



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.720021/2020-31
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-006.817 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de março de 2024
Recorrente BTGI VII PARTICIPACOES S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2015

ALIENAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. INTERPOSIÇÃO. ATOS SIMULADOS. TRIBUTAÇÃO. REAL ALIENANTE.

Os atos (simulados) perpetrados por meio de interposta pessoa, como o objetivo exclusivo de escapar-se do pagamento de impostos, não são oponíveis ao fisco. A tributação de ganho de capital decorrente de alienação de ações deve ocorrer no real alienante.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2015

ALIENAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. INTERPOSIÇÃO. ATOS SIMULADOS. TRIBUTAÇÃO. REAL ALIENANTE.

Os atos (simulados) perpetrados por meio de interposta pessoa, como o objetivo exclusivo de escapar-se do pagamento de impostos, não são oponíveis ao fisco. A tributação de ganho de capital decorrente de alienação de ações deve ocorrer no real alienante.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2015

MULTA. QUALIFICAÇÃO. INTERPOSIÇÃO. SIMULAÇÃO. FRAUDE.

A constatação da intenção de fraudar o fisco, por meio da prática de atos simulados por interposta pessoa, enseja a qualificação da multa de ofício.

RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. ART. 135, III DO CTN.

A expressão "infração de lei" prevista no art. 135 do CTN refere-se a situações nas quais o administrador atue fora das suas atribuições funcionais, extrapolando o que esteja previsto na lei societária ou no estatuto social da empresa, muitas vezes em prejuízo da própria empresa.

No caso, os agentes fiscais não comprovaram infração funcional praticada pelos coobrigados BTG Pactual Serviços Financeiros S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários e BTG Pactual Gestora de Recursos Ltda.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. A solidariedade tributária referida no artigo 124, inciso I do CTN é atribuída às pessoas, seja física ou jurídica, que tenham interesse comum na realização do

fato gerador da obrigação tributária, pois possui uma dimensão jurídica própria, e não um significado meramente econômico.
No caso, não configurado tal interesse, deve ser afastada a responsabilidade do BTG Pactual Holding S.A, por interesse comum.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em (i) negar provimento ao recurso (i.1) por maioria de votos quanto à autuação, vencido o Conselheiro Relator, que a cancelava, e (i.2) por voto de qualidade para manter a multa qualificada, vencidos o Relator, Jose Eduardo Dornelas Souza, e os Conselheiros Marcelo José Luz de Macedo e Eduardo Monteiro Cardoso, que a reduziam a seu percentual ordinário; e (ii) em dar provimento ao recurso, por maioria de votos, para excluir os responsáveis do polo passivo, vencido o Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, que as mantinha nesta posição. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Rafael Taranto Malheiros. Decidiu-se por unanimidade que o percentual da multa qualificada será reduzido de 150% para 100%, nos termos do inc. VI do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, na redação que lhe deu o art. 8º da Lei nº 14.689, de 2023, nos termos da alínea “c” do inc. II do art. 106 do Código Tributário Nacional.

(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 de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 104-004.018, proferido pela 3ª Turma da DRJ/04, que julgou improcedente a impugnação, para manter o crédito tributário exigido e confirmar as imputações.

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

Trata-se de autos de infração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ, às fls. 2.050 a 2.056, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, às fls. 2.057 a 2.063, lavrados para formalização e exigência de crédito tributário no montante de R\$ 396.526.931,87. Qualificou-se a multa. As empresas BTG Pactual Holding S.A., BTG Pactual Serviços Financeiros S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários e BTG Pactual Gestora de Recursos Ltda. foram responsabilizadas pelo crédito, motivo por que compõem o pólo passivo da obrigação.

2. Consoante o Termo de Verificação Fiscal, às fls. 2.011 a 2.048, em 20.02.2015, a BTGI VII Participações adquiriu 10.125.128 ações da Rede D'Or São Luiz S.A., pelo montante de R\$ 42.771.587,58. Em 30.11.2005, por meio de AGE realizada às 10hs, foi deliberado o aumento do seu capital social de R\$ 500,00 para R\$ 4.770.500,00, “mediante a emissão de 4.920.000 ações ordinárias e 42.780.000 ações preferenciais resgatáveis, por preço de emissão no valor total de R\$ 47.700.000,00, sendo que tais ações preferenciais resgatáveis emitidas foram totalmente subscritas pelo FIP Turquesa”.

3. Em 30.11.2015, às 12hs, ou seja, apenas duas horas após a sobredita AGE, realizou-se nova AGE, por meio da qual deliberou-se “aprovar o resgate e cancelamento da totalidade das 42.780.000 ações preferenciais resgatáveis que haviam acabado de ser emitidas e subscritas pelo FIP Turquesa, com o pagamento, pela BTGI VII Participações, do valor objeto desse resgate, realizado mediante a transferência ao FIP Turquesa das 10.125.128 ações da Rede D'Or São Luiz S.A., ou seja, as ações recém emitidas pela BTGI VII Participações foram resgatadas junto ao FIP Turquesa e no lugar das ações da BTGI VII Participações foram entregues ao FIP Turquesa ações da Rede D'Or que eram de titularidade da BTGI VII Participações”.

4. Em 02.12.2015, apenas dois dias depois, as ações da Rede D'Or São Luiz em poder do FIP Turquesa foram vendidas por um valor bem superior ao preço de “custo de aquisição”¹.

5. Para a fiscalização, a transferência das referidas ações para o FIP Turquesa tratar-se-ia de operação simulada - “a verdadeira transação foi a alienação das ações que detinha o Grupo BTG Pactual, inclusive aquelas que detinha através de sua controlada BTGI ao Pacífic RDSL Participações S/A (GIC)”. O FIP Turquesa fora mero interposto, utilizado para que a BTGI VII Participações se esquivasse “indevidamente da apuração de ganho de capital e sua tributação”².

6. A infração poderia ser dividida em duas etapas: 1º) transferência das ações detidas pela BTGI VII Participações para o FIP Turquesa, pelo custo contábil, para não se apurar ganho³; 2º) venda das ações pelo FIP Turquesa com expressivo ganho, para aproveitar-se da tributação favorecida aplicada aos fundos de participação que é diferida até o resgate ou liquidação das cotas⁴.

7. A contribuinte e os imputados apresentaram impugnações (fls. 2.126 a 2.166, 2.343 a 2.359, 2.387 a 2.402 e 2.438 a 2.451), contrapondo, em síntese, cada uma das transações realizadas pelo Grupo BTG, no contexto da reestruturação societária que precedeu a alienação das ações da Rede D'Or, teriam sido orientadas “por evidentes propósitos empresariais e jurídicos, sendo lícitas para todos os fins de direito”.

8. Quando a Rede D'Or deliberou, no âmbito da AGE realizada em 22.12.2014, a emissão de até 60,19 milhões de ações, dando aos acionistas interessados a possibilidade de exercer seu direito de preferência em até 60 dias, o Grupo BTG estava impossibilitado de subscrever diretamente ações da Rede D'Or, “considerando a restrição regulatória ainda vigente que vedava a participação de investidores estrangeiros no capital de empresas de saúde brasileiras⁵”, salvo “através de financiamentos ou empréstimos”.

9. A participação do Grupo BTG na reorganização e expansão da Rede D'Or, assim, somente poderia ter sido formalmente realizada por meio de instrumentos de dívida (debêntures conversíveis em ações adquiridas em 2010), os quais, no caso, foram combinados com instrumentos contratuais que garantiriam a possibilidade de aquisição de ações, bem como a participação ativa do Grupo BTG em relação às decisões de gestão tomadas no âmbito da Rede D'Or (Acordo de Acionistas), tal como se acionista fosse.

10. Para evitar a “indesejada diluição de sua participação após o aumento de capital a ser realizado na companhia, e considerando o curto espaço de tempo entre a chamada de capital (ainda em 2014) e o aporte de recursos”, a opção que teria se mostrado viável ao Grupo BTG fora “a de realizar a subscrição de novas ações da Rede D'Or

por meio de uma estrutura transitória, constituída exclusivamente por acionistas controladores do Grupo BTG residentes no Brasil”.

11. A “estrutura” utilizada para realizar a aquisição das ações teria envolvido o “FIP Alpha (que era integralmente detido por pessoas físicas residentes no Brasil)⁶”. Ocorre que “o caixa que seria utilizado por esse braço de investimento do FIP Alpha para subscrever e integralizar ações da Rede D’Or seria obtido por meio de empréstimo junto ao Grupo BTG, refletindo, mais uma vez, a transitoriedade da operação aos olhos dos sócios controladores brasileiros do Grupo BTG, do FIP Alpha e da Requerente”.

12. Diante da “existência de restrição regulatória para FIPs contratarem dívidas/financiamentos (ICVM 391/02)”, o FIP Alpha teria se visto obrigado a constituir uma nova sociedade holding, qual seja a BTGI VII Participações S.A., “para que esta pudesse contrair dívida junto a outras entidades do Grupo BTG”, e assim obter “os recursos necessários para subscrever parcela das novas ações emitidas pela Rede D’Or” ⁷.

13. A transitoriedade do investimento da BTGI VII Prticipação na Rede D’Or revelar-se-ia evidente, haja vista que no mesmo dia da sua aquisição teria sido firmado “um Contrato de Opção com o BTG Equity, sociedade constituída no exterior e controlada pelo Grupo BTG, cujo capital era também detido por acionistas estrangeiros, que outorgava ao BTG Equity a opção de deter as ações da Rede D’Or”; inclusive com cláusula prevendo a opção de compra fosse exercida pelo “mesmo preço” pelo qual a subscrição fosse realizada pela BTGI VII Participações⁸.

14. Após a conversão da MP nº 656 na Lei nº 13.097, de 2015, que “permitiu a participação direta ou indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde”, o Grupo BTG promoveu a transferência das ações da Rede D’Or detidas pela BTGI VII Participações ao FIP Turquesa. Referida operação, implementada por meio de um resgate de ações, teria sido realizada a “valor contábil, conforme expressamente autorizado pela legislação fiscal em vigor”.

15. Sob nenhuma perspectiva, o ganho decorrente da participação societária na Rede D’Or poderia ter sido atribuído à BTGI VII Participações, “uma vez que, como descrito pela própria D. Fiscalização no TVF, a Requerente era empresa recém-constituída, pré-operacional e de passagem” ⁹. O referido ganho deveria ser atribuído ao FIP Turquesa, que foi a entidade que teria promovido a alienação das ações a terceiro não relacionado ao grupo BTG.

16. Não seria possível, ante o ordenamento jurídico brasileiro, as autoridades fiscais desconsiderarem “estruturas societárias, atos e negócios jurídicos legalmente realizados pelos contribuintes”. As operações discutidas nos autos seriam perfeitamente válidas e legítimas¹⁰. O art.116 do CTN não seria autoaplicável, por depender de regulamentação de lei ordinária que até o momento não teria sido editada.

17. Como o FIP Turquesa foi a entidade que teria promovido a alienação das ações a terceiro não relacionado ao Grupo BTG, o aspecto formal da operação teria sido atendido¹¹. Uma vez que ele faria parte “do braço de investimento do Grupo BTG”, que deteria “a sua ampla base de acionistas”, de onde teriam sido originados os recursos concedidos para o BTGI VII Participações fazer a aquisição “transitória” das ações da Rede D’Or, “o aspecto negocial/substância” da operação também teria sido atendido.

18. Na hipótese de o ganho auferido na operação não ser atribuído ao FIP Turquesa, “já que essa era uma entidade que já congregava investimentos relevantes do Grupo BTG, dispunha de capacidade financeira e havia sido constituído há muitos anos”, ele tampouco poderia ser atribuído ao BTGI VII Participações, “uma vez que essa era uma sociedade sem quaisquer atividades substantivas ou recursos próprios, que permaneceu ‘em estado pré-operacional’ até a efetivação da operação de subscrição das ações da Rede D’Or”.

19. Caso os autos sejam considerados procedentes, ao menos dever-se-ia reconhecer a ausência de “fraude e conduta dolosa por parte da Requerente”, reduzindo-se a multa

para o patamar de 75%. O agravamento da multa teria sido desproporcional e não razoável, indo de encontro ao art. 2º, Parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 9.784, de 1999. Mesmo em caso de simulação, não caberia a aplicação de multa qualificada. Não incidiriam juros de mora sobre a multa aplicada.

20. As empresas imputadas não poderiam ser responsabilizadas de forma solidária pelo crédito. Nos termos do inciso III do art. 134 do CTN, que se trataria de hipótese de responsabilidade subsidiária, elas só poderiam ser responsabilizadas “no caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte”.

21. Mesmo que o dispositivo dissesse respeito à responsabilidade solidária, ele não seria “suficiente” para embasar o presente Termo de Sujeição Passiva da BTG Pactual Gestora de Recursos, tendo em vista que, “conforme expressamente mencionado no auto de infração, a Requerente era mera gestora do FIP.”

22. Ademais, ele não poderia fundamentar a responsabilização da BTG Pactual Gestora de Recursos e da BTG Pactual Serviços Financeiros S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, uma vez que elas se trataria, respectivamente, de gestora e de administradora do FIP Turquesa, e não da BTGI VII Participações.

23. O “mero não pagamento de tributo” não autorizaria a aplicação do inciso I do art. 135 do CTN, para a inclusão da BTG Pactual Gestora de Recursos e da BTG Pactual Serviços Financeiros S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários como sujeitos passivos da “obrigação do BTGI VII”. A aplicação do dispositivo também não se prescindiria da comprovação de que ter-se-ia agido com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto; o que a fiscalização não teria logrado fazer.

24. A imputação da BTG Pactual Holding S.A., com fundamento no inciso I do art. 124 do CTN, teria sido incorreta, porquanto ela não possuiria “qualquer participação societária ou poder de ingerência sobre o BTGI VII ou o FIP Turquesa. O fato de ter uma posição de destaque como controladora das demais subsidiárias não seria suficiente para justificar o ‘interesse comum’ na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal” 12. Também não “possuiria qualquer relação jurídica com a BTGI VII (sujeito passivo principal), a não ser por terem um determinado grupo de sócios em comum, mas não a totalidade de seus sócios”.

25. Não teria sido demonstrado que o seu comportamento teria sido orquestrado com o BTGI VII e o FIP Turquesa, de forma “a evitar a tributação do ganho de capital reconhecido na venda das ações da Rede D’Or”.

Naquela oportunidade, a r. turma julgadora entendeu pela improcedência das Impugnações apresentadas, conforme sintetizado pela seguinte Ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2015

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. DELEGACIAS DE JULGAMENTO. APRECIÇÃO. INCOMPETÊNCIA.

As Delegacias de Julgamento devem observar a legislação tributária vigente no País, sendo-lhes defeso apreciar arguições de inconstitucionalidade e de ilegalidade de normas regularmente editadas.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2015

ALIENAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. INTERPOSIÇÃO. ATOS SIMULADOS. TRIBUTAÇÃO. REAL ALIENANTE.

Os atos (simulados) perpetrados por meio de interposta pessoa, como o objetivo exclusivo de escapar-se do pagamento de impostos, não são oponíveis ao fisco. A tributação de ganho de capital decorrente de alienação de ações deve ocorrer no real alienante.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL*Ano-calendário: 2015***ALIENAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. INTERPOSIÇÃO. ATOS SIMULADOS. TRIBUTAÇÃO. REAL ALIENANTE.**

Os atos (simulados) perpetrados por meio de interposta pessoa, como o objetivo exclusivo de escapar-se do pagamento de impostos, não são oponíveis ao fisco. A tributação de ganho de capital decorrente de alienação de ações deve ocorrer no real alienante.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA*Ano-calendário: 2015***MULTA. QUALIFICAÇÃO. INTERPOSIÇÃO. SIMULAÇÃO. FRAUDE.**

A constatação da intenção de fraudar o fisco, por meio da prática de atos simulados por interposta pessoa, enseja a qualificação da multa de ofício.

MULTA. QUALIFICAÇÃO. RESPONSABILIZAÇÃO PELO CRÉDITO.

Os motivos que levam à qualificação da multa dão ensejo, de forma necessária, à responsabilização efetuada com suporte no art. 135 do CTN.

INTERESSE COMUM. CONSTATAÇÃO. RESPONSABILIZAÇÃO PELO CRÉDITO.

Uma vez constatado interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação, nos termos do inciso I do art. 124 do CTN, deve-se efetuar a imputação do interessado.

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

*Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido*

Cientes do acórdão recorrido, e com ele inconformado, tanto o Contribuinte como os Responsáveis Tributários apresentaram, tempestivamente, seus recursos voluntários, pedindo ao final, deferimento dos seus pleitos.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

Os recursos são tempestivos e atendem aos pressupostos regimentais de admissibilidade, portanto, deles conheço.

Da Análise dos Recursos**Mérito**

Como relatado, trata-se de autos de infração de IRPJ e da CSLL, lavrados para formalização de crédito tributário, no montante de R\$ 396.526.931,87, do ano-calendário de 2015. Qualificou-se a multa. As empresas BTG Pactual Holding S.A., BTG Pactual Serviços

Financeiros S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários e BTG Pactual Gestora de Recursos Ltda foram responsabilizadas pelo crédito, motivo por que compõem o pólo passivo da obrigação.

No entendimento da fiscalização, a reestruturação societária realizada pelo Grupo BTG – na qual houve a transferência das ações da Rede D'Or do FIP Alpha/BTGI VII (atuada) para o FIP Turquesa – seria desprovida de propósito comercial e teria o objetivo único de supostamente evitar a tributação do ganho do capital auferido na operação.

A decisão recorrida foi nessa mesma linha, e desconsiderou a reestruturação societária realizada pelo grupo BTG, de modo que a condição de alienante das ações da Rede D'Or e, portanto, titular dos ganhos decorrentes da referida operação – foi atribuída ao BTGI VII (atuada), que teria realizado a subscrição primária das ações em questão.

Em recurso, a defesa sustenta a legitimidade da reestruturação societária realizada pelo grupo BTG, e que envolveu propósitos comerciais verdadeiros e independentes de quaisquer possíveis efeitos fiscais, e por consequência, a inexistência de vício nos negócios jurídicos praticados e nas operações societárias realizadas, para rebater a acusação de atuação abusiva e fraudulenta.

Assim, com o fez na impugnação, a Recorrente esclarece que o Grupo BTG participou ativamente do projeto de expansão da Rede D'Or, subscrevendo, em 14.04.2010, pelo valor de R\$ 600.000.000,00, debêntures conversíveis em ações emitidas pela Rede D'Or. Aduz que tais recursos foram utilizados pelo grupo hospitalar com sede no Rio de Janeiro, principalmente nas aquisições do Hospital Maternidade Brasil, em Santo André, e do Hospital São Luiz Morumbi, em São Paulo.

Diz que os objetivos da parceria entre o grupo BTG e a Rede D'Or foram noticiados em veículos de imprensa e que a estruturação do negócio se deu por meio da aquisição de debêntures conversíveis em ações, em vez de subscrição direta de participação societária da Rede D'Or, pelo fato vigorar uma vedação legal para participação direta ou indireta de empresa ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, e o capital social do Banco BTG Pactual, assim como de outras entidades que compõem o grupo no Brasil, sempre possuiu participação direta e indireta de investidores estrangeiros, tais como o BTG Pactual Participations LTD.

Assim, considerando que uma parte dos acionistas do Grupo BTG não era residente no Brasil, a participação na reorganização e expansão da Rede D'Or somente poderia ser realizada, formalmente, por meio de instrumentos de dívida, os quais, por serem conversíveis em ações do emissor, claramente denotavam a essência econômica da operação, que consistia no desempenho do Grupo no papel de acionista do referido Grupo Hospitalar.

Diz que como condição para realização do referido investimento (subscrição das debêntures), e considerando a intenção do Grupo BTG de exercer ingerência sobre as decisões tomadas no âmbito da empresa, foi estabelecido um acordo de acionistas, por meio do qual seria garantida a participação e poder de votos do Banco BTG nas assembleias a serem realizadas pela Rede D'Or.

Aduz que, na data de 22/12/2014, seus acionistas deliberaram pela chamada de capital por meio de emissão de ações, aprovando o aumento do capital social da companhia, mediante a emissão de até 60,19 milhões de ações, ao valor patrimonial de R\$ 4,15 cada uma, dando aos acionistas interessados a possibilidade de exercer seu direito de preferência em até 60 dias.

Segundo a Recorrente, o referido direito de preferência foi estendido ao Banco BTG, com base no Acordo de Acionistas, apesar do Banco ser formalmente um debenturista (credor) da Rede D'Or no final de 2014.

Como (i) vigia a restrição legal para que investidores estrangeiros possuísem qualquer participação, direta ou indireta, no capital de empresas com atividade de assistência à saúde; e (ii) se tratava de um novo aporte de recursos à Rede D'Or, não vinculado ao aporte original de 2010; o Grupo BTG optou por exercer o seu direito de preferência e realizar a subscrição de novas ações da Rede D'Or, por meio de uma estrutura de investimento provisória, constituída em meados de 2014, exclusivamente pelos 7 (sete) acionistas majoritários do Grupo BTG, todos residentes no Brasil, constituída basicamente pelo BTG Pactual Alpha Fundo de Investimento em Participações (FIP Alpha).

Esclarece que como o FIP Alpha não poderia contratar empréstimos ou tomar qualquer tipo de dívida para obtenção dos recursos necessários para subscrição das ações da Rede D'Or, o FIP Alpha constituiu, em 2014, a sociedade BTGI VII Participações S.A. (empresa autuada), no intuito de que essa sociedade pudesse contrair dívida de outras entidades do Grupo BTG (nas quais os acionistas minoritários estrangeiros também mantinham investimentos), no valor necessário para subscrever parcela das novas ações emitidas pela Rede D'Or e, assim, evitar a diluição do Grupo BTG no capital dessa entidade.

Nesse contexto, o BTGI VII emitiu debêntures no valor de R\$ 41.800.000,00, as quais foram integralmente subscritas pelo BTG Holding, cuja composição societária também era composta pelos acionistas minoritários estrangeiros.

Noticia que, conforme a Ata de Assembleia Geral Extraordinária da BTGI VII, realizada em 19/02/2015, os recursos captados com a emissão das referidas debêntures deveriam ser necessariamente empregados “para subscrição e integralização de 10.125.128 (dez milhões, cento e vinte e cinco mil e cento e vinte e oito) ações originárias de emissão da Rede D'Or São Luiz S.A. (...), no âmbito do aumento de capital da Rede D'Or, deliberado nos termos da Assembleia Geral Extraordinária da Rede D'Or, realizada em 22 de dezembro de 2014”. Destaca-se que a mesma previsão estava contida no item 3.14.1 do instrumento de emissão de debêntures.

Destaca que, em que pese os recursos utilizados para subscrição de ações da Rede D'Or na chamada de capital ocorrida em 22/12/2014 tenham transitado pela Recorrente (a qual era integralmente detida pelo FIP Alpha), os recursos para essa aquisição advieram, em essência, do braço de investimento do Grupo BTG, de cujo capital também participavam acionistas minoritários estrangeiros. Note-se que esse mesmo braço de investimento, composto por acionistas estrangeiros, detinha as debêntures conversíveis em ações (no valor de R\$ 600.000.000,00) emitidas pela Rede D'Or, em 14/04/2010, e subscritas pelo Grupo BTG.

Por conta disso, no mesmo dia do instrumento de emissão das debêntures e da subscrição das ações pelo BTGI VII, essa entidade firmou um Contrato de Opção de Compra de Ações e Outras Avenças com o BTG Equity Investments LLC (BTG Equity), sociedade constituída no exterior e controlada pelo Grupo BTG, cujo capital era também detido por acionistas estrangeiros, que outorgava ao BTG Equity a opção de deter as ações da Rede D'Or.

Diz que a intenção do firmamento desse contrato era o de viabilizar e garantir que, pelo mesmo preço da subscrição, pudesse haver a posterior transferência da participação recém-adquirida da Rede D'Or para a estrutura de investimento que contemplava toda a base de acionistas do Grupo BTG, inclusive investidores estrangeiros. Tratava-se, em síntese, de garantia

concedida aos demais acionistas do Grupo BTG de participarem dos “ônus e bônus” relativos à aquisição de participação societária na Rede D’Or.

Notícia que, nesse ínterim, em 19.1.2015, o Congresso Nacional votou e aprovou o texto da Medida Provisória nº 656, convertendo-a na Lei 13.097/15, que alterou a redação do artigo 23 da Lei nº 8080, de 19.9.1990 (“Lei 8.080/90”), para permitir “a participação direta ou indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde”, em situações previstas na legislação.

Com a nova legislação, o Grupo BTG, cujo capital também era detido por acionistas não residentes, ficou finalmente autorizado a:

(i) converter as suas debêntures, subscritas no ano de 2010, em ações da Rede D’Or; e

(ii) transferir a participação adicional na Rede D’Or, transitoriamente adquirida exclusivamente pelos sócios controladores brasileiros (via o FIP Alpha e a Recorrente) do Grupo BTG para o braço de investimento do Grupo BTG do qual participavam toda a base de acionistas do grupo, inclusive investidores estrangeiros.

Enfatiza que, ainda em 2015, em um dos desdobramentos da Operação Lava Jato, foi expedida uma determinação judicial de prisão do fundador do Grupo BTG, André Esteves. Por conta disso, o Grupo BTG passou a enfrentar grave crise de confiança e liquidez, que o obrigou a vender diversos ativos estratégicos e mudar de comando, como amplamente noticiado pela mídia nacional.

Destaca que, antes mesmo de ser verificado qualquer evento de liquidez envolvendo participação detida pelo Grupo BTG na Rede D’Or, era imprescindível que houvesse a transferência das ações da companhia detidas de forma transitória pela Recorrente, controlada exclusivamente pelos sócios controladores do Grupo BTG, para o braço de investimento do qual também participavam toda a base de acionistas do Grupo, até mesmo porque toda a base de acionistas participou, de forma indireta, do financiamento da compra dessa participação societária.

Assim, antes da alienação da participação na Rede D’Or aos terceiros interessados na aquisição dessa parcela das ações da companhia (Grupos Carlyle e GIC), o Grupo BTG teve de realizar uma reorganização societária, para que toda a base de acionistas do grupo também usufruísse dos benefícios econômicos decorrentes do evento de liquidez.

Aduz que, nesse contexto, a referida reorganização se deu da seguinte forma: (i) a Recorrente (BTGI VII) emitiu ações preferenciais resgatáveis no valor de R\$ 47.700.000,00, as quais foram subscritas pelo FIP Turquesa, entidade que congregava diversos investimentos relevantes do Grupo BTG Brasil e era indiretamente detida pela PPLA Participations Ltd. (“PPLA”, entidade estrangeira de capital aberto, pertencente ao Grupo BTG) no Brasil; e (ii) a Recorrente promoveu o resgate das ações preferenciais detidas pelo FIP Turquesa, mediante a entrega das ações da Rede D’Or, detidas, de forma apenas transitória, pela Recorrente.

Destaca que a PPLA era a unidade de investimentos private equity do Grupo BTG. Como descrito em Formulário de Referência (FR) disponibilizado pelo Banco BTG aos seus investidores, “o Banco BTG Pactual e a PPLA são instituições sob controle comum, que têm, ao final das respectivas cadeias societárias, os mesmos acionistas ou sócios”

Assim, com os recursos obtidos por meio da emissão de ações preferenciais subscritas pelo FIP Turquesa, a Recorrente efetuou o repagamento da dívida contraída por

referida sociedade perante o Grupo BTG e, por conseguinte, de toda a sua base de acionistas, recursos esses que viabilizaram a aquisição de ações adicionais da Rede D'Or, ao final do dia, pelo Grupo BTG.

Esclarece, por fim, que em 2.12.2015, na esteira de uma crise de liquidez do Grupo BTG, o FIP Turquesa alienou essa parcela adicional de ações adquiridas da Rede D'Or a terceiros interessados (GIC), sendo que os resultados de referida operação beneficiaram toda a base de acionistas do Grupo BTG, investidores indiretos do braço de investimento do qual o FIP Turquesa é integrante, e não de apenas os acionistas controladores brasileiros do Grupo BTG, que, além de não terem feito a aquisição original das ações da Rede D'Or com recursos próprios, sofreriam graves sanções decorrentes da prática de abuso de poder de controle caso referidas ações não fossem devidamente transferidas a quem de direito, ou seja, a um veículo de investimento do qual participasse toda a base de acionistas do Grupo BTG.

Afirma, ao final, que houve a apuração do ganho de capital quando da venda das ações da Rede D'Or pelo FIP Turquesa, com os respectivos efeitos fiscais atribuídos ao fundo e ao seu investidor pela regulamentação aplicável.

Pois bem.

Penso que a decisão recorrida merece reparos, em conformidade com as razões a seguir descritas.

A primeira questão a ser resolvida diz respeito à regularidade das operações discutidas nestes autos. Penso que elas foram válidas e legítimas, onde se destaca, essencialmente, a necessidade de observância das regras vigentes à época que vedavam a participação de estrangeiros, de forma direta ou indireta, no capital de empresa do setor de saúde, conforme disposto no artigo 23 da Lei nº 8.080/90.

A decisão recorrida refutou esta motivação, dizendo que a restrição legal para participação de capital estrangeiro na Rede D'Or não poderia ser utilizada como justificativa para que o investimento não tivesse sido feito pela BTGI VII Participações, *“uma vez que com a publicação, em 20/01/2015, da Lei nº 13.097, de 2015, esta vedação deixou de existir e a aquisição das ações da Rede D'Or ocorreu somente em 20/02/2015, ou seja, posteriormente a publicação desta lei”*.

Entretanto, deve-se notar que a AGE da Rede D'Or, em que foi aprovado o aumento de capital social da companhia, mediante a emissão de novas ações, dando aos acionistas interessados a possibilidade de exercer seu direito de preferência em até 60 dias, ocorreu na data de 22/12/2014, quando ainda vigia a restrição então prevista pelo citado art. 23 da Lei nº 8.080/90.

Evidencia os autos que desde os primeiros aportes de recursos do Grupo BTG na Rede D'Or (iniciados em 14.4.2010 com a subscrição de debêntures conversíveis em ações emitidas pela Rede D'Or no valor de R\$ 600.000.000,00), a intenção do Grupo BTG era, em sua essência, realizar investimento no setor hospitalar por meio de participação societária e ter efetivo poder de ingerência nas deliberações sociais que seriam tomadas no âmbito da Rede D'Or,

É razoável a argumentação que em razão da restrição regulatória à participação societária (ainda que indireta) de investidor não-residente em companhias do setor de saúde, a estruturação do negócio ocorreu por meio da aquisição de debêntures conversíveis em ações (em vez de subscrição direta de participação societária da Rede D'Or). Tal restrição se encontrava no

artigo 23 da Lei 8.080/90, que estabelecia uma vedação legal para “participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo através de (...) financiamento e empréstimos”.

Por esta razão, tendo em vista que uma parte dos acionistas do Grupo BTG não era residente no Brasil, tal como o BTG Equity, BTG Pactual Participations LTD. e o PPLA, a sua participação na reorganização e expansão da Rede D’Or somente poderia ser formalmente realizada por meio de instrumentos de dívida, os quais, no caso, foram combinados com instrumentos contratuais que garantiriam a possibilidade de aquisição de ações, bem como a participação ativa do Grupo BTG em relação às decisões de gestão tomadas no âmbito da Rede D’Or, (Acordo de Acionistas), tal como se acionista fosse.

Ocorre que, quando a Rede D’Or deliberou, no âmbito da AGE realizada em 22.12.2014, a emissão de até 60,19 milhões de ações, dando aos acionistas interessados a possibilidade de exercer seu direito de preferência em até 60 dias, o Grupo BTG estava impossibilitado de subscrever diretamente ações da Rede D’Or, considerando a restrição regulatória ainda vigente que vedava a participação de investidores estrangeiros no capital de empresas de saúde brasileiras.

Nesse sentido, para evitar a indesejada diluição de sua participação após o aumento de capital realizado na companhia, e considerando o curto espaço de tempo entre a chamada de capital (ainda em 2014) e o aporte de recursos, de acordo com a defesa, a opção que se mostrou disponível do Grupo BTG era a de realizar a subscrição de novas ações da Rede D’Or por meio de uma estrutura transitória, constituída exclusivamente por acionistas controladores do Grupo BTG residentes no Brasil.

Desta forma, a estrutura utilizada para realizar a aquisição (subscrição) das novas ações da Rede D’Or envolveu o FIP Alpha, e que era integralmente detido por pessoas físicas residentes no Brasil. De acordo com a Recorrente, o caixa que seria utilizado por esse braço de investimento do FIP Alpha para subscrever e integralizar ações da Rede D’Or seria obtido por meio de empréstimo, refletindo, dentro da perspectiva da Recorrente, a transitoriedade da operação aos olhos dos sócios controladores brasileiros do Grupo BTG, do FIP Alpha e dela própria.

Razoável a sua argumentação. De fato, a regulamentação da CVM veda expressamente a contratação de dívida ou financiamento por FIPs, conforme regras previstas na Instrução CVM 391, de 16.7.2003, e diante desta restrição, é compreensivo que o FIP Alpha se veja obrigado a constituir uma nova sociedade holding (no caso, a Recorrente), para que esta venha a contrair dívida junto a outras entidades do Grupo BTG, nas quais toda a base de acionistas do Grupo BTG mantinham investimentos, ainda que de forma indireta, e obter os recursos necessários para subscrever parcela das novas ações emitidas pela Rede D’Or e, assim, evitar a diluição do Grupo BTG no capital dessa entidade.

Nesse cenário, a Recorrente emitiu debêntures no valor de R\$ 41.800.000,00, as quais foram integralmente subscritas pelo BTG Holdings, cuja composição societária também era composta toda a base de investidores do Grupo BTG, incluindo acionistas estrangeiros.

Logo, a despeito de os recursos utilizados para subscrição de ações da Rede D’Or na chamada de capital ocorrida em 22.12.2014 tenha transitado pela Recorrente (a qual era integralmente detida pelo FIP Alpha), os recursos para financiamento da aquisição das ações da Rede D’Or advieram do braço de investimento do Grupo BTG que era composto toda a sua base de acionistas, incluindo acionistas estrangeiros.

Inclusive, era esse mesmo braço de investimento que já detinha as debêntures conversíveis em ações (no valor de R\$ 600.000.000,00) emitidas pela Rede D'Or em 14.4.2010, e que, portanto, exercia influência nas deliberações sociais da empresa.

Note-se, portanto, que a Recorrente era uma sociedade efêmera, de passagem, que foi criada para cumprir um papel específico para permitir que o Grupo BTG, composto por toda a sua base de acionistas, e não somente por seus acionistas controladores brasileiros, adquirisse uma participação societária complementar na Rede Dor.

Compreendo que a intenção de transferência da parcela da participação societária detida pela Recorrente, adquirida no início de 2015 com os recursos providos pelo Grupo BTG, para as entidades que concentravam toda a base de acionistas do grupo, incluindo investidores estrangeiros, era tão evidente que a Recorrente firmou o Contrato de Opção com a BTG Equity (i) no mesmo dia da subscrição primária das ações da Rede D'Or, outorgando ao outro braço de investimento do Grupo BTG (de cujo capital os investidores estrangeiros também participavam) a opção de ser titular das ações da Rede D'Or; e (ii) prevendo que a opção de compra fosse exercida pelo mesmo preço pelo qual a subscrição foi realizada pela Recorrente.

Ou seja, a intenção desse acordo (Contrato de Opção) era o de viabilizar e garantir a transferência da participação societária recém-adquirida na Rede D'Or, de forma transitória pelos acionistas controladores brasileiros do Grupo BTG, para a estrutura de investimento que congregava toda a base de acionistas do Grupo BTG. Tratava-se, em síntese, de garantia concedida a todos os acionistas do Grupo BTG de que estes também participariam de todos os ônus e bônus relacionados ao investimento societário na Rede D'Or.

Nesse contexto, após a conversão da Medida Provisória nº 656 na Lei 13.097/15, que permitiu “a participação direta ou indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde”, o Grupo BTG começou a discutir as formas de transferência da participação adquirida pelo FIP Alpha (por meio da Recorrente) para o braço de investimento do Grupo BTG, do qual toda a base de acionistas do grupo participava e de onde originariamente advieram os recursos para subscrição de ações da Rede D'Or na chamada de capital de 22.12.2014.

Como visto, era imprescindível que houvesse a transferência das ações da companhia para o braço de investimento do qual também participavam toda a base de acionistas do Grupo BTG, do contrário estar-se-ia diante de uma clara situação de abuso do poder de controle pelos acionistas controladores brasileiros do Grupo BTG, como acima destacado e conforme dispõe o artigo 115 da Lei das Sociedades Anônimas (“Lei das S.A.”):

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

Dessa forma, reconheço que o Grupo BTG teve de realizar uma legítima reorganização societária para que toda a base de acionistas do grupo também participasse dos ônus e bônus advindos da participação societária adicional adquirida junto à Rede D'Or.

Neste contexto, é de se reconhecer, igualmente, que a Recorrente não auferiu qualquer ganho de capital na alienação de ações da Rede D'Or a terceiro (GIC) não relacionado ao Grupo BTG, como também foi o FIP Turquesa a entidade que alienou as ações da Rede D'Or ao GIC e que, portanto, reconheceu o ganho de capital na operação.

É relevante ainda destacar que o entendimento, muitas vezes defendidos no âmbito do CARF, no sentido de que, nas aquisições de participação societária realizadas por meio de uma sociedade holding, que é constituída previamente à operação e recebe recursos de outras entidades do grupo, o real adquirente da participação societária não deve ser considerado como essa entidade holding, de modo que é necessário identificar as pessoas que, em última análise, financiaram / possuem os benefícios econômicos da operação.

Decorre daí que, quando a compra é realizada por uma entidade recém-constituída e não operacional, a qual foi capitalizada, direta ou indiretamente, por terceiros previamente ao evento, a aquisição é geralmente considerada como tendo sido feita pelas pessoas que proveram os recursos, e não pela sociedade pré-operacional que figurou nos contratos de compra e venda.

Assim, sob nenhuma perspectiva, os ganhos derivados da venda da participação societária da Rede D'Or não poderiam ter sido atribuídos à Recorrente, uma vez que, como descrito pela própria D. Fiscalização no TVF, a Recorrente era empresa recém-constituída, pré-operacional e de passagem. Tratava-se de estrutura provisória, utilizada principalmente pelo fato de que havia restrições legais e regulatórias vigentes à época, que vedavam expressamente a participação direta ou indireta de capital estrangeiro em empresas que atuavam no ramo de assistência à saúde, como é o caso da Rede D'Or.

Esse é exatamente o caso tratado no Acórdão 9101-004.500, proferido em 6.11.2019, onde a CSRF analisou situação em que uma entidade no exterior (Carrefour BV) constituiu duas entidades no Brasil (Brepá e Korcula) para adquirir ações de uma empresa brasileira do ramo atacadista (Atacadão).

Na ocasião, a despeito de todos os argumentos apresentados pelo contribuinte para justificar o propósito empresarial da operação, a Turma Julgadora entendeu que as compradoras brasileiras (Brepá e Korcula) não poderiam ser consideradas como reais adquirentes do Atacadão, tendo em vista que o Carrefour BV era a entidade que teria fornecido a totalidade dos recursos financeiros, via aumento de capital social e empréstimo, para consecução da operação. Confira-se abaixo trecho do voto vencedor:

“Como exposto na apreciação do recurso especial da Contribuinte, confirmou-se a acusação fiscal de que Carrefour BV foi a real adquirente do Atacadão, tendo não só fornecido a totalidade dos recursos financeiros (via aumento de capital social e empréstimo), que fizeram uma rápida passagem pela Brepá e pela Korcula antes de serem transferidos para os vendedores do Atacadão, como provavelmente foi o centro decisório da aquisição. De outro lado, a Contribuinte não nega a afirmação fiscal de que os recursos foram ressarcidos ao Carrefour BV pela venda dos títulos emitidos na contratação do empréstimo. Ao contrário, reconhece que, em menos de 1 (um) ano, o empréstimo feito por Carrefour BV em favor de Korcula foi quitado, mediante a obtenção de novo empréstimo pela Korcula (frente ao BNP Paribas), sob a justificativa de indisponibilidade de recursos de longo prazo por parte de Carrefour BV.”

No presente caso, note-se que a Fiscalização, ao analisar as Demonstrações Financeiras de 31.12.2015 da Recorrente (Nota Explicativa 2, item “i”), atestou que essa sociedade teria sido constituída pouco antes da aquisição das ações da Rede D'Or, “permanecendo em estado pré-operacional” até o momento da operação, além de não dispor de recursos próprios para arcar com os custos da transação.

Voltando-se ao caso em tela, considerando-se os fatos e circunstâncias da operação, não há como negar a impossibilidade de descaracterização do TIP Turquesa para atribuição para atribuição de ganho de capital à BTG VII Participações, ou, diga de outro modo, em sua essência, o real adquirente da referida operação não deveria ser a Recorrente, sob

nenhuma perspectiva, pois eventuais ganhos derivados da venda da participação societária da Rede D'Or não poderiam ter sido a ela atribuídos.

Nestes termos, resta comprovada a insubsistência da autuação fiscal, de modo que os débitos fiscais de IRPJ e CSLL devem ser cancelados.

Conclusão

Do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário para cancelar integralmente os débitos fiscais de IRPJ e CSLL.

Como fui vencido, passo a analisar demais matérias mencionadas no recurso.

Da Multa Qualificada

A Fiscalização aplicou à Recorrente uma multa qualificada de 150%, sob o entendimento de que teria ocorrido dolo e fraude.

A Recorrente se insurge contra esta qualificação, alegando que o art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007 exige que o contribuinte tenha incorrido em uma das hipóteses descritas no arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, ou seja, nos casos de sonegação, fraude ou conluio, respectivamente.

Com efeito, apenas nos casos evidenciados de sonegação, fraude ou conluio, deve ser aplicada a multa no patamar de 150%. E, justamente por se tratar de uma qualificação baseada em aspectos subjetivos derivados da conduta adotada pelo contribuinte, sua aplicação deve ser provada por meios hábeis e idôneos, de forma clara e inequívoca, o que não ocorreu nestes autos.

No caso, conforme consignado acima, compreendi que os atos e operações praticadas pelas entidades pertencentes ao Grupo BTG foram dotadas de propósitos específicos e econômicos, não sendo possível asseverar que as condutas perpetradas pelas partes teriam como única e exclusiva finalidade de mascarar ou disfarçar a ocorrência do fato gerador, razão pela qual tais operações devem ser respeitadas para todos os fins de direito.

No caso dos autos, a autoridade autuante entendeu por qualificar a multa, por compreender que a fiscalizada *valeu-se de operação artificiosa para esquivar-se da tributação sobre o ganho de capital na alienação de investimentos*, aduzindo que *[a]o realizar uma operação de fachada, sem qualquer interesse negocial, gerando documentos, demonstrativos e registros contábeis, tinha como único objetivo deixar de apurar o tributo devido*.

Independentemente do posicionamento que se tenha quanto ao mérito da infração, efetivamente não há elementos no relatório fiscal aptos a qualificar a multa de ofício aplicada. Para que se possa qualifica-la, não basta a intenção de economizar tributo, é necessário também que a autoridade autuante prove que tal economia se deu por meio de conduta dolosa, inexistindo nos autos prova neste sentido.

No caso, há, sem dúvida, um situação de divergência quanto à interpretação da legislação tributária aplicável, pois o fisco acusa o contribuinte de realizar operações sem propósito negocial. Isso é suficiente para validar a infração, com a ressalva do meu entendimento, como ocorreu no presente julgamento, inclusive, com o acolhimento, pela maioria do colegiado, da acusação de que houve a intenção de se deduzir as bases tributáveis. Mas é isso

insuficiente para qualificar a multa, pois tal constatação, por si só, não prova o dolo do sujeito passivo à prática dos atos previstos nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/1964.

O pressuposto de aplicação da multa qualificada é a aplicação de artifício doloso. Eis que, no que tange às infrações tributárias, o dolo não se presume, deve ser provado:

Sendo assim, ao compor em linguagem o fato ilícito, além de referir os traços concretos que perfazem o resultado, a autoridade fiscal deve indicar o nexo entre a conduta do infrator e o efeito que provocou, ressaltando o elemento volitivo (dolo ou culpa, conforme o caso), justamente porque integram o vulto típico da infração.

(CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*. 6.ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 857).

Nesse sentido, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, no acórdão nº 9101-003.365, julg. 18/01/2018:

MULTA QUALIFICADA.

A acusação de artificialismo de uma operação baseada na ausência de seu propósito negocial revelada pela geração de ágio interno e com uso de empresa veículo, sem a demonstração cabal de invalidades efetivas e do intuito de fraudar, sonegar ou atuar em conluio do sujeito passivo, com a devida subsunção aos artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4502/64 não autoriza a qualificação da multa de ofício, independentemente do posicionamento que se tenha quanto à dedutibilidade do ágio na questão.

E também, o acórdão nº 9101-01.404, julg. 17/07/2012:

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE.

Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos ou não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. A qualificação da multa para aplicação do percentual de 150%, depende não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da ocorrência da fraude ou do evidente intuito desta, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim. Na situação versada nos autos não restou cabalmente comprovado o dolo por parte do contribuinte para fins tributário, logo incabível a aplicação da multa qualificada.

Por essa razão, não se entende possível a qualificação da multa de ofício com o percentual de 150%, devendo-se ser reduzida ao percentual de 75%.

Da Responsabilidade Solidária: BTG Pactual Holding S.A (entendimento vencedor neste tópico)

“114. Desta forma, foram incluídos como responsáveis tributários:

a) Como o Grupo BTG Pactual era interessado no fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, I, do CTN:
BTG PACTUAL HOLDING S/A – CNPJ 10.923.227/0001-62 – Interesse comum no fato gerador;

Na origem, a Fiscalização imputou responsabilidade tributária solidária à Recorrente em razão de um suposto “interesse comum” na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária, conforme determina o Artigo 124, inciso I, do CTN:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;” (não destacado no original)

No entendimento da Fiscalização, o fato da Recorrente “ter uma posição de destaque como controladora das demais subsidiárias” seria suficiente para justificar o “interesse comum” na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal.

Assim, a despeito da inexistência de qualquer tipo de relação jurídica entre a Recorrente e o BTGI VII (sujeito passivo principal), a não ser por fazerem parte do Grupo BTG, a D. Fiscalização entendeu que a Recorrente estaria se beneficiando dos atos que supostamente resultaram em violação à legislação tributária. Nas palavras da D. Fiscalização:

“De fato, as pessoas físicas que participaram das AGEs nas quais concretizou-se a fraudulenta transferência das ações da fiscalizada para o FIP Turquesa tinham vínculo empregatício com o Banco BTG Pactual S/A no período em que ocorreram as assembleias. Em outras palavras, os representantes dos sócios da BTGI VII Participações e da BTG Pactual Gestora eram vinculadas ao Banco BTG Pactual, maior empresa do grupo BTG PACTUAL. Ou seja, confirma-se a participação e interesse do grupo BTG Pactual, e portanto da BTG Pactual Holding S/A, da BTG Pactual Serviços Financeiros S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários e da BTG Pactual Gestora de Recursos Ltda.”

Equivoca-se a Fiscalização.

Tenho adotado o entendimento, de certa forma pacificado no âmbito da doutrina e do STJ, de que a solidariedade tributária referida no artigo 124, inciso I do CTN é atribuída às pessoas, seja física ou jurídica, que tenham interesse comum na realização do fato gerador da obrigação tributária principal, pois possui uma dimensão jurídica própria, e não um significado meramente econômico.

Nesse sentido, é a lição de LUIS EDUARDO SCHOUERI:

Mesmo que duas partes em um contrato fruam vantagens por conta do não recolhimento de um tributo, isso não será, por si, suficiente para que se aponte um interesse comum. Eles podem ter interesse comum em lesar o Fisco. Pode o comprador, até mesmo, ser conivente com o fato de o vendedor não ter recolhido o imposto que devia. Pode, ainda, ter tido um ganho financeiro por isso, já que a inadimplência do vendedor poder ter sido refletida no preço. Ainda assim, comprador e vendedor não tem interesse comum no fato jurídico tributário.¹

PAULO DE BARROS CARVALHO:

Aquilo que vemos repetir-se com frequência, em casos dessa natureza, é que o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo de solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inc. I do art. 124 do Código. Vale, sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel. Tratando-se, porém de ocorrências em que o fato se consubstancie pela presença de pessoas, em

¹ Schoueri, Luis Eduardo. Direito Tributário. 2ª ed. Saraiva: 2012, p. 503

*posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre os sujeitos que estiverem no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. É o que se dá no imposto de transmissão de imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador.*²

RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA

O art. 124 diz que "são solidariamente obrigadas" as pessoas enquadradas num dos seus dois incisos, isto é, as que "tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal" (inciso I) e as que sejam "expressamente designadas por lei" (inciso II).

Desta disposição normativa já se pode destacar que a solidariedade prevista no inciso I não é entre responsáveis, porque a solidariedade, especialmente nesse inciso, é entre pessoas que tenha o dever de cumprir a obrigação tributária como contribuintes, e assim o sejam desde o momento da ocorrência do respectivo fato gerador, para cuja ocorrência agiram pessoalmente e em relação à qual detém a respectiva capacidade tributária.

Realmente, quando essa norma verdadeiramente prescreve em caráter geral a solidariedade tributária passiva das "pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal", está aludindo a interesse que deve ser diretamente relacionado ao fato gerador (à situação que o constitua) e que torna essas pessoas contribuintes por igual quanto à respectiva e única obrigação tributária.

*Como dito anteriormente, nas situações objetivadas pelo inciso I do art. 124, a solidariedade nasce originária e naturalmente, a ponto de dispensar sua determinação por lei do poder tributante competente. Para ela, basta o CTN, ao contrário da solidariedade admitida pelo inciso II do mesmo artigo, que depende de norma específica.*³

JOSE JAYME DE MACEDO OLIVEIRA:

*Em sede tributária, o CTN enumera duas situações denunciativas da configuração da solidariedade de fato, no inciso I, e de direito, no inciso II. Quanto à primeira, embora o dispositivo não defina o que vem a ser "interesse comum", exsurge que envolve ela as pessoas que tenham participação comum no fato gerador, ou seja, que o hajam praticado conjuntamente. SE a hipótese de incidência de IPTU é a propriedade imobiliária urbana e se José e Maria são ambos donos de um único imóvel, há solidariedade entre ambos, sito é o Município pode exigir o pagamento do total do tributo de qualquer dos dois. Pagando um, o problema do ressarcimento pelo outro é questão não-tributária.*⁴

² CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, p. 311

³ Op. cit.

⁴ Oliveira, José Jayme Macedo de. Código Tributário Nacional - Comentários. doutrina e Jurisprudência, p. 337

SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

O inciso I (do artigo 124 do CTN) noticia a solidariedade natural. É o caso dos dois irmãos que são co-proprietários pro indiviso de um trato de terra. Todos são, naturalmente, co-devedores solidários do imposto territorial rural (ITR).⁵

RENATO LOPES BECHO:

Que é ter interesse comum no fato gerador? Parece-nos ser quando há mais de uma pessoa ocupando o mesmo pólo de uma relação jurídica (agora não de natureza tributária). Especifiquemos melhor. Há situações econômicas em que mais de uma pessoa ocupa uma mesma posição em relação a outras. É o que ocorre na coopropriedade. Quando houver mais de um proprietário (contribuinte), haverá solidariedade entre eles". E ainda: "entre comprador e vendedor poderá haver solidariedade, mas essa não é decorrência de interesse comum entre eles., posto que os interesses são distintos, ainda que convergentes. Se existir solidariedade entre comprador e vendedor ela será decorrência da lei, tendo por fundamento a expressa disposição legal. Nos termos do art. 124 do CTN, essa eventual solidariedade estará baseada no artigo 124, II, e terá que ser composta com outra disposição normativa.⁶

ANDRÉA M. DARZÉ:

O mero interesse social, moral o econômico no pressuposto factico do tributo não autoriza a aplicação do artigo 124, I, do CTN. Deve haver interesse jurídico comum, que surge a partir da existência de direito e deveres idênticos, entre pessoas situadas no mesmo pólo da relação jurídica de direito privado tomada pelo legislador como suporte factual da incidência do tributo, ou mais de uma pessoa realizando o verbo eleito como critério material do tributo, quando esta representar situação jurídica.⁷

É evidente, no caso, que o entendimento fiscal decorre de uma interpretação incorreta do conteúdo e extensão da norma prevista no artigo 124, inciso I, do CTN. Ainda que essa norma fosse aplicável, a Recorrente não possui o interesse comum exigido, em face da eventual economia tributária alcançada com a suposta reorganização societária que precedeu a venda das ações da Rede D'Or.

É imprescindível destacar que a Recorrente não possui qualquer participação societária ou poder de ingerência sobre o BTGI VII (que é indiretamente detido por acionistas pessoas físicas) ou o FIP Turquesa (que é integralmente detido por uma sociedade estrangeira).

Note-se que, se prevalecesse o entendimento da D. Fiscalização, segundo o qual "ter uma posição de destaque como controladora das demais subsidiárias" ou "subscrever debêntures emitidas pelo BTGI VII" seriam elementos suficientes para justificar o "interesse

⁵ Curso de Direito Tributário Brasileiro. Ed. Forense. 7ª edição. p. 708

⁶ Becho, Renato Lopes. A Responsabilidade Tributária dos Sócios tem Fundamento Legal? RDDT 182/107. nov/2010.

⁷ Darzé, Andréa M. Responsabilidade Tributária - solidariedade e Subsidiariedade. Ed. Noeses. 2010, p. 231

comum” na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, as autoridades fiscais teriam uma autorização irrestrita para incluir no polo passivo da autuação fiscal quaisquer entidades do grupo econômico, mesmo que não possuíssem qualquer relação contratual ou societária com o sujeito passivo principal, como é o caso em tela.

Como visto, as alegações formuladas pela Fiscalização são desprovidas de fundamento jurídico, pois a Recorrente não possui qualquer relação jurídica com o BTGI VII (sujeito passivo principal), a não ser por terem um determinado grupo de sócios em comum, mas não a totalidade de seus sócios.

O Fisco não demonstrou de que forma o comportamento da Recorrente teria sido orquestrado com o BTGI VII e o FIP Turquesa, para evitar a tributação do ganho de capital reconhecido na venda das ações da Rede D’Or.

Além do que, note-se que o dispositivo em tela deve ser aplicado em situações muito específicas e delimitadas, sempre que duas pessoas estiverem no mesmo polo da situação que constitui o fato jurídico-tributário.

Um exemplo clássico utilizado pela doutrina é a situação de condôminos que possuem o “interesse comum” em determinada propriedade, por exemplo, com responsabilidade solidária pelo recolhimento do IPTU. Os condôminos estão no mesmo polo jurídico (são proprietários do terreno), de forma que possuem “interesse comum” na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária (ser proprietário de imóvel urbano).

Portanto, a atribuição de responsabilidade solidária nos termos do artigo 124, I, do CTN apenas é admitida nas situações específicas em que as partes estão no mesmo polo da relação jurídica que dá origem ao fato gerador, o que não ocorre no presente caso.

Nesse passo, é legítimo afirmar, como o faz o próprio STJ, que o simples fato de pessoas integrarem o mesmo grupo econômico, por si só, não é suficiente para a responsabilização solidária:

"1. O entendimento prevalente no âmbito das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte é no sentido de que o fato de haver pessoas jurídicas que pertençam ao mesmo grupo econômico, por si só, não enseja a responsabilidade solidária, na forma prevista no art. 124 do CTN. (...)"

(Superior Tribunal de Justiça, EREsp 834.044/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 8.9.2010, DJe 29.9.2010)

Sobre assunto, colaciona-se ainda fragmentos do voto proferido nos autos do AgRg no Ag 1163381/RS, julgado pela Primeira Turma:

"Não existe responsabilidade solidária em matéria tributária quando duas empresas do mesmo conglomerado econômico não realizam conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, ainda que uma das empresas tenha participação nos resultados dos eventuais lucros da outra, coligada ou participante do mesmo grupo econômico, porque o interesse que caracteriza a responsabilidade solidária é o interesse jurídico, não o econômico."

Nesse particular, confira-se a lição de Aliomar Baleeiro⁸

"SOLIDARIEDADE NÃO É FORMA DE ELEIÇÃO DE RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO - A solidariedade não é espécie de sujeição passiva por responsabilidade indireta, como querem alguns. O Código Tributário Nacional, corretamente, disciplina a matéria em seção própria, estranha ao Capítulo V, referente à responsabilidade. E que a solidariedade é simples forma de garantia, a mais ampla de fidejussórias.

Quando houver mais de um obrigado no polo passivo da obrigação tributária (mais de um contribuinte, ou contribuinte e responsável, ou apenas uma pluralidade de responsáveis), o legislador terá de definir as relações entre os coobrigados. Se são eles solidariamente obrigados, subsidiariamente, com benefício de ordem ou não, etc. A solidariedade não é, assim, forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, apenas forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõe o polo passivo." (Original sem destaques)

De fato, não se configura tal aspecto o interesse comum exigido como condição para atrair a regra do artigo 124, I, do CTN, porque não se confunde com o interesse comum relacionado ao fato gerador da obrigação principal em discussão.

Também não há que se falar em confusão patrimonial, que também seria um interesse jurídico comum, porém, indireto, que consiste quando dois ou mais sujeitos se beneficiam do produto de sonegação, fraude ou conluio.

Nesse aspecto, trago à colação trecho do Acórdão nº 1401-002.0661, por meio do qual, reconheceu a inaplicabilidade da regra do artigo 124, I ao caso, destacando, em seu julgado, a existência de interesse comum jurídico, na hipótese de confusão patrimonial:

"RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 124 DO CTN. PROCURADOR. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Não se mantém a responsabilidade solidária quando nem o auto de infração nem o Termo de Verificação Fiscal descrevem suficientemente a base legal e a hipótese fática que fundamentam a atuação (...). Já no caso do artigo 124, I, o interesse comum ali referido é jurídico e não meramente econômico. O interesse jurídico comum deve ser direto, imediato, na realização do fato gerador que deu ensejo ao lançamento, e resta configurado quando as pessoas participam em conjunto da prática dos atos descritos na hipótese de incidência, cada uma em nome próprio. Essa participação em conjunto pode ocorrer tanto de forma direta, quando as pessoas efetivamente praticam em conjunto o fato gerador, quanto indireta, em caso de confusão patrimonial, quando ambas dele se beneficiam em razão de sonegação, fraude ou conluio. Não havendo prova de que atuou em nome ou em benefício próprio, não se verifica na atuação do procurador o interesse comum que autoriza sua responsabilização com base no artigo 124, I, do CTN. Recurso Voluntário Provido" (não destacado no original)

Ocorre a confusão patrimonial quando não é possível uma segregação clara entre as atividades profissionais ou empresariais exercidas por mais de um sujeito, e isso não ocorreu no caso que se apresenta, pois as atividades da Recorrente encontram-se bem delineadas, como também inexistem provas de que teria se beneficiado sobre o fato tributável.

⁸ BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, 11ª Edição atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Editora Forense.

Ora, o simples fato de a Recorrente ter subscrito debêntures (instrumentos de dívida) emitidos pelo BTGI VII ou mesmo de a Recorrente possuir “uma posição de destaque como controladora das demais subsidiárias” jamais poderiam configurar referido “interesse comum” em relação ao evento de alienação das ações da Rede D’Or.

Desta forma, afasto a responsabilidade solidária atribuída à BTG PACTUAL HOLDING S.A.

Da Responsabilidade Tributária: BTG Pactual Serviços Financeiros S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários // BTG Pactual Gestora de Recursos Ltda (entendimento vencedor neste tópico)

“114. Desta forma, foram incluídos como responsáveis tributários: (...)

b) **Por responsabilidade pelos atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, segundo arts. 134, III e 135 do CTN:**

BTG PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S/A DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS – CNPJ Nº 59.281.253/0001-23;

BTG PACTUAL GESTORA DE RECURSOS LTDA – CNPJ 09.631.542/0001-37.”

Na origem, a Fiscalização imputou responsabilidade tributária às Recorrentes em face de sua condição de administradora da FIP Turquesa, conforme determina o Artigo 134, inciso III e artigo 135, inciso I do CTN.

“Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: [...]”

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;”

“Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;” (não destacado no original)

Com referência ao art. 134, a decisão recorrida alega que o fato de ter sido imputada multa qualificada, tal fato seria elemento suficiente para responsabilização da Recorrente. Assim, no entender da decisão da DRJ, a imputação de tal responsabilidade independe do apontamento das condutas dolosas supostamente praticadas pela empresa, bastando que a Fiscalização aplique multa majorada sobre o valor do imposto exigido.

Entendo que esta decisão merece reparos.

Primeira consideração que deve ser feita é que tal dispositivo legal (inciso III, art. 134 do CTN) traz hipótese de responsabilidade subsidiária, ou seja, a Recorrente eventualmente só poderia ser responsabilizada pelo suposto débito tributário, no caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação principal por parte do contribuinte.

Dito isso, passemos à análise.

De acordo com este dispositivo, os administradores de bens de terceiros somente seriam responsabilizados pelos tributos devidos por esses terceiros. Assim, a Recorrente apenas poderia ser responsabilizada por eventuais tributos devidos pelo FIP Turquesa, pois, de fato, a Recorrente ocupa a função de administradora do FIP Turquesa, mas não por tributos devidos pela BTGI VII.

Além de a simples leitura do artigo 134, inciso III, do CTN já indicar o equívoco da Autoridade Fiscal, a interpretação teleológica do dispositivo o reforça ainda mais.

Na essência, o artigo 134 do CTN elenca as pessoas que desempenham função estabelecida por lei ou contrato e que atuam em nome de terceiros, como seu representante. É o caso dos pais por seus filhos menores, dos tutores por seus tutelados, dos curadores por seus curatelados, do inventariante pelo espólio, do síndico pela massa falida, dos sócios pela sociedade de pessoas, e dos administradores de bens de terceiros por esses terceiros.

É exatamente por isso que a doutrina define que o artigo 134 do CTN estabelece a responsabilidade de determinadas pessoas que tenham atuado com desvio no exercício de sua função e, por conta desse desvio, tenha sido gerada alguma contingência/obrigação tributária para os contribuintes, cujos interesses representam ou administram. Nesse sentido, transcreve-se abaixo as lições do professor MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Todas as situações previstas nos primeiros cinco incisos do art. 134 aludem a hipóteses de ‘representação’ (utilizada a expressão em sentido não estritamente técnico). Ou seja, todos os casos envolvem atuação de alguém em nome e por conta de outrem.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Sujeição passiva tributária. CEJUP, 1986, p. 309/310 - não destacado no original)

Assim, a interpretação teleológica também demonstra que a Recorrente, na qualidade de administradora do FIP Turquesa, só poderia ser responsabilizada pelos tributos devidos pelo próprio FIP Turquesa, por intervenções ou omissões, as quais, destaca-se, não foram indicadas pela Autoridade Fiscal.

Dessa forma, deve ser afastada a imputação de responsabilidade à Recorrente, com base no artigo 134, III, do CTN.

Com referência ao art. 135 do CTN, veja-se que é hipótese que trata da responsabilidade de terceiros que agem com dolo comprovado.

Para a correta interpretação dos fatos envolvidos no presente processo, deve-se amoldar a premissa verdadeira (já pacificada) de que o mero não pagamento de tributo, não permite a aplicação do artigo 135, inciso I, do CTN, para inclusão da Recorrente como sujeito passivo da obrigação do BTGI VII. Para que ocorra a referida responsabilidade, é fundamental que o administrador (ou o gerente ou o diretor), tenha comprovadamente agido com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

No caso, inexistente comprovação apta a caracterizar a Recorrente como tendo agido com excessos de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto. Se inexistente, presume-se que todos os atos praticados sempre o foram dentro de suas atribuições e dos poderes que lhe foram estabelecidos pelo contrato social ou estatuto, como também não se verifica qualquer ação com infração de lei, uma vez que todos os atos pertinentes foram executados conforme estabelece a legislação.

A jurisprudência, quando analisa a hipótese de responsabilização prevista no artigo 135, possui entendimento expresso, no sentido de que o mero inadimplemento de obrigação fiscal não constitui infração legal para fins de sua aplicação. Veja-se, a esse respeito, precedente julgado sob a sistemática de “recursos repetitivos” pelo STJ:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISPENSA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. TRIBUTO NÃO PAGO PELA SOCIEDADE.

(...) 2. É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (EREsp 374.139/RS, 1ª Seção, DJ de 28.02.2005).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 1101728/SP, de 11.3.2009)

E, mais, só pode haver a prática de atos com excesso de poder ou a infração à lei, contrato social ou estatutos, por parte de quem detém os poderes de gestão da sociedade, e desde que haja motivação ou prova de que esta pessoa praticou tais atos. Nesse sentido, é o acórdão abaixo:

Semelhante entendimento encontro no seguinte julgado:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

[...]

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SÓCIO. ART. 135 DO CTN. MOTIVAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO

ÃO DE CONDUTA DOLOSA. IMPROCEDÊNCIA.

A simples qualificação de sócio, por si só, é insuficiente para a aplicação do artigo 135 do CTN. Inexistindo motivação ou prova de que a pessoa praticou conduta dolosa que caracterize excesso de poderes ou infração a lei, contrato social ou estatutos, não há que se falar em responsabilidade tributária pessoal.

[...]

(Processo nº 13971.724408/2014-49. Acórdão nº 1201-001.925. Sessão de 19/10/2017. Publicado em 24/11/2017).”

Com efeito, se é certo que a responsabilidade depende da prática dos respectivos atos que a caracterizam, também é certo que a autoridade lançadora deve comprovar a apuração de tais atos, individualizando eventual conduta ilícita praticada pelo administrador, sendo inadmissível a generalização de condutas.

A jurisprudência do CARF também deixa clara a necessidade de individualização das condutas praticadas por cada administrador para que lhe seja atribuída a responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN, bem como da demonstração (prova) de que praticou um ato ilícito de maneira dolosa, senão vejamos:

RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO. NECESSIDADE DE INDICAR A CONDUTA ILÍCITA PRATICADA PELO AGENTE E O REFLEXO DESTA NO NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTOS.

O sócio, o gerente ou administrador pode vir a ser terceiro responsável não pelo fato de guardar tal condição, mas sim por ato ilícito que venha a praticar. Neste sentido, para se atribuir responsabilidade aos diretores, é necessário apontar a conduta praticada por estes. No caso dos autos, atribuiu-se a responsabilidade com base no artigo 135, III, do CTN, que trata de "atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos". No entanto, a autoridade autuante não descreveu um único fato supostamente praticados pelos agentes indicados que refletisse conduta destes caracterizando infração à lei ou aos estatutos da empresa. Em síntese, imputou-se responsabilidade pelo simples fato de que o nome das referidas pessoas

constava da ata de eleição do Conselho de Administração, situação que revela absolutamente incabível. Recurso de ofício negado. Recurso Voluntário Provido em Parte (Processo 10510.722642/2011-72, Acórdão 1402-001.197, Data da Sessão: 13.9.2013).

>>>

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008

[...]

RESPONSABILIDADE DE SÓCIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE INFRAÇÃO À LEI NO EXERCÍCIO DA GERÊNCIA.

O sócio administrador é responsabilizado pessoalmente pelo crédito tributário apenas quando se comprova que o mesmo cometeu atos ilícitos no exercício da gerência da sociedade. Na falta de comprovação, deve ser afastada a responsabilidade pessoal solidária.

[...]

(Processo nº 19515.721580/2011-61. Acórdão nº 1201-001.660. Sessão de 15/05/2017. Publicado em 08/06/2017).

>>>

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

Ano-calendário: 2008

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135 DO CTN. PODERES DE GESTÃO/ADMINISTRAÇÃO.

I - O art. 135 do CTN, ao dispor no caput, sobre os atos praticados, diz respeito aos atos de gestão para o adequado funcionamento da sociedade, exercidos por aquele que tem poderes de administração sobre a pessoa jurídica. A plena subsunção à norma que trata da sujeição passiva indireta demanda constatar se as obrigações tributárias, cujo surgimento ensejaram o lançamento de ofício e originaram o crédito tributário, foram resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Fala-se em conduta, acepção objetiva (de fazer), não basta apenas o atendimento de ordem subjetiva (quem ocupa o cargo). Ou seja, não recai sobre todos aqueles que ocupam os cargos de diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica de direito privado, mas apenas sobre aqueles que incorreram em atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

II - O fundamento da responsabilização tributária do art. 135 do CTN repousa sobre quem pratica atos de gerência, podendo o sujeito passivo indireto ser tanto de um “sócio-gerente”, quanto um diretor contratado, ou ainda uma pessoa que não ocupa formalmente os cargos de diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica de direito privado, mas que seja o sócio de fato da empresa. Não basta a pessoa integrar o quadro societário, deve restar demonstrado que possui poderes de gestão, seja mediante atos de constituição da sociedade empresária (contratos sociais, estatutos, por exemplo), ou, quando se tratar de sócio de fato, em provas demonstrando a efetiva atuação em nome da empresa.

III - A caracterização de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos demandam a demonstração de ilícito específico, que evidencie o ocorrência de uma construção artificial para se amoldar a uma hipótese de incidência tributária. Provado que os diretores da pessoa jurídica praticaram atos de gestão amparados no que lhes conferia o contrato da sociedade para criação de despesas fictícias mediante constituição de sociedade inexistente de fato para prestação de serviços, deve ser restabelecida a responsabilidade tributária que lhes foi imputada.

[...]

(Processo nº 10530.723584/2013-83. Acórdão nº 9101-004.755. Sessão de 03/11/2021. Acórdão publicado em 04/10/2021)."

Pelo exposto, entendo que a responsabilidade atribuída à BTG Pactual Serviços Financeiros S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários e BTG Pactual Gestora de Recursos Ltda, ambos, com base no artigo 135, do Código Tributário Nacional, também deve ser afastada.

Conclusão

Do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário para cancelar integralmente os débitos fiscais de IRPJ e CSLL. Vencido, voto, por reduzir a multa aplicada para o percentual de 75% e dou provimento aos recursos dos co-responsáveis, para excluí-los do polo passivo.

(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, quando dos debates procedidos nos transcorrer da sessão de julgamento, como se verá, (i) por maioria, quanto **ao mérito da autuação**; e (ii) por maioria qualificada, quanto à **qualificação da autuação**.

Mérito da autuação

2. A posição adotada pelo Relator foi, em síntese, a seguinte:

“Assim, considerando os fatos e circunstâncias da operação, não há como negar a impossibilidade de descaracterização do FIP Turquesa para atribuição para atribuição de ganho de capital à BTG VII Participações, ou, diga de outro modo, em sua essência, o real adquirente da referida operação não deveria ser a Recorrente, sob nenhuma perspectiva, pois eventuais ganhos derivados da venda da participação societária da Rede D’Or não poderiam ter sido a ela atribuídos”.

3. Todavia, entendeu a maioria da Turma que a autuação deveria ser mantida, de acordo com o que se extrai do “Termo de Verificação Fiscal” (TVF), de e-fls. 2011/2048, face ao desvio de finalidade do FIP e à falta de propósito negocial das operações relacionadas à transferência das ações da Rede D’Or, detidas pela BTGI VII Participações, para o FIP Turquesa e, daí, sua venda, redundando em atos simulados tendentes a ocultar o fato gerador revelado no ganho de capital decorrente desta alienação:

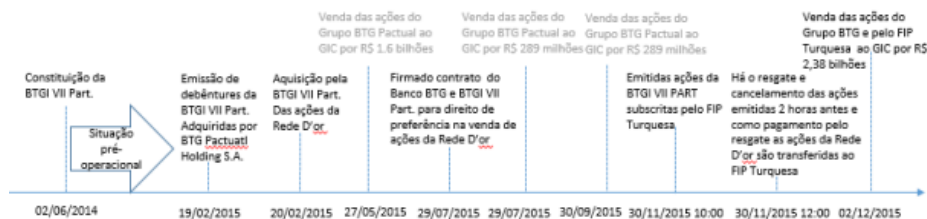
PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO

(...)

Procedimentos prévios de diligência fiscal

(…)

27. Portanto, BTGI VII Participações havia subscrito ações da Rede D'Or em 20/02/2015, em 29/05/2015 foi celebrado um acordo de acionistas e, desde 10/07/2015 mediante contrato de preferência, estava em processo de venda de tais ações, até que, no dia 30/11/2015, apenas dois dias antes de sua venda definitiva, por meio de duas AGE realizadas em um espaço de somente duas horas, realizou-se uma manobra jurídica em duas etapas: No primeiro momento, o FIP Turquesa tornou-se sócio de BTGI VII Participações, para, em seguida, as ações de Rede D'Or serem transferidas dessa holding para o FIP, concluindo-se sua venda dois dias depois.



28. Nota-se que o objetivo destas transações, que “transferiram” para o FIP Turquesa as ações da Rede D'Or de propriedade do BTGI VII Participações, era somente evitar a tributação do ganho de capital na venda das ações da Rede D'Or, como restará demonstrado.

Procedimento de fiscalização

(…)

34. A argumentação apresentada no item 04 acima [resposta ao Termo de Intimação Fiscal 02] para justificar a ausência de lucro na transferência das ações da Rede D'Or não é sustentável: argumentou que não teve lucro pois o FIP Turquesa teria sido o adquirente original das ações. A fiscalizada não respeita aqui nenhum dos princípios de separação de entidades, de regras e objetivos do fundo de investimentos. As ações transferidas fraudulentamente ao FIP Turquesa eram do BTGI VII Participações e assim, deveria ser apurado o ganho de capital, caso a operação tivesse sido corretamente realizada.

(…)

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

(…)

48. Diversos desvios de finalidade são observados nas operações que envolvem FIP, como é o presente caso. As provas constantes dos autos evidenciam que o FIP Turquesa, em relação à venda objeto do presente lançamento, adquiriu a qualidade de mero ente interposto, eis que não se cumpriu todas as etapas de um ciclo de um investimento novo (captação de recursos, identificação de oportunidades, seleção, estruturação e acompanhamento de investimentos e, finalmente, desinvestimento) esperado de um FIP, nem influenciou efetivamente no processo de estruturação e decisório da empresa vendida, considerando o exíguo tempo de investimento, e nem influenciou no de desinvestimento.

49. É nítida a relação de interdependência entre os diversos atores que aturam na transação de alienação da participação na Rede D'Or para o FIP Turquesa, tendo em vista que todos, gestor, administrador, vendedor e o FIP Turquesa estão vinculados ao Grupo BTG Pactual. A aquisição da participação na Rede D'Or foi realizada pela fiscalizada, BTGI VII e a própria fiscalizada alega que o real adquirente era o cotista do FIP Turquesa. Pergunta-se: como tal aquisição pelo BTGI VII Participações seria de interesse dos cotistas do FIP Turquesa se fossem independentes entre si? Não é permitido que ocorra manipulação de operações de compra e venda e investimento entre empresas interdependentes, gerando transações simuladas, apenas para esquivar-se da tributação.

50. A rigor, não caberia a um FIP, cuja natureza jurídica é de um condomínio, investir em empresas que anteriormente eram de propriedade do mesmo grupo, pois se trata do mesmo investimento. Contudo, em alguns casos, pode ser demonstrado que se trata, materialmente, de efetivo investimento novo e não de uma mera continuidade de um investimento antigo, mediante prova inequívoca de que houve efetiva atuação de um FIP a agir enquanto tal, influenciando inclusive, na política estratégica e na gestão da sociedade operacional, alterando-se substancialmente a natureza do investimento.

51. No caso concreto, tal prova não foi produzida e, pelo contrário, as provas dos autos são claras a demonstrar que o tempo decorrido entre o investimento e o desinvestimento é irrisório e que não há como se reconhecer presentes os elementos inerentes a uma real atuação de um FIP, ainda mais quando se verifica a existência de uma anterior negociação para venda da participação societária pela fiscalizada para um grupo independente (como anteriormente descrito neste termo de verificação fiscal, já havia um acordo anterior para venda das ações ao GIC).

(...)

53. Como se vê, na falta de uma motivação negocial associada aos fundamentos do FIP, a fiscalizada argumentou que tinha interesse original da aquisição das ações da Rede D'Or pelo FIP Turquesa, porém, devido às vedações da legislação, não pode fazê-lo no momento inicial.

54. Ora, de pronto verifica-se que os argumentos apresentados não procedem: transcorrido o tempo e “perdida” a oportunidade inicial, o único interesse remanescente na transferência das ações para o FIP seria esquivar-se da tributação que incidiria na venda das ações da Rede D'Or, pois, na época da transferência das ações, é certo, não existia nenhum interesse negocial em incluir o FIP Turquesa, visto não estarem presentes os fundamentos da utilização deste tipo de investimento.

55. Além da argumentação acima, foi possível avaliar a argumentação da fiscalizada sob diferentes aspectos: [impossibilidade de contrair dívidas, vedação à entrada de capital estrangeiro e objetivo do FIP]

56. Como se vê, os argumentos apresentados não justificam as transações realizadas pelo Grupo BTG Pactual, visto que a transferência das ações da Rede D'Or da BTGI VII Participações para o FIP Turquesa para contornar restrições legais, ou para “corrigir” um direito de preferência, teve como único objetivo

esquivar-se da tributação nas operações com as ações da Rede D'Or, configurando meramente um planejamento tributário fraudulento.

(...)

Qualificação da autuação

4. A posição adotada pelo Relator foi, em síntese, a seguinte:

Com efeito, apenas nos casos evidenciados de sonegação, fraude ou conluio, deve ser aplicada a multa no patamar de 150%. E, justamente por se tratar de uma qualificação baseada em aspectos subjetivos derivados da conduta adotada pelo contribuinte, sua aplicação deve ser provada por meios hábeis e idôneos, de forma clara e inequívoca, o que não ocorreu nestes autos.

No caso, conforme consignado acima, compreendi que os atos e operações praticadas pelas entidades pertencentes ao Grupo BTG foram dotadas de propósitos específicos e econômicos, não sendo possível asseverar que as condutas perpetradas pelas partes teriam como única e exclusiva finalidade de mascarar ou disfarçar a ocorrência do fato gerador, razão pela qual tais operações devem ser respeitadas para todos os fins de direito.

5. Todavia, entendeu a maioria qualificada da Turma que a interposição do FIP Turquesa se deu com o objetivo de ocultar a ocorrência do fato gerador, redundando em sonegação, mediante o dolo das condutas em questão, como se extrai do TVF:

(...)

85. A venda das ações da Rede D'Or já estava programada e um acordo neste sentido já havia sido assinado com o interessado pela aquisição alguns meses antes e a transferência das ações ao FIP Turquesa de um investimento de curtíssimo prazo não traria nenhuma das vantagens essenciais aos fundos de investimento em participações.

86. O valor pelo qual as ações foram transferidas da fiscalizada para o FIP Turquesa representavam apenas um décimo do valor de mercado, ou seja, a fiscalizada deixou de ganhar 90% do lucro na alienação destas ações. Qual pessoa jurídica independente faria isto?

87. Isto só foi realizado para atender o interesse do grupo, o qual detendo o controle de seus fundos e subsidiárias poderia criar transações absurdas, artificiosas e fraudulentas para ter um ganho tributário representativo.

(...)

6. Durante os debates, foi trazida a questão de que parte da maioria qualificada ora formada considerou improcedente a qualificação da multa no julgamento do caso “MCL”, consubstanciado no Ac. nº 1301-006.295, proferido em sessão realizada em 14/03/2023. Tal se deu porque, neste caso, para além de se verificar a “publicidade das operações e o fato de elas estarem de acordo a legislação”, pelo menos a adquirente da participação era parte independente das demais. No caso *sub judice*, ao revés, como consignado no item “49” do TVF, supra transcrito, em linha com o quanto exposto neste tópico específico, “os diversos atores que atuam na transação [...], gestor, administrador, vendedor e o FIP Turquesa estão vinculados ao Grupo BTG Pactual. A aquisição da participação na Rede D'Or foi realizada pela fiscalizada, BTGI VI e a própria fiscalizada alega que o real adquirente era o cotista do FIP Turquesa”.

CONCLUSÃO

7. Pelo exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Voluntário apenas para excluir os responsáveis solidários do polo passivo da obrigação tributária. O percentual da multa qualificada será **reduzido** de 150% para 100%, nos termos do inc. VI do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, na redação que lhe deu o art. 8º da Lei nº 14.689, de 2023, nos termos da alínea “c” do inc. II do art. 106 do Código Tributário Nacional.

(assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros