando toda a operação como uma simulação.

Vale transcrever trecho do Voto Vencedor proferido na DRJ (fls. 10.750), que adota entendimento semelhante:

Quando a fiscalização se depara com uma operação simulada (no caso, a transferência de receitas financeiras para o BANCO SISTEMA, por meio do aporte de capital no importe de R\$ 5 bilhões, com a única finalidade da utilização dos saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL detidas por esta instituição financeira), o procedimento escorreito a ser adotado reside em afastar os efeitos tributários intentados com a prática do ato simulado. Assim, na situação em análise, entendo que o procedimento escorreito da fiscalização residiria em glosar a compensação dos prejuízos fiscais e base de cálculo negativas da CSLL na exata medida das receitas artificialmente transferidas ao Banco Sistema (aí é que reside a simulação!).

Diante do exposto, entendo incorreta a redução integral de ofício do saldo de prejuízos fiscais feita pela Fiscalização.

Ainda, vale destacar que a qualificação da multa de ofício aplicada sobre a infração de compensação indevida decorre, exclusivamente, da alegação de simulação analisada e tida por improcedente neste voto. Assim, ainda que mantida parte da infração pelo segundo fundamento – relativo à impossibilidade de acúmulo de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa no período abrangido pela Ação Declaratória nº 5052775-21.2011.4.04.7000, entendo pela necessidade de cancelamento da qualificação da multa.

Também como decorrência da ilegitimidade dessa infração, entendo que deve ser cancelada a responsabilização do Banco BTG Pactual e das pessoas físicas André Esteves e Marcelo Kalim, na linha do manifestado pelo Voto Vencedor proferido na DRJ:

Entretanto, como se entende que a fiscalização não poderia ter empreendido a baixa de ofício baixa de ofício dos saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL detidos pelo BANCO SISTEMA quando da transferência de seu controle para o BTG PACTUAL (seria cabível apenas a glosa das compensações supervenientes), não há como se manter a responsabilidade tributária desta instituição financeira pelos créditos tributários que remanescem na presente autuação (veja que a própria fiscalização não aponta existir dolo ou fraude no tocante à infração mantida no presente voto, pois indica aplicável a multa de ofício em seu patamar ordinário).

Entendo, por fim, que o mesmo raciocínio tecido acima é bastante para a exclusão da responsabilidade tributária imposta a André Esteves e Marcelo Kalim, vez que o fundamento da infração remanescente prestigiada no presente voto não aponta nenhum caráter intencional ou culposo, a eles imputável, para o equívoco cometido pelo BANCO SISTEMA ao computar prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL no período acobertado pela Ação Declaratória nº 5052775-21-2011-404-7000.

Portanto, também entendo ilegítima a atribuição de responsabilidade tributária a essas pessoas neste caso.

## **II.2. Acúmulo de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL no período abrangido pela Ação Declaratória nº 5052775-21.2011.4.04.7000**

Em 16/12/2011, o Bamerindus ajuizou a Ação Declaratória nº 5052775-21.2011.4.04.7000 (fls. 489/519), com o seguinte objeto:

Por todo o exposto, requer-se a citação da União Federal – Fazenda Nacional para, querendo, apresentar contestação no prazo legal, bem como a procedência integral da ação, para o fim de:

- a) declarar a **inexistência de relação jurídica que obrigue a Massa Autora a recolher Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ sobre os rendimentos contábeis apurados no âmbito da sua Liquidação Extrajudicial;**
- b) declarar a **inexistência de relação jurídica que obrigue a Massa Autora a recolher Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL sobre os rendimentos contábeis apurados no âmbito da sua Liquidação Extrajudicial;**
- c) declarar inaplicável à Massa Autora a regra do artigo 60 da Lei nº 9.430/96, eis que inexistente patrimônio líquido positivo a ser tributado, mas, ao contrário, passivo a descoberto;
- d) declarar inaplicável à Massa Autora o limitador de compensação de prejuízos fiscais acumulados e de base de cálculo negativa, à fração de 30% (trinta por cento), previsto nas Leis nº 8.981/95 (artigos 42 e 58) e 9.065/95 (artigos 15 e 16);

Após a sentença de primeira instância, o Bamerindus e a União interpuseram Apelação, julgadas em 04/03/2015 pelo E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com acórdão ementado da seguinte forma:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. INTERESSE DE AGIR. OPERAÇÕES PRETÉRITAS E FUTURAS. PEDIDO CERTO E DETERMINADO. IRPJ E CSLL. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA EM REGIME DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PATRIMÔNIO LÍQUIDO NEGATIVO. FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA. ELEMENTO TEMPORAL DO ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. REALIZAÇÃO DE DIREITOS E DE CRÉDITOS DO ATIVO. UTILIZAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS ACUMULADOS E DA BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL.

1. A falta de interesse de agir, na ação declaratória, ocorre somente quando a parte autora não consiga demonstrar que ela se encontra sujeita à relação jurídica cuja existência/inexistência pretenda ver declarada. Não cabe sustentar que o pedido declaratório não pode abranger as operações futuras, por não estarem elas devidamente discriminadas na petição inicial, já que, fosse assim, não poderia nunca um pedido declaratório ter efeito para o futuro, eis que este, por definição, é incerto. Quanto às operações pretéritas, não é de se exigir a demonstração de cada uma delas, pois a jurisprudência não exige esse tipo de prova nas ações declaratórias. Simplesmente há que se evidenciar a existência de utilidade concreta no pedido declaratório, por estar a pessoa jurídica sujeita, em tese, à relação jurídica que constitui seu objeto.

2. No caso dos autos, o pedido formulado pela parte autora, que visa não ser compelida ao recolhimento de IRPJ e CSLL enquanto ela possuir patrimônio líquido negativo ('passivo a descoberto') e estiver em regime de Liquidação Extrajudicial, mostra-se certo e determinado.

3. O conceito da Constituição e do art. 43 do Código Tributário Nacional indica que renda é o acréscimo patrimonial, evidenciando-se a ideia de que é o produto líquido ou a 'variação patrimonial positiva'.

4. O conceito de renda como acréscimo patrimonial exige a vinculação de sua hipótese de incidência a um período de tempo. Não há como ser apurada renda num determinado momento no tempo, mas apenas num determinado período de tempo. Decorrendo a vinculação do conceito de renda a um período de sua configuração constitucional, a duração desse período de tempo não pode ser fixada de forma totalmente arbitrária pelo legislador ordinário, sob pena de ofensa aos contornos da regra matriz de incidência do IR traçados pela Constituição, sobretudo ao princípio da repartição constitucional de competências, com a tributação do patrimônio ou do faturamento, ao invés de se tributar a renda/lucro do período.

**5. No caso de empresas em processo de liquidação, há um período evidente a ser considerado para o cálculo do acréscimo patrimonial, o qual decorre da realidade fática subjacente, período este que corresponde justamente à duração do processo de liquidação.**

**6. Não incide Imposto de Renda e CSLL sobre a realização de direitos e de créditos mantidos no ativo da Massa, se o resultado final do período continua negativo.** Mesmo que, isoladamente, as operações de realização de direito tenham obtido valor positivo, não houve acréscimo patrimonial ou incorporação de riqueza nova, mas tão somente redução do 'passivo a descoberto'.

7. A apuração contábil de direitos e créditos, mediante a utilização de prejuízos fiscais acumulados e da base de cálculo negativa da CSLL, possibilitada pela Lei nº 11.941/2009, para reduzir ou quitar o passivo tributário, não configura acréscimo patrimonial efetivo e incondicional, já que implicou apenas na redução do 'passivo a descoberto'.

8. O simples fato de ingressarem receitas no 'caixa' da Massa não acarreta a presença da hipótese de incidência do IR, uma vez que receita ou rendimento não se confundem com renda, que é a 'variação patrimonial positiva', ou seja, o resultado da equação 'receitas menos despesas'. Somente se pode falar em renda/lucro nas empresas em processo de liquidação extrajudicial, quando a soma dos ingressos obtidos ao 'passivo a descoberto'

existente resultar num valor positivo, o que só ocorrerá, como parece evidente, quando não houver mais 'passivo a descoberto' a ser liquidado.

9. Improvido o recurso da União. **Provido o recurso da autora, para o fim de declarar a inexistência de relação jurídica que obrigue a Massa autora a recolher IRPJ e CSLL sobre qualquer tipo de redução de seu patrimônio negativo, ocorrida nos últimos cinco anos a contar do ajuizamento da ação (ação ajuizada em 16/12/2011), autorizando-se a compensação, na forma da lei, ou a repetição do indébito, sempre após o trânsito em julgado.** (destaquei)

Em Embargos de Declaração, foram melhor esclarecidos os marcos temporais dos períodos de apuração abrangidos pela medida judicial:

Então, esclareço que o provimento do recurso da autora, nos termos da parte dispositiva do voto embargado, é para declarar a inexistência de relação jurídica que obrigue a Massa autora a recolher IRPJ e CSLL sobre qualquer tipo de redução de seu patrimônio negativo, **ocorrida nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação até 19/12/2014, data em que cessou a sua liquidação extrajudicial**, autorizando-se a compensação na forma da lei ou a repetição do indébito, após o trânsito em julgado. (destaquei)

A União opôs Embargos de Declaração, que foram rejeitados. Em seguida, interpôs Recurso Especial, que foi admitido no E. TRF da 4ª Região, mas posteriormente rejeitado pelo E. STJ (REsp nº 1576245/RS), com trânsito em julgado da decisão no dia 30/04/2021.

Analisando a medida judicial, a Fiscalização concluiu que “a ausência de relação jurídica com a União há que ser entendida em relação à apuração das bases de cálculo desses tributos, não cabendo recolher os tributos quando as bases apuradas forem positivas, mas também não acumular PF e BCN quando forem negativas” (fls. 7.463).

Isso seria reforçado pelo fato de ter sido afastada a aplicação do art. 60 da Lei nº 9.430/96 pela medida judicial, o que teria resgatado o “entendimento anterior, que retirava as massas falidas da condição de contribuinte do imposto de renda” (fls. 7.465).

Analisando os termos da petição inicial e das decisões proferidas, parece evidente que o Bamerindus não pretendeu declarar inexistente toda e qualquer relação jurídico-tributária junto à União. Buscou, tão somente, declarar inexistente a relação de forma que o obrigue a recolher IRPJ e CSLL sobre os rendimentos contábeis apurados no âmbito da sua Liquidação Extrajudicial. Ou seja, a Recorrente jamais pleiteou o fim de toda e qualquer relação jurídica junto à União envolvendo o IRPJ e a CSLL, mas sim a declaração de que, nesta relação, não são devidos esses tributos em caso de redução do patrimônio líquido negativo.

Ainda, apesar de afastar a aplicação do art. 60 da Lei nº 9.430/96, as decisões judiciais jamais entenderam que houve algum retorno ao regime anterior ou que a Recorrente não fosse contribuinte. O provimento jurisdicional, de conteúdo declaratório, reconheceu a inexistência de IRPJ e de CSLL ao longo do processo de liquidação extrajudicial, pois as receitas somente diminuiriam passivo a descoberto, sem representar efetivo acréscimo patrimonial. Veja-se:

Nesse passo, quadra observar, quanto ao disposto no art. 60 da Lei n. 9.430/96, que não se está declarando sua inconstitucionalidade, mas apenas se deixa de aplicá-lo nesse caso concreto, até porque se trata de norma genérica, aplicável aos impostos e contribuições em geral, e não apenas ao IRPJ e à CSLL, e a não incidência ora determinada diz respeito somente a estes últimos tributos, permanecendo a norma aplicável aos demais tributos incidentes sobre a atividade econômica desenvolvida pela Massa durante o processo de liquidação extrajudicial. Não se põe, pois, a questão da

declaração de inconstitucionalidade da norma, o que atrairia a competência da Corte Especial deste Tribunal.

Por outro lado, apesar de ter reconhecido que não haveria incidência de IRPJ e de CSLL sobre o resultado positivo, a decisão judicial não tratou de forma expressa dos prejuízos fiscais, em caso de resultado negativo.

De acordo com o art. 64, § 1º, do Decreto-lei n.º 1.598/77, o prejuízo compensável é o apurado na demonstração do lucro real e registrado no Lalur. Como se sabe, trata-se do resultado negativo existente após os ajustes feitos no lucro contábil para a apuração do lucro real. Trata-se, em síntese, do lucro real negativo verificado no encerramento do período de apuração.

A respeito do tema, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA<sup>3</sup> sustenta o seguinte:

Destarte, todas as disposições legais relativas a prejuízo fiscal, seja para admitir a sua compensação, seja para condicioná-la ou excluí-la, são referidas ao saldo final negativo de um período-base, e não às ocorrências verificadas dentro de um mesmo período de apuração, que se guiam pelo já mencionado princípio da universalidade.

Em outras palavras, os fatores negativos da universalidade de mutações patrimoniais, ocorridos dentro do período-base, misturam-se com os fatores positivos para chegar ao saldo final positivo e único, quando se trata de lucro real, ou negativo, sendo apenas neste caso, e a partir do encerramento do período, que se tem prejuízo fiscal, pela diferença líquida de todos os fatores positivos e negativos.

Analisando os fundamentos do acórdão do E. TRF da 4ª Região, verifica-se que o ponto central – tratado **expressamente** como o “grande problema” da discussão pela decisão judicial – residiria, exatamente, na fixação de um “período ideal” para a apuração da renda da pessoa jurídica. Vale transcrever a afirmação presente no acórdão:

O grande problema na fixação do período ideal para a apuração da renda/lucro das pessoas jurídicas está no fato de que o corte a ser feito será sempre, em alguma medida, arbitrário. Em razão disso, podem ser imaginadas apenas linhas gerais para a fixação do período, de modo a que ele não seja curto demais (com o que se estaria fazendo incidir a tributação sobre os rendimentos ou receitas, e não sobre a renda/lucro) nem longo demais (o que impediria a tributação de ser efetiva e praticável para a execução do orçamento público). No caso de empresas em procedimento de liquidação, porém, não há necessidade de ser feito um corte arbitrário, eis que o período a ser considerado é evidente e corresponde ao período durante o qual durar o procedimento de liquidação da empresa.

Fica evidente, da leitura do trecho mencionado, que o E. TRF da 4ª Região, embora não tenha desqualificado a condição de contribuinte por parte da Recorrente, modificou o critério temporal de apuração do IRPJ e da CSLL, de modo a se considerar o processo de liquidação. Veja-se a conclusão:

Em suma, conclui-se que não constitui acréscimo patrimonial/lucro tributável o auferimento de receitas pela Massa autora ao longo do processo de liquidação extrajudicial, tendo em vista que referidas receitas somente tiveram o condão de diminuir o 'passivo a descoberto' da Massa, e não o de ocasionar qualquer tipo de acréscimo patrimonial, que é a hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL.

Referido marco temporal ficou explícito após a decisão dos Embargos de Declaração opostos em face do referido acórdão, quando se incluiu como termo final o encerramento do processo de liquidação, em 19/12/2014.

<sup>3</sup> Fundamentos do imposto de renda (2020). - São Paulo/SP, IBDT, v.2, p. 1.076.

Partindo dessas premissas, entendo que, dentro do tal “período ideal” de apuração fixado na medida judicial transitada em julgado – com termo final no encerramento do processo de liquidação –, não haveria que se falar também em resultado negativo, a gerar prejuízo fiscal e base de cálculo negativa. Ao considerar que as mutações positivas não geram renda, vez que dentro do período de liquidação só há redução de passivo a descoberto, há a consequência de, dentro do mesmo período, não existir “saldo final negativo”, mas tão somente mutações negativas pontuais. Não há, portanto, prejuízo fiscal dentro do mesmo período.

Referido raciocínio também está em consonância com a lógica do provimento jurisdicional a respeito da relação entre o patrimônio líquido contábil e a apuração do lucro real. Segundo a decisão, enquanto o patrimônio líquido estiver negativo, os resultados positivos não se qualificam como fato gerador de IRPJ e de CSLL. Isso tem como efeito o impacto evidente de um prejuízo contábil de um ano no lucro do ano seguinte. Se a pessoa jurídica dentro da situação narrada tem um resultado negativo, com redução do seu patrimônio líquido, a mutação positiva eventualmente ocorrida no período seguinte já estaria automaticamente “compensada” contabilmente, uma vez que o provimento jurisdicional determina que seja considerado todo o período em que há patrimônio líquido negativo no processo de liquidação. Assim, permitir que este mesmo resultado negativo seja registrado como prejuízo fiscal permitiria a sua utilização em duplicidade, ainda que neste caso a compensação seja submetida a regras de limitação (art. 510 do RIR/99). O voto vencedor proferido na DRJ não desconsiderou esse problema (p. 110 do acórdão):

É interessante notar, no quadro supra, que o resultado contábil e fiscal conjunto dos 3 anos-calendário remonta a R\$ 4.000,00 e o resultado tributável acaba importando em apenas R\$ R\$ 1.000,00! Agora, o que teria acarretado tal discrepância? A resposta é simples: a possibilidade de compensação do prejuízo fiscal auferido no Ano 1 com o resultado positivo auferido no Ano 3! Ou seja, o prejuízo fiscal apurado no Ano 1, que já produziu seus regulares efeitos fiscais quando reduziu o PL no Ano 1 e impediu a tributação do resultado auferido no Ano 2 (veja que este efeito decorre da concessão de regime judicial diferenciado para a apuração do IRPJ e da CSLL) acabou sendo novamente aproveitado no Ano 3, agora na modalidade de prejuízo fiscal! Reforce-se: permitir um novo aproveitamento no Ano 3 é permitir o aproveitamento dúplice do mesmo prejuízo (primeiro, para afastar a tributação no Ano 2; depois, para reduzir a base tributável do Ano 3).

Diante do exposto, concordo com o voto vencedor proferido na DRJ, concluindo pela ilegitimidade de acúmulo de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa no período abrangido pela Ação Declaratória.

Ainda, vale esclarecer que o período abrangido pela medida judicial foi expressamente declarado na medida judicial pelo E. TRF da 4ª Região: termo inicial cinco anos antes do ajuizamento da ação (16/12/2006) até o fim do processo de liquidação extrajudicial (19/12/2014). Este período já foi considerado pela DRJ, que corrigiu o entendimento da Fiscalização, reduzindo os ajustes somente a este intervalo temporal.

### **III. Multa isolada por estimativas mensais não recolhidas**

O voto vencedor da DRJ manteve a multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL relativas a dezembro/2017, sustentando a ausência de vedação à concomitância entre esta penalidade e a multa de ofício.

Porém, entendo indevida a exigência de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas cumulada com a multa de ofício, por conta da aplicação da 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."*

Vale destacar que não ignoro a existência de manifestações, neste Carf, no sentido de que tal enunciado não seria aplicável após a alteração feita pela Lei nº 11.488/2007 no art. 44 da Lei nº 9.430/1996. No entanto, entendo que o racional da súmula permanece aplicável, pois não se tratam de penalidades para condutas distintas.

Nesse sentido há precedentes desta C. Turma:

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA. MULTA DE OFÍCIO INAPLICABILIDADE. Não é cabível a multa isolada de forma cumulativa com a multa de ofício sobre as faltas de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ, de forma cumulativa, com a multa de ofício. (Acórdão nº 1301-003.347, Rel. Cons. Amelia Wakako Morishita Yamamoto, Sessão de 18/09/2018)

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO. SÚMULA CARF 105. ALCANCE. A Súmula CARF 105, que anuncia que a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no artigo 44, §1º, IV, da Lei 9.430/96, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL, apurados no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício. Em que pese o entendimento sumulado ter sido construído antes da alteração promovida pela MP 351/2007, sua aplicação deve alcançar os casos em que a exigência tenha sido formalizada já com o percentual reduzido de 50%. (Acórdão nº 1301-005.681, Rel. Cons. Lucas Esteves Borges, Sessão de 15/09/2021 – decisão com base no art. 19-E da Lei nº 10.522/02)

Além disso, o E. STJ tem se manifestado no mesmo sentido, vedando a exigência cumulativa das referidas multas, inclusive após a edição da Lei nº 11.488/07:

5. A Segunda Turma do STJ, em julgados mais recentes, continua a aplicar o entendimento de que a vedação à cumulação das multas "isolada" e "de ofício" persiste, mesmo após as alterações promovidas pela Lei 11.488/2007. Nesse sentido: AREsp 1.603.525/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 25.11.20.

6. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.878.192/SC, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/3/2022, DJe de 12/4/2022.)

Assim, concluo pela ilegitimidade da multa isolada aplicada pela Fiscalização pela falta de recolhimento de estimativas mensais, tanto em função da sua absorção pela multa de ofício quanto pela vedação ao "bis in idem" decorrente da punição dupla para uma mesma conduta.

#### **IV. Dispositivo**

Diante do exposto, voto por conhecer o Recurso Voluntário e, no mérito, lhe dar parcial provimento, tão somente para cancelar as multas isoladas aplicadas pela falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e CSLL referentes a dezembro/2017, diante da sua concomitância com a multa de ofício.

Ainda, conheço o Recurso de Ofício e lhe nego provimento.

(documento assinado digitalmente)

Eduardo Monteiro Cardoso