



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 16561.720001/2017-13
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1401-003.082 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de janeiro de 2019
Matéria IRPJ - OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS - ÁGIO
Recorrentes RI HAPPY BRINQUEDOS S/A
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

NULIDADE DO LANÇAMENTO. HIPÓTESES.

Os arts. 59, incisos I e II, e 60 do Decreto 70.235/72 estabelecem que só são nulos os atos lavrados por pessoa/autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

LEGITIMIDADE DO ÁGIO. PARTES INDEPENDENTES. AMORTIZAÇÃO ÁGIO T4U. RESTABELECIMENTO DA DESPESA.

Do ponto de vista negocial - que é o enfoque relevante para fins de verificação da legitimidade de ágio -, mesmo que combinem a estruturação de um negócio, as partes permanecem ocupando pólos de interesses antagônicos, desde que não submetidas a um comando único. Em outras palavras, o fato de as partes interessadas conjuntamente definirem a estruturação do negócio não retira delas o atributo de independência, caso se verifique que não se encontrem submetidas a um único pólo de interesses.

EMPRESA VEÍCULO. COMPRA ALAVANCADA. PROPÓSITO NEGOCIAL.

Na hipótese em que restar evidenciada a presença de outra finalidade - além da economia tributária produzida - que justifica a existência, ainda que efêmera, de sociedade investidora que venha a ser incorporada pela sociedade na qual possuía participação societária adquirida anteriormente com ágio, como no caso da chamada “compra alavancada”, é legítimo o aproveitamento das amortizações do referido ágio pela incorporadora, à luz do que dispõe o inciso III do art. 386 do RIR/99.

ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE. AMORTIZAÇÃO ÁGIO T4U I.

O ágio somente pode ser admitido quando decorrente de transações envolvendo partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos. Nos casos em que seu aparecimento

acontece no bojo de transações entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, configurando geração artificial de resultado cujo registro contábil é inadmissível. Nessa situação, a despesa com a amortização do ágio é indedutível.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.

Constatado que na conduta dos autuados **não** existe a condição prevista nos art.71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, **incabível** a duplicação do percentual da multa de que trata o inciso I do art.44 da Lei nº 9.430/96 (com a nova redação do artigo dada pela Medida Provisória nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. IMPROCEDÊNCIA.

É grande e notória a polêmica nos assuntos tratados nos autos, um tema em constante debate na doutrina especializada, o que me faz crer, **aliado a inexistência de simulação e/ou fraude na operação efetivada**, que a Recorrente, na sua interpretação da legislação tributária/societária, seja por parte de seus administradores, ou pelo seu gestor, entendeu que pudesse praticar os atos já exaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal (**Ágio T4U I**) disposto no art.386 do RIR/99, nada além disso, ao meu sentir, de modo que deve ser **afastada** as pessoas físicas (remanescentes) então arroladas no pólo passivo da autuação como responsáveis solidários.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. LEGITIMIDADE. SÚMULA CARF Nº 108.

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

ESTIMATIVAS RECOLHIDAS A MENOR. MULTA ISOLADA. APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO. MESMA MATERIALIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. POSSIBILIDADE.

Nos casos de lançamento com aplicação de multa de ofício, cumulado com lançamento de multa isolada por não recolhimento das estimativas, cabível a aplicação do princípio da consunção em razão de, decorrendo da aplicação do princípio, a multa aplicada em razão da infração maior (de ofício) absorver a multa relativa à menor infração (isolada) até o limite do valor da multa de ofício lançada. No caso concreto não se aplica o princípio em razão do cancelamento integral da multa de ofício lançada no mesmo exercício.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

LANÇAMENTO REFLEXO. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA..

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido em relação ao Imposto sobre a

Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as alegações de nulidade e de decadência e negar provimento ao recurso de ofício. Acordam ainda, dar provimento parcial ao recurso voluntário (i) por maioria de votos (i.i) no que diz respeito ao mérito da autuação, para afastar a glosa das despesas de amortização do ágio denominado de T4U, vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça que lhe deram provimento integral; (i.ii) relativo à imposição da multa isolada, determinando a exoneração dos valores que não excederem a multa de ofício exigida (aplicação do princípio da consunção), vencidos os Conselheiros Cláudio de Andrade Camerano, Carlos André Soares Nogueira e Luiz Augusto de Souza Gonçalves, que votaram pela tese de negar provimento para manter a multa isolada. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva e Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin; (ii) por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para afastar a qualificação da multa de ofício; (iii) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso no tocante aos juros sobre a multa de ofício. Acordam também, por unanimidade de votos, dar provimento aos recursos dos apontados como responsáveis solidários pelo crédito tributário. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

(assinado digitalmente)

Abel Nunes de Oliveira Neto - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Abel Nunes de Oliveira Neto, Cláudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga, Carlos André Soares Nogueira e Mauritânea Elvira de Sousa Mendonça.

Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - **IRPJ**, que exige da Interessada o recolhimento da importância de **R\$ 29.411.282,74**, acrescida de multa de ofício de **150%**, prevista no art. 44, §1º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, em a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, e de juros de mora, relativamente a fato geradores ocorridos em 31/12/2012, 31/12/2013 e

31/12/2014 (Lucro Real Anual), além da importância de **R\$ 13.672.456,47** a título de **Multa Exigida Isoladamente**.

Segundo consta no Auto de Infração, o lançamento fiscal foi efetuado em face de:

AMORTIZAÇÃO

INFRAÇÃO: VALORES NÃO AMORTIZÁVEIS

Amortização indedutível em função da natureza do bem ou da despesa, que não é amortizável, conforme relatório fiscal em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2012	43.729.585,71	150,00
31/12/2013	66.919.701,48	150,00
31/12/2014	81.498.254,04	150,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2012 e 31/12/2014:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 249, inciso I, 251, 299, 324, parágrafos 2 e 4, e 325 do RIR/99, arts. 135 e 149 do CTN, arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 c/c art. 44 da Lei 9.430/96.

MULTA OU JUROS ISOLADOS

INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA

[...]

Em decorrência deste lançamento, foi ainda lavrado o Auto de Infração a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – **CSLL**, para os mesmos fatos geradores, na importância de **R\$ 8.571.325,63**, acrescida da multa de ofício de **150%** e de juros de mora à época do pagamento, além da importância de **R\$ 4.889.163,01** a título de **Multa Exigida Isoladamente**.

Nos Autos de Infração constam como **DEMAIS SUJEITOS PASSIVOS**, figurando no pólo passivo como *responsáveis solidários de direito*, as pessoas físicas de Juan Carlos Felix Estupinam, Hector Nunez, Antonio Jose Barbosa Guimarães e Maria Cecilia do Nascimento. Segundo consta no **TVF**, estas pessoas ocupavam cargos de Presidente do Conselho Administrativo, Diretor-Presidente da RI HAPPY, Diretor Financeiro e Diretora sem finalidade específica (sic), respectivamente.

Antes de adentrarmos na situação vislumbrada pela autoridade autuante, de que a Fiscalizada teria cometido uma infração à legislação tributária, com utilização de institutos de direito societário (incorporação), oportuno, para uma melhor compreensão do ocorrido, identificarmos as pessoas jurídicas que são citadas no Termo de Verificação Fiscal (**TVF**), bem como o papel que tiveram nas operações.

Primeiramente, trataremos de apresentar as empresas citadas na situação que o Termo Fiscal trata por **Ágio T4U**.

EMPRESAS	OBSERVAÇÕES / FATOS
RI HAPPY BRINQUEDOS LTDA (RECORRENTE)	como sócios controladores as pessoas físicas Ricardo Sayon e Roberto Salim Baba, cada um com 42,50% das ações
T4U PARTICIPAÇÕES S/A (T4U)	assim denominada em 07/11/2011 (transformação da empresa Berkshire Part. Ltda.) com novos sócios: Fundo Brasil de Internacionalização de Empresas Fundo de Investimento e Participações (FUNDO BRASIL) e CTS Fundo de Investimento em Participações (CTS)
CRV Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A (CRV), atual SANTANDER Securities Services Brasil Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A (SANTANDER)	empresa administradora dos fundos de investimentos, FUNDO BRASIL e CTS (controladores da T4U)
TCG GESTOR LTDA.	empresa afiliada ao Grupo Carlyle e gestora dos fundos de investimentos controladores da T4U

De se reproduzir excertos do **Termo de Verificação Fiscal**:

3. DAS OPERAÇÕES DE REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA E DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO "T4U"

Em 09/11/2011, a empresa T4U adquiriu a RI HAPPY, conforme “Contrato de compra e venda de participações societárias e outras avenças” assinado pelas partes (fls. 404 a 467). A RI HAPPY, por sua vez, tinha sob seu controle outras empresas (PARTOUT, ANDRESA, BRINCAR, CRIALOG e NEW TOYS), cujo controle passou, portanto, à T4U, efetivamente, em 28/02/2012 (em função da cláusula 3.1. “Fechamento”, do contrato).

Analizando-se a planilha de pagamentos dos valores da aquisição (fl. 641), pudemos verificar que a aquisição foi realizada mediante um sinal e posteriores parcelas semestrais.

[...]

No entanto, a empresa T4U não possuía o capital necessário para a aquisição. Esta recebeu aportes de capital das empresas sócias, conforme se pode verificar dos livros Razão da empresa,

em 2011 e 2012 (Planilha “Passivo T4U AC 2011” em “Contabilidade T4U” à fl. 1392):

[...]

Em 27/06/2012, a T4U foi incorporada pela RI HAPPY, num processo de incorporação reversa (vide organograma III no tópico 2.3 “Reconstituição dos Fatos”). Assim, esta última assumiu a dívida da compra dela mesma. Os ex-sócios da T4U passaram a ser os novos sócios da RI HAPPY. Os aportes de capital que antes estavam sendo efetuados na T4U, passaram a ser efetuados diretamente na RI HAPPY.

Tendo em vista que a empresa gestora dos fundos CTS e FUNDO BRASIL era o Grupo Carlyle, segundo o relatório do CADE anexado a este processo (fls. 906 a 978) e esclarecimentos da empresa quanto ao assunto (Termo de Intimação nº 11 às fls. 904 e 905 e Resposta da empresa à fl. 984), pode-se inferir que o capital subscrito nos mesmos teve origem no exterior.

3.1. DOS PRESSUPOSTOS PARA A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO, NOS MOLDES DO ART.386 DO RIR/99

Neste tópico, a autoridade autuante comenta e descreve a legislação tributária (arts.385, 386 e 391 do RIR/99) acerca do surgimento de ágio, sua amortização contábil e possibilidade de dedutibilidade - alienação e institutos jurídicos de incorporação, cisão e fusão -, além de excertos doutrinários, onde arremata:

Assim, de acordo com os dispositivos legais citados, uma condição obrigatória para a garantia da dedutibilidade fiscal da amortização do ágio registrado em uma pessoa jurídica é o “encontro” da participação societária adquirida e do ágio pago por tal participação em um mesmo patrimônio (“confusão patrimonial”).

Destarte, para gozar da dedutibilidade preconizada no artigo 386 do RIR/99, não basta a pessoa jurídica, por exemplo, simplesmente incorporar uma controlada na qual detenha participação societária com ágio. Entre as condições e requisitos previstos, deve essa pessoa jurídica ter efetivamente suportado o ágio por ele registrado, ou seja, o ágio deve existir, deve ter propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua origem; deve também esse ágio ter como fundamento econômico a rentabilidade futura da controlada; o laudo que atesta esse fundamento econômico deve estar arquivado como comprovante da escrituração do ágio; por fim, a sua amortização deverá obedecer ao mínimo de 1/60 para cada mês do período de apuração, sem prejuízo da demonstração de que houve a “extinção do investimento”, conforme exposto anteriormente.

[...]

3.2. DA AUSÊNCIA DE "CONFUSÃO PATRIMONIAL" COMO PRESSUPOSTO

O ágio registrado pela RI HAPPY com a incorporação da empresa T4U não pode ser considerado dedutível para fins de

apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL nos termos do artigo 386 do RIR/99, o qual repete os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. O ágio amortizado não observa as condições e requisitos impostos pela legislação para o gozo do aludido benefício fiscal.

Dentre os aspectos que impedem o ágio registrado pela RI HAPPY de ser dedutível, cita-se a ausência do encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem.

[...]

Assim, em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado seja dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento. O ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.

De acordo com a previsão legal, qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da operação societária não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99. O ágio pode até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Retornando ao caso ora em análise, destaca-se que ele não cumpre o requisito aqui definido como necessário ao gozo do benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99. Com a incorporação da T4U pela RI HAPPY, não houve o encontro num mesmo patrimônio, do ágio pago pelas empresas FUNDO BRASIL ou CTS com as próprias empresas FUNDO BRASIL ou CTS. Quem efetivamente adquiriu a RI HAPPY não a incorporou.

Na situação estudada, nenhuma das empresas participantes da operação societária arcou de fato com o ágio pago na aquisição das referidas quotas. Não houve “confusão patrimonial” da “mais valia” com o investimento que lhe deu causa.

A fim de demonstrar a ausência de “confusão patrimonial” entre o ágio criado quando da aquisição da participação societária da RI HAPPY e o patrimônio dessa mesma empresa quando da incorporação da T4U, destacar-se-ão dois pontos: a um, quem de fato arcou com o pagamento do ágio da participação societária da RI HAPPY foram as empresas FUNDO BRASIL e CTS, empresas de fundo de participação; a dois, mesmo com a transferência do referido ágio para a T4U, essa “mais valia” nunca saiu do patrimônio de seus adquirentes originários, as empresas FUNDO BRASIL e CTS.

[...]

Corroboram estas conclusões, as informações fornecidas em caráter de diligência efetuada junto à empresa administradora dos fundos, SANTANDER, que apresentou a abertura da conta “Investimentos”, dos balanços das empresas FUNDO BRASIL e CTS (fls. 1334 e 1335):

[...]

Das tabelas acima, podemos observar claramente que não houve qualquer alteração nos valores dos investimentos que as empresas CTS e FUNDO BRASIL dispunham na investida RI HAPPY, nos anos 2012 e 2013. As operações de aquisição do grupo pela T4U e sua posterior incorporação, ocorreram no AC 2012, conforme os organogramas inicialmente apresentados. Mas os valores dos investimentos permaneceram incólumes nos fundos.

Inobstante todo o exposto, há que se observar que o capital aplicado na empresa T4U, para a aquisição da empresa, na verdade, teve sua origem no exterior, tendo em vista que os fundos de participação FUNDO BRASIL e CTS são geridos pelo Grupo Carlyle, grupo este estrangeiro com forte atuação no mercado nacional, como se pode depreender do relatório CADE anexado a este processo (fls. 906 a 978). Mesmo após a operação de incorporação aqui analisada, não houve qualquer extinção do investimento e o Grupo Carlyle manteve-se como investidor indireto do grupo Ri Happy, mediante os fundos de participação supracitados, como pôde ser anteriormente comprovado no tópico 3.

3.3. DA IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DO ÁGIO

Quanto ao propósito negocial que deu origem ao ágio, como consta do ato de concentração CADE nº 08012.010376.2011-66 (fls. 906 a 978), a aquisição da participação societária do grupo RI HAPPY decorreu do intuito do grupo CARLYLE de ampliar sua participação, ingressando no mercado de brinquedos.

Desta feita, com base nas informações prestadas pelo contribuinte, tem-se que o propósito negocial do ágio decorrente da compra da participação societária do grupo RI HAPPY se constituiu no grande interesse do grupo CARLYLE de expandir suas atividades no Brasil por meio da aquisição de empresas fabricantes e comerciais no ramo de brinquedos. O interesse no patrimônio tangível e intangível destas empresas teria justificado, assim, o pagamento da “mais valia” pelo grupo CARLYLE. Estas informações podem ser confirmadas também mediante o Laudo elaborado pela Deloitte em 20/06/2012, segundo o qual foram quantificados os valores reais da empresa e aqueles referentes à expectativa de rentabilidade futura da empresa RI HAPPY (fls. 327 a 363).

Acerca do substrato econômico do ágio, esse aspecto é ainda mais inegável. A transferência de riquezas que deu origem ao ágio relacionado à participação sobre as empresas de brinquedos ocorreu de fato entre as empresas do grupo

CARLYLE no Brasil (FUNDO BRASIL e CTS) e os antigos sócios da RI HAPPY.

Com isso, mostra-se que o ágio registrado pela RI HAPPY com a incorporação da T4U apresenta seus fundamentos de existência, validade e eficácia relacionados intrinsecamente à operação societária realizada pelas empresas FUNDO BRASIL e CTS quando da aquisição da participação societária da RI HAPPY. Foram as empresas de fundo de participação que tiveram um propósito negocial ao pagamento do ágio, e quem de fato despenderam riquezas para a sua aquisição.

Da criação desse ágio não participaram em nenhum momento, nenhuma das empresas envolvidas na operação societária que deu ensejo à dedução de sua amortização. Nem a RI HAPPY, nem a T4U arcaram de fato com o pagamento da “mais valia” registrada, assim como sequer possuíam propósito negocial ao seu registro.

Desta feita, ante os pontos aqui expostos, demonstra-se que o ágio registrado na RI HAPPY com a incorporação da T4U não se encaixa no benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99, pois, em face dessa incorporação, não há a “confusão patrimonial” entre o ágio pago na aquisição de um investimento e esse próprio investimento.

Nesse diapasão, destaca-se que a única possibilidade de o ágio decorrente da aquisição da participação societária da RI HAPPY ser dedutível ocorreria caso essa “mais valia” encontrasse a própria RI HAPPY. E como poderia ocorrer essa possibilidade? Caso as empresas FUNDO BRASIL e CTS tivessem incorporado a RI HAPPY.

O encontro patrimonial proporcionado pela incorporação da T4U pela RI HAPPY ocorreu apenas entre as quotas da RI HAPPY e o “reflexo contábil” do ágio pago sobre essa participação societária pelas empresas FUNDO BRASIL e CTS. A participação societária que a T4U possuía em face do ágio (pago originalmente pelas FUNDO BRASIL e CTS.) decorrente da RI HAPPY foi extinta com a incorporação realizada. Contudo, lá no patrimônio das empresas FUNDO BRASIL e CTS, esse mesmo ágio permaneceu intocável, travestido na participação societária da T4U. Ora, não havendo a extinção do investimento, não há que se falar em dedução da despesa da amortização do ágio pago na sua aquisição!!

[...]

No caso concreto, como o ágio pago sobre as quotas da RI HAPPY nunca saiu do patrimônio das empresas FUNDO BRASIL e CTS (ágio real), mesmo após a amortização do “reflexo contábil” desse ágio pela RI HAPPY após a incorporação da T4U, nada impediria que esse “ágio real” fosse posteriormente amortizado por FUNDO BRASIL ou CTS., por exemplo, com a eventual incorporação da RI HAPPY pelas mesmas.

3.4. DAS OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA E DA INCORPORAÇÃO REVERSA

[...]

Na situação examinada, nenhum evento externo ocorreu que justificasse a sequência de operações em espaço de tempo tão exíguo. A ponto de, por exemplo, todas as ações citadas se passarem entre agosto de 2011 e junho de 2012, menos de um ano, portanto.

A premência com que as operações foram realizadas já denotava que elas faziam parte de uma sequência de etapas, encadeadas com as anteriores e a depender das posteriores, visando à busca de um fim determinado, pois nenhum evento externo a coagir ou exercer pressão sobre a interessada ocorreu que justificasse a velocidade com que as operações foram realizadas.

Fixando-se na natureza do método por meio do qual os fatos efetivamente ocorreram, o que encontramos?

Uma operação que tinha por fim, declaradamente, adquirir novas empresas ao grupo CARLYLE, mas que visava atingir determinados resultados ocultos. Um mero mecanismo pelo qual se aproveitou de uma reestruturação societária, como disfarce para se encobrir um objetivo real, objeto do qual fora a realização de um plano preconcebido, e não simplesmente a reorganização de uma empresa.

Sustentar-se de outro modo seria uma exaltação ao artifício em desfavor da realidade.

3.5. DA AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL NA REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA EM SI E DA EMPRESA VEÍCULO

Na reestruturação societária em epígrafe, do modo como foi conduzida, surge uma questão que não quer calar.

Se o objetivo do grupo CARLYLE e de seus fundos de investimento no Brasil era adquirir o grupo RI HAPPY e, por conseguinte, o controle das empresas fabricantes de brinquedos, por que não o fizeram diretamente, pagando os valores diretamente aos antigos sócios da RI HAPPY? Por que se utilizar da empresa T4U para efetuar a transação?

A resposta é basicamente simples. Se tivessem feito diretamente a transação, não teriam como gozar da amortização do vultoso ágio pago na operação, tendo em vista que este último seria alocado na contabilidade das empresas FUNDO BRASIL e CTS, os fundos de investimento que faziam a ponte entre o grupo CARLYLE no exterior e o grupo RI HAPPY.

Assim, o caminho para poder fazê-lo seria mediante a utilização de uma empresa “veículo”, a empresa T4U, que, ao receber o repasse do ágio pago na transação, seria incorporada pela adquirida, de modo que esta, em tese, usufrísse do benefício. No entanto, o procedimento adotado pela RI HAPPY não atende as

regras restritivas à amortização do ágio, nos moldes do art. 386 do RIR/99, anteriormente tratadas.

Nesse ponto, surge a questão da caracterização da empresa T4U como empresa “veículo”.

[...]

No caso em epígrafe, segundo sua “Ficha Cadastral” (à fl. 1397), a empresa “Berkshire Participações Ltda.” foi criada em 18/08/2011 na cidade de São Paulo, capital, e tinha como sócios, Alexandra Furlaneti de Medeiros e Olavo Lira Barbosa, com R\$ 50,00 de capital social da Sociedade, cada um. Ela foi transformada na empresa T4U, em 07/11/2011, conforme a alteração de contrato social às fls. 1236 a 1265). Os sócios iniciais foram substituídos inicialmente pela empresa FUNDO BRASIL. Em 23/11/2011, a empresa CTS ingressou como sócia da empresa (fls. 1266 a 1272). Os fundos de participação efetuaram os expressivos aportes de capital, para a aquisição do grupo RI HAPPY. Quatro meses após a compra, ocorreu sua dissolução, tendo sido a mesma incorporada pela adquirida. [destaque é do original]

Como se pode ver pelas declarações DIPJ da T4U (anexadas na pasta “Outras DIPJs” à fl. 1398), segundo seu CNAE, a atividade da empresa era “Outras sociedades de participação, exceto holdings”. Não há quaisquer custos de produção, nem receitas de vendas e estoques, nem custos com empregados, nem encargos sociais (sem atividades operacionais) em toda a sua breve existência (DIPJs dos ACs 2011 e 2012). Os únicos valores significativos são aqueles relativos aos aportes de capital feitos pela empresa, a partir dos fundos, para a aquisição do grupo RI HAPPY. No presente caso, a única função da empresa T4U foi servir de veículo para a criação do ágio e posterior dedução dos encargos de amortização.

[...]

Ademais, não poderíamos deixar de observar, no caso em tela, a ocorrência da operação denominada “incorporação às avessas”, juntamente com o procedimento de transferência do ágio já descrita em tópico anterior. De fato, anteriormente à incorporação, as empresas FUNDO BRASIL e CTS teriam transferido o ágio suportados por eles à T4U, que, em tese, teria passado a ser o sujeito jurídico titular da participação societária. Com a incorporação da T4U, teria ocorrido nova transferência do ágio, desta vez à controlada, que agora passou a integrá-la, ágio este estranhamente resultante da aquisição desta mesma controlada. E inobstante tal fato, as empresas FUNDO BRASIL e CTS, como visto anteriormente, ainda continuaram a ser titulares deste mesmo ágio.

[...]

Por todos esses fatores, não há como negar à T4U, o título de empresa “veículo” nas operações sob exame.

Tendo em vista que a T4U pertencia inicialmente ao grupo CARLYLE, não há como deixarmos de ressaltar a responsabilidade solidária que o grupo exerceu no procedimento como um todo. Sem dúvida, não há como negar a participação direta das empresas FUNDO BRASIL e CTS nas ações que tinham um fim específico, qual seja, a de amortizar o vultoso ágio pago na aquisição do grupo RI HAPPY.

Agora, trataremos de apresentar as empresas citadas na outra situação, que o Termo Fiscal trata por **Ágio T4U I**.

EMPRESAS	OBSERVAÇÕES / FATOS
RI HAPPY BRINQUEDOS LTDA (RECORRENTE)	agora com os sócios controladores FUNDO BRASIL e CTS
T4U I PARTICIPAÇÕES S/A (T4U I)	assim denominada em 24/08/2012 (transformação da empresa Shilo Part. Ltda.) com novos sócios: RHPBK Coinvestimento - Fundo de Investimento em Participações e Hector Nuñez
GR 5 Fundo de Investimento em Participações	Fundo com participação de 15% da RI HAPPY
CRV Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A (CRV), atual SANTANDER Securities Services Brasil Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A (SANTANDER)	empresa administradora de RHPBK Coinvestimento - Fundo de Investimento em Participações (controladora da T4U I)
TCG GESTOR LTDA.	empresa afiliada ao Grupo Carlyle e gestora do fundo de investimento controlador da T4U I

De se reproduzir excertos do **Termo de Verificação Fiscal**:

No tópico **4. DAS OPERAÇÕES DE REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA E DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO "T4U I"**, tem-se, então, o relato de que a **T4U I** adquiriu, em 27/08/2012, uma participação societária na RI HAPPY, correspondente a 27,09% de seu patrimônio, tendo havido um ágio no valor de R\$ 95.423.252,92 (demonstrativo a fl.1156).

Posteriormente, a **T4U I** foi incorporada, em 27/11/2013, pela RI HAPPY, passando a amortizar o ágio a partir de dezembro, de 2013 (planilha de amortizações às fl.614).

No tópico **4.1. DA DIMINUIÇÃO DO VALOR DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO ANTES DA INCORPORAÇÃO DA T4U I**, procura demonstrar a autoridade lançadora que teria havido uma diminuição indevida do PL da RI HAPPY antes da primeira incorporação, situação que teria contribuído na geração de um ágio artificial. Deixo aqui de relatoriar seus motivos, em função do que será comentado no Voto.

No tópico **4.2. DA AUSÊNCIA DE INDEPENDÊNCIA ENTRE AS PARTES ENVOLVIDAS E DO "ÁGIO DE SI MESMO"**, procura demonstrar a autoridade lançadora que não teria havido independência entre as partes na transação da aquisição parcial da RI HAPPY, pois o Grupo Carlyle era o gestor dos fundos envolvidos na transação: RHPBK (controladora da T4U I) e FUNDO BRASIL e CTS (controladores da RY HAPPY).

Conforme relato fiscal:

No contexto geral, não houve, portanto, decisão independente pela aquisição parcial da RI HAPPY e posterior incorporação da empresa adquirente T4U I pela adquirida RI HAPPY, com sobrepreço patrimonial, que indicasse propósito negocial.

[...]

No caso em tela, não houve, na verdade, desembolso de valores na criação do ágio. O grupo CARLYLE, mediante as empresas RHPBK, FUNDO BRASIL e CTS continuaram a ser as controladoras do grupo RI HAPPY antes e após a incorporação da T4U I. O grupo RI HAPPY, por seu turno, após as operações societárias, permaneceu sendo controlado pelas empresas RHPBK, FUNDO BRASIL e CTS. A situação patrimonial de todas as empresas permaneceu inalterada, salvo que em decorrência da incorporação, o ágio do investimento foi transferido para o Ativo Intangível da empresa RI HAPPY, e a sua amortização passou a ser deduzida do lucro tributável. O instituto do ágio resta desfigurado, pois este pressupõe efetivo pagamento a maior na aquisição de bens. O ágio meramente escritural, como se vê da incorporação da T4U I pela RI HAPPY, considerando a falta de efetivo pagamento, distorce a figura. Arguir que a legislação fiscal prevê essa dedução, como de fato prevê, é interpretá-la sem atentar para o verdadeiro espírito da lei, qual seja, para toda dedução há que corresponder o efetivo desembolso, sem o que não deve ser aceita. Admitir-se a dedução deste suposto ágio seria admitir que qualquer empresa que tivesse adquirido ações de outra, poderia, a qualquer tempo, reavaliar a empresa investida, constituir nova empresa mediante conferência de ações e, ato contínuo, incorporá-la, aproveitando o ágio dela mesmo.

No tópico **4.3. DAS OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA, DA AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL E DA UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO**, procura demonstrar a autoridade lançadora que a sequência de etapas, constituição da RHPBK (controladora da T4U I), aquisição da participação societária na RY HAPPY e depois a incorporação da T4U I (empresa veículo) não passou de atos engendrados com uma única finalidade de criar um ágio artificial, sem propósito negocial.

Conforme relato fiscal:

Como se pode verificar pelas declarações DIPJ da T4U I (pasta “Outras DIPJs” anexada à fl. 1398), segundo seu CNAE, a atividade da empresa era “Atividades de intermediação e agenciamento de negócios em geral, exceto imobiliários”. Não há quaisquer custos de produção, nem receitas de vendas e estoques, nem custos com empregados, nem encargos sociais (sem atividades operacionais) em toda a sua breve existência (DIPJs dos ACs 2012 e 2013). Os únicos valores significativos são aqueles relativos ao aporte de capital feito pela empresa RHPBK, para a aquisição do grupo RI HAPPY. No presente caso, a única função da empresa T4U I foi servir de veículo para a criação do ágio e posterior dedução dos encargos de amortização.

Não se nega aos agentes econômicos a possibilidade de organizar seus negócios da maneira que lhe aprouver. São, pois, duas questões distintas. A primeira diz respeito, em princípio, à liberdade de organização do ato privado. A segunda, afeita às repercussões tributárias, pelo que se situam no âmbito do ato público.

De todo o exposto, infere-se, portanto, que não é aceitável a reavaliação de si mesmo com base em rentabilidade futura, sem que haja, efetivamente, independência entre as partes na operação em que o ágio foi gerado.

5. DA GLOSA DOS VALORES

A RI HAPPY passou a amortizar os ágios referentes a T4U e a T4U I, a partir de 2012 e 2013, respectivamente, lançando as amortizações como despesas excludentes das bases de cálculo do IRPJ e CSLL. (fls. 364 a 368; fl. 529; fl. 614; “Demonstrativos Ri Happy” à fl. 1391; “FCNTs Ri Happy à fl. 1389 e “ECFs AC 2014” à fl. 116).

[...]

Por todo o exposto, neste e nos tópicos anteriores, não cabem as reduções da base de cálculo tributável do IRPJ e da CSLL, pelas despesas de amortização:

a. do ágio “T4U”, visto que a utilização da via indireta (constituição de empresa veículo) teve como único objetivo contornar a restrição da legislação tributária para operacionalizar a amortização do ágio, buscando, assim, os benefícios de se pagar menos tributos.

b. do ágio “T4U I”, visto que o ágio é inexistente, tendo em vista o quanto exposto nos tópicos anteriores quanto à diminuição do PL e “ágio de si mesmo”, com os mesmos objetivos de se utilizar indevidamente de benefício fiscal.

Esta Fiscalização procedeu, portanto, à glosa destas amortizações nos anos fiscalizados, das bases de cálculo do IRPJ e CSLL, mediante o TDPF em pauta (ACs 2012, 2013 e 2014).

Segundo as DIPJs dos ACs 2012 e 2013 (fls. 2 a 59 e fls. 1029 a 1086, respectivamente), a ECF do AC 2014 (fl. 116), os Livros

de Apuração do Lucro Real dos ACs 2012 e 2013 (fls. 233 a 289 e 993 a 1022, respectivamente) e “Planilha Amortização” (fl. 614) , tivemos os seguintes valores deduzidos indevidamente (para 2012, 2013 e 2014) e glosados por esta Fiscalização:

ÁGIO "T4U":

ACS	2012 (R\$)	2013 (R\$)	2014 (R\$)
Valores Glosados	43.729.585,71	65.594.378,52	65.594.378,52

ÁGIO "T4U I":

ACS	2013 (R\$)	2014 (R\$)
Valores Glosados	1.325.322,96	15.903.875,52

TOTAIS:

ACS	2012 (R\$)	2013 (R\$)	2014 (R\$)
Valores Glosados	43.729.585,71	66.919.701,48	81.498.254,04

6. DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

Do procedimento fiscalizatório como um todo, relatamos aqui que houve dificuldades para conseguir associar o grupo CARLYLE em sua aquisição do grupo RI HAPPY. Isto pode ser observado nos documentos entregues quando do início do procedimento fiscal ou de suas respostas iniciais (organogramas apresentados, relatórios, etc.).

Somente a partir do relatório do CADE, obtido pela Fiscalização em suas pesquisas próprias, sem o auxílio da fiscalizada, relatório este que mencionava o interesse do CARLYLE no ingresso no ramo de brinquedos, é que se pôde ser desvendado quem estava por detrás da aquisição do grupo RI HAPPY.

Foi também necessário abrir uma diligência fiscal junto à empresa SANTANDER, antiga CRV, administradora dos fundos

de participação, fundos estes que, a princípio e “aparentemente” eram os adquirentes do grupo.

E por que todo este receio de que as informações do grupo CARLYLE viessem à tona?

Exatamente para que não ficassem às claras as operações de reestruturação societária, tais como foram identificadas: no tocante ao primeiro ágio, que a fonte dos recursos para a aquisição do grupo teve origem externa e que, portanto, não houve confusão patrimonial, sendo sua amortização indevida; no caso do segundo ágio, que a operação realizada havia sido intragrupo.

Obstáculos tiveram de ser vencidos para que a Fiscalização pudesse, finalmente, compreender, com maiores detalhes, como foram efetuadas as reestruturações societárias em epígrafe.

E o que se pôde inferir de todo o exposto, é que o contribuinte buscou, de certa forma, caminhos para que esta Fiscalização não pudesse chegar ao âmago dos detalhes das reorganizações societárias em si.

Qual a razão disto?

Não outra que a de tentar ocultar as constatações da ação fiscal, seja com relação à ausência de confusão patrimonial no caso do primeiro ágio e da inexistência do segundo, por se tratar de operações intragrupo.

A fundamentação legal da multa qualificada encontra-se no art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que menciona intuito de fraude em sua redação original e que, na atual, limita-se a remeter aos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, e que têm a seguinte redação:

[...]

A utilização de empresas veículo, quando da aquisição do grupo RI HAPPY, posterior transferência de ágio e criação de ágio “intragrupo” geraram o entendimento e a convicção de que, nos casos analisados, teria havido simulações.

O objetivo da primeira reorganização societária em si era a aquisição do grupo RI HAPPY. Mas sob esse manto, repousava uma operação engendrada que não apresentava propósito negocial e que somente tinha alguma justificativa, se observarmos que a mesma conduziria a um caminho para poder, de modo artificial, aproveitar-se de benefício fiscal, qual seja, a dedutibilidade de despesas de amortização de ágio.

A segunda reorganização societária pode ser enquadrada na mesma situação acima. A aquisição parcial do grupo RI HAPPY pela veículo T4U I não teve outro objetivo senão a de criar um ágio intragrupo para, indevidamente, num segundo momento, amortizar este ágio criado de modo irregular, com o intuito de reduzir tributos.

[...]

7. DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Destarte, no presente lançamento fiscal, justifica-se a atribuição da responsabilidade tributária solidária com fundamento no artigo 135, III, do CTN, in verbis:

“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;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito

privado.”

É aplicável ao caso, o artigo 135, III, do CTN em face dos diretores e conselheiros da fiscalizada serem responsáveis por atos praticados com infração de lei ou excesso de poderes porquanto criaram condições artificiais para justificar as amortizações indevidas pela interessada, de ágios que não poderiam ser amortizados.

O ato ilícito ensejador da responsabilidade tributária do administrador pode ser tanto culposo quanto doloso, mas tanto um quanto outro satisfaz a hipótese do artigo 135 do CTN. Sobre o assunto, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no Parecer PGFN/CRJ/CAT nº55/2009 assim se manifestou:

“59. A respeito da necessidade de presença de ato doloso por parte do administrador ou da suficiência da presença de culpa, deve-se observar que, ao contrário do que defende parte da doutrina, a jurisprudência maciça do STJ exige tão-só a presença de ‘infração de lei’ (= ato ilícito), a qual, pela teoria geral do Direito, pode ser tanto decorrente de ato culposo como de ato doloso (não obstante alguns poucos acórdãos referirem expressamente à necessidade de prova do dolo, em contraposição à imensa maioria que exige somente a culpa). Logo, se a lei e a jurisprudência não separaram as hipóteses de culpa em sentido estrito e dolo, tanto um quanto outro elemento subjetivo satisfaz a hipótese do art. 135 do CTN. Em verdade, o Direito Tributário preocupa-se com a externalização de atos e fatos, não possuindo espaço para a persecução do dolo; basta a culpa.”

[...]

Assim, sem prejuízo das consequências atinentes à esfera penal, impõe-se a responsabilização de diretores e do Presidente do Conselho Administrativo que participaram das transações, à época dos fatos geradores. Em decorrência dos cargos que

ocupavam, essas pessoas possuíam relevantes poderes administrativos (e decisórios) sobre atos praticados em nome da empresa, incluído o artifício doloso, demonstrado por esta fiscalização, para redução dos tributos devidos através da amortização de despesas com ágio.

Pelo exposto, foram lavrados os Termos de Sujeição Passiva Solidária para os seguintes contribuintes, com base no art. 135, III do CTN:

a. Juan Carlos Felix Estupinan, equatoriano, economista, com domicílio à Rua Armando Petrella, 431, bloco 8, apto. 12 – Jardim Panorama – São Paulo - SP, portador da Cédula de Identidade para Estrangeiros RNE nº V341022-P, inscrito no CPF/MF sob o nº 228.571.718-03, eleito Presidente do Conselho Administrativo, conforme Alteração Contratual datada de 28/02/2012, registrada na JUCESP, sob o nº 0.250.843/12-2 (às fls. 176 e 177).

b. Hector Nuñez, norte-americano, administrador, com domicílio à Rua Campo Verde, 105, casa 8 – Jardim América – São Paulo - SP, portador da Cédula de Identidade para Estrangeiros RNE nº V143568-M, inscrito no CPF nº 249.498.638-94, eleito Diretor-Presidente da RI HAPPY, conforme Ata da AGE, de 28/02/2012, registrada na Jucesp, sob o nº 0.250.843/12-2 (à fl. 213).

c. Antonio José Barbosa Guimarães, brasileiro, contador, com domicílio à Al.Copenhague, 345, Residencial Zero – Alphaville – Barueri - SP, portador do RG nº 1.090.784-SSP/PE, inscrito no CPF/MF sob o nº 080.306.344-04, eleito Diretor Financeiro, conforme Ata da AGE, de 28/06/2012, registrada na Jucesp, sob o nº 0.796.744/12-9 (doc às fls.1395 e 1396).

d. Maria Cecília do Nascimento, brasileira, com domicílio à Rua Doutor Sodré, 232 – apto. 134 – Vila Nova Conceição – São Paulo - SP, portadora do RG nº 15.483.670-9, inscrito no CPF/MF sob o nº 022.871.018-96, eleita Diretora sem finalidade específica, conforme Alteração Contratual datada de 28/02/2012, registrada na JUCESP, sob o nº 0.250.843/12-2 (à fl. 213).

O sr. Juan Carlos Felix Estupinan figura, outrossim, como Diretor Presidente da empresa T4U que adquiriu a RI HAPPY e que foi posteriormente incorporada pela mesma (pasta “Fichas Cadastrais Jucesp” à fl. 1397) Ele era o representante da T4U, como se pode ver da ata da AGE da RI HAPPY, de 27/06/2012 e protocolo de incorporação (fls. 294 a 307), enquanto o sr. Hector Nuñez aparecia como responsável pela RI HAPPY. O sr. Hector Nuñez aparece também como representante da empresa T4U I em várias atas de AGEs da mesma (fls.1096 a 1125).

Os demais administradores relacionados acima eram representantes maiores da RI HAPPY à época da ocorrência dos fatos que culminaram no surgimento do segundo ágio tratado (T4U I), em 27/08/2012.

Cumpre complementar que foram apontadas acima as responsabilidades pelas operações atinentes à utilização das

empresas veículo T4U e T4U I nas reorganizações societárias. Subentendem-se, em paralelo, aquelas pertinentes aos correspondentes lançamentos contábeis derivados destas operações, que suscitaram as amortizações indevidas dos ágios correspondentes.

[...]

Ressalte-se que a qualificação da multa proporcional foi realizada pela autoridade fiscal em função da identificação e comprovação da ocorrência de fraude fiscal, nos termos do art.72 da Lei nº 4.502, de 1964.

[...]

Sonegação e fraude puníveis são condutas, e não genericamente quaisquer situações jurídicas. São sempre uma “ação” ou “omissão” perpetradas por ser humano, seja em relação ao sujeito passivo pessoa física, seja em relação ao sujeito passivo pessoa jurídica. Isto é, apenas existe sonegação ou fraude qualificadoras se houver uma conduta humana (ação ou omissão). Quem realiza a conduta dolosa em relação ao IRPJ é o administrador/gestor da pessoa jurídica.

Por esta forma, resta evidenciado o nexo de causalidade da participação dos diretores e conselheiros da fiscalizada, mediante atuação concorrente dos mesmos para a prática dos injustos tributários que deram causa aos prejuízos adstritos ao erário público. Assim sendo, impõe-se a qualificação destes diretores na condição de responsáveis solidários da obrigação principal, nos termos do art. 135, inciso III do CTN.

8. DAS MULTAS ISOLADAS

8.1 DA MULTA ISOLADA POR INSUFICIÊNCIA DE PAGAMENTO NA ESTIMATIVA DO IRPJ/CSLL

Neste item discorre sobre a legislação e aplicação cumulativa das multas isolada e de ofício, com transcrição do art.2º e art.44 da Lei 9.430/96, este com a nova redação dada pelo art.14 da Lei 11.488/07, dos arts.220, 221, 222, 223, 230, apresentando o demonstrativo de apuração da Multa Isolada.

DAS IMPUGNAÇÕES

DA RI HAPPY BRINQUEDOS S/A

Fazendo-se um breve resumo das alegações, e seguindo a ordem dos assuntos trazidos na Impugnação, tem-se que no item **I. PRELIMINARES**, foi alegado **nulidade** dos lançamentos por (a) falta de capitulação legal precisa, (b) erro na determinação da Multa Isolada de 50% e (c) decadência parcial de constituir crédito referente ao mês de janeiro de 2012.

Em seguida, a Impugnante descreve o procedimento da fiscalização que teria culminado com a glosa da amortização do ágio gerado na aquisição realizada pela **T4U**.

(A) Aquisição de Participação Societária na Requerente pela T4U

No item **III. OS FATOS - (A) Aquisição de Participação Societária na Requerente pela T4U**, destaca a importância da aquisição, das intensas negociações em negócios deste porte, onde as partes (T4U e os sócios controladores da Recorrente) assinaram, em 09/11/2011, o *Contrato de Compra e Venda de Participações Societárias e Outras Avenças*.

Que, além dos valores pagos no fechamento do Contrato, a T4U teve de pagar parte relevante do preço liquidado a longo prazo, *por meio de financiamento frente aos vendedores*, em 10 parcelas semestrais, no valor total de R\$ 220.000.000,00, vencendo-se a primeira em 30/06/2012, com atualização pela variação do CDI.

Em suas palavras:

35. *Considerando o montante dos recursos necessários ao pagamento das Parcelas Semestrais, a T4U teve de (1) pagar parte relevante do preço a longo prazo, por meio de financiamento frente aos Vendedores; e, (2) contrair fianças bancárias que garantissem que as Parcelas Semestrais seriam adimplidas.*

36. *Desse modo, em decorrência da transação, a T4U passou a registrar uma dívida, referente à parcela a prazo a ser entregue aos vendedores. Sem o financiamento da aquisição, a realização do investimento não seria possível. Além disso, a T4U passou a ser afiançada pelo Banco Bradesco S.A. ("Banco Bradesco"), em relação aos montantes pagáveis a longo prazo.*

[...]

39. *Como ficará ainda mais claro mais adiante, a existência da T4U foi fundamental para que o investimento se materializasse e para reduzir os custos de fiança com o Banco Bradesco. Caso a T4U não tivesse sido constituída e não tivesse adquirido o investimento na Requerente, não teria sido possível financiar a aquisição por meio de empréstimo com o Banco Bradesco, tendo em vista que o Fundo Brasil e o CTS, por serem fundos de investimento, não poderiam contrair dívidas em razão da regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários ("CVM").*

40. *A esse respeito, a Requerente entende pertinente esclarecer que fundos de investimentos são comunhões de recursos, constituídos sob a forma de condomínio (que não possuem personalidade jurídica), destinados à aplicação em ativos financeiros, supervisionados pela CVM.*

41. *O esclarecimento faz-se relevante e necessário, na medida em que a D. Autoridade Fiscal, ao expor as razões que levariam à lavratura dos Autos de Infração, por diversas vezes referiu-se ao Fundo Brasil e CTS como "empresas", "empresas de fundos de investimento em participação". O equívoco da D. Autoridade Fiscal, ao considerar o Fundo Brasil e CTS como sociedades com personalidade jurídica ("empresas") levou a conclusões incorretas. Como já se pode perceber, pelo fato de o Fundo Brasil e CTS serem fundos de investimento, a constituição da T4U era indispensável à obtenção do empréstimo com o Banco*

Bradesco que, em última análise, permitiu a realização do investimento na Requerente.

[...]

45. Ressalte-se, novamente, que o ágio resultou de uma operação efetiva de compra e venda entre sociedades brasileiras (T4U como adquirente, e Requerente, como adquirida), praticada entre partes independentes, e somente foi apurado em razão de o valor de mercado estimado para a Requerente, com base em suas projeções de fluxo de caixa descontado (expectativa de rentabilidade futura), resultarem em valores significativamente superior ao seu patrimônio líquido à época. Nada há, portanto, de artificial ou simulado no presente caso.

[...]

47. Com a assinatura do Memorando de Fechamento, o objetivo maior da transação estava concluído: a aquisição do controle da maior sociedade do ramo de comercialização de produtos infantis do Brasil. Não obstante, ainda havia procedimento importante a ser cumprido, tendo em vista, principalmente, o fato de que parcela relevante do preço de aquisição incorrido pela T4U foi financiada por meio de uma dívida.

48. Os valores financiados apenas poderiam ser adimplidos em razão do encontro da dívida e o fluxo de caixa operacional da Requerente, decorrente da incorporação entre T4U e Requerente. Assim, visando cumprir os demais procedimentos necessários à transação, em 27.6.2012, foi aprovada a incorporação da T4U pela Requerente (doc. nº 12), resultando a extinção da sociedade adquirente do investimento, isso é, da T4U. Com a incorporação da T4U, a Requerente sucedeu essa sociedade em todos os seus direitos e obrigações, conforme previsto no artigo 227 da 6.404, de 15.12.1976 (“Lei nº 6.404/76”).

49. Além de (i) simplificar a estrutura societária; (ii) viabilizar o encontro da dívida com o fluxo de caixa operacional da Requerente para pagamento das Parcelas Semestrais, a incorporação teve por objetivo (iii) reduzir os encargos dos Contratos de Fiança celebrados com o Banco Bradesco – os quais estabeleciam que o percentual da comissão devida à instituição financeira seria reduzido caso fosse realizada a incorporação das sociedades.

50. Em decorrência da incorporação, motivada por efetivos propósitos negociais, as despesas de amortização de ágio passaram a ser deduzidas das bases de cálculo do IRPJ e da CSL, conforme estabelecem os artigos 7.º e 8.º da Lei nº 9.532, de 10.12.1997 (“Lei nº 9.532/97”).

[Em seguida, a Interessada descreve a operação da aquisição de participação societária na Requerente pela **T4U I**, que deixaremos para relatoriar em outro momento, de forma que continuemos com a questão inicial]

IV. O DIREITO

(A) Aquisição pela T4U

(A.1) As Premissas a serem Levadas em Consideração

57. A estrutura de aquisição do controle societário da Requerente pela T4U, com a captação de recursos obtidos por meio de dívida, sendo o valor do financiamento relevante em relação ao preço total pago aos vendedores, é comum e normal no contexto de investimentos e aquisições de participações societárias. Essa prática ficou conhecida no mercado como “compra alavancada”, ou, no inglês, “leveraged buyout” (LBO), e se tornou popular a partir da década de 1980.

58. A compra alavancada consiste em transação em que o investidor adquire o controle societário de determinada sociedade e uma parcela significativa do preço incorrido é financiada por meio de dívida tomada pelo comprador. A estratégia da compra alavancada geralmente consiste na criação de uma sociedade específica que, com determinada parcela de capital próprio, capta recursos via dívida em valor relevante para realizar o investimento e, após a aquisição, a sociedade-investidora e a sociedade-alvo são fundidas em uma só sociedade, de forma que a empresa adquirida acaba por suceder a tomada do empréstimo por expressa previsão legal.

59. O autor LAWRENCE J. GITMAN, em seu livro clássico de finanças corporativas denominado “Princípios de Administração Financeira”, esclarece o conceito de compra alavancada:

“Aquisições alavancadas (LBOs)”

Uma técnica de aquisição que se popularizou na década de 1980 é a aquisição alavancada (em inglês, leveraged buyout, ou LBO), que envolve o uso de um grande montante de dívida para comprar uma empresa. As LBOs são um exemplo claro de fusão financeira realizada para criar uma empresa de capital fechado altamente endividada. [...]

Uma candidata atraente para a aquisição alavancada deve apresentar três atributos principais:

1. Estar bem posicionada em seu setor, com sólido histórico de lucros e razoáveis expectativas de crescimento.

2. Ter endividamento relativamente baixo e elevado volume de ativos que possam ser oferecidos como garantia do empréstimo.

3. Ter fluxos de caixa estáveis, previsíveis e suficientes para fazer frente aos pagamentos de juros e principal da dívida, além de fornecer capital de giro adequado”. (Princípios de Administração Financeira, 12ª edição. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010. Página 651 – não destacado no original)

60. Como demonstrado acima, a operação em exame nesse processo administrativo consistiu na aquisição, pela T4U (sociedade brasileira integrante detida por fundos de investimentos geridos pelo Grupo Carlyle), do controle societário da Requerente, com financiamento de parcela

relevante do preço pelo Banco Bradesco. Sendo assim, as premissas verdadeiras que devem ser adotadas para análise do presente caso são as seguintes:

(i) A transação de compra de participação societária foi realizada entre partes independentes, envolvendo grupos econômicos não relacionados;

(ii) Houve efetivo pagamento do preço (e do ágio) firmado entre as partes, preço esse incorrido por sociedade brasileira para adquirir investimento em outra sociedade brasileira (a Requerente);

*(iii) O fundamento econômico do ágio pago – a expectativa de rentabilidade futura da Requerente – pela sociedade brasileira T4U estava embasado em Laudo de Avaliação preparado pela Deloitte, **que sequer foi questionado pela D. Autoridade Tributária**, pois que legítimo e correto;*

*(iv) O valor do preço pago pela adquirente, e o valor do ágio reconhecido, bem como sua forma de amortização, **sequer foram questionados pela D. Fiscalização**, pois que legítimo e correto;*

(v) A D. Autoridade Tributária afirmou que o ágio “apresenta seus fundamentos de existência, validade e eficácia”;

(vi) A existência da T4U foi essencial para a materialização da operação, pois, sem sua presença, não seria possível o financiamento do pagamento das Parcelas Semestrais, a longo prazo, com a utilização dos recursos advindos do fluxo de caixa operacional da Requerente;

(vii) A incorporação da T4U pela Requerente possibilitou a reunião da dívida com as receitas operacionais necessárias ao adimplemento da obrigação, além de reduzir os encargos dos Contratos de Fiança firmados com o Banco Bradesco e simplificar a estrutura societária;

(viii) Como decorrência da incorporação da sociedade adquirente (a T4U) ao patrimônio da adquirida (a Requerente), houve a consolidação do ágio pago/registrado pela T4U e do seu fundamento econômico (rentabilidade futura da própria Requerente) em uma única pessoa jurídica, sendo permitida a dedução das despesas de amortização do ágio das bases de cálculo do IRPJ e da CSL; e,

(ix) O ágio gerado na aquisição do investimento na Requerente pela T4U preenche absolutamente todos os requisitos estabelecidos pela legislação tributária e pela atual jurisprudência do E. CARF.

No tópico **(A-2) A Permissão Legal para a Amortização Fiscal do Ágio pela Requerente**, em seus itens 63 a 79, repete argumentos já relatados e que cumpriu todos os requisitos dos arts. 385 e 386.

Em seguida, lista "**sete razões** principais para o cancelamento da exigência referente à T4U."

No tópico **(A-3) Razão nº1 / A Infundada Alegação de "Empresa Veículo"**, em seus itens 80 a 98, que não haveria na legislação tributária brasileira a figura de "empresa veículo", que a existência da T4U é inquestionável, autonomia privada, etc.

No tópico **(A-4) Razão nº2 / A Inexistência de Transferência do Ágio**, em seus itens 99 a 108, que a autoridade fiscal comete equívoco ao partir da premissa de que o FUNDO BRASIL e CTS seriam "empresas". Em suas palavras:

103. A D. Autoridade Fiscal parte da errônea premissa de que o Fundo Brasil e CTS seriam "empresas", i.e., sociedades com personalidade jurídica própria. Essa assumpção levou à equivocada conclusão de que o ágio decorrente da aquisição da participação societária na Requerente teria sido reconhecido tanto pelo Fundo Brasil e CTS como pela T4U. Nesse contexto, a T4U teria sido criada com o objetivo de "transferir" o ágio e possibilitar o duplo aproveitamento do benefício fiscal.

105. Ora, não é necessária maiores considerações para verificar que o raciocínio da D. Autoridade Fiscal está incorreto. As acionistas da T4U, i.e., Fundo Brasil e CTS, são fundos de investimento, que, por sua própria natureza, não possuem personalidade jurídica. Pela inexistência de personalidade jurídica das acionistas da T4U e impossibilidade de aproveitamento de benefícios fiscais destinados às pessoas jurídicas (como a de dedução de despesas de amortização de ágio), é evidente que o ágio gerado na aquisição da Requerente não poderá ser duplamente utilizado.

[...]

107. Por fim, ainda que se pudesse admitir que ocorreu a transferência do ágio para a T4U e ainda que se pudesse admitir que isso possibilitaria a dupla amortização fiscal do ágio, somente caberia à D. Fiscalização glosar as despesas de amortização do ágio que efetivamente constituíssem duplo aproveitamento, o que não é o caso das despesas que foram contestadas pela D. Fiscalização.

No tópico **(A-5) Razão nº3 / Propósitos Negociais para a Constituição da T4U**, em seus itens 109 a 111, que foi necessário o financiamento, feito em 10 parcelas semestrais, de grande parte do preço de aquisição. Em suas palavras:

110. Para que as Parcelas Semestrais pudessem ser adimplidas, fez-se necessário o financiamento do montante a longo prazo. Conforme já detalhado pela Requerente nesta Impugnação, esse financiamento foi contraído com os próprios vendedores, por meio da adoção de uma estrutura LBO. Em razão da necessidade de financiamento, fazia-se necessário que o adquirente registrasse uma dívida frente aos devedores, o que não poderia ser realizado pelos Fundo Brasil e CTS (que são fundos de investimento e, portanto, não podem compor seu portfólio com dívidas).

111. Nesse contexto, totalmente desconsiderado pela D. Autoridade Tributária, não se pode alegar que a T4U não possui nenhum outro propósito que não fosse o aproveitamento fiscal do ágio. Pelo contrário, o aproveitamento do ágio é mera decorrência natural da estrutura, que consiste na aquisição da Ri Happy por novos investidores (o que não indiscutivelmente foi alcançado).

No tópico **(A-5) Razão nº4 / Propósitos Negociais para a Incorporação da T4U**, em seus itens 112 a 117, elenca os motivos principais. Em suas palavras:

113. O adimplemento do preço a prazo e do financiamento concedido pelo Banco Bradesco, só se tornaria possível diante da incorporação da T4U na Requerente, ao final da transação, de modo que as dívidas e os fluxos de caixa operacional ficassem concentrados em uma única entidade. De fato, é da estratégia da compra alavancada que, após a aquisição, a sociedade-adquirente e a sociedade-alvo sejam fundidas em uma só empresa, de forma que a empresa adquirida acaba por suceder a dívida tomada pelo investidor.

[...]

114. Além disso, conforme os termos dos Contratos de Fiança, a comissão devida ao Banco Bradesco em contrapartida às fianças seria reduzida caso ocorresse a incorporação entre a T4U e a Requerente. De acordo com a Cláusula 2 dos Contratos de Fiança, a comissão devida ao Banco Bradesco seria equivalente a **(a)** 2,3% do valor afiançado, caso não ocorra a incorporação entre a Requerente e a T4U; e, **(b)** 1,75% do valor afiançado, caso se materializasse o evento de incorporação e o índice de alavancagem correspondesse a até 2%.

[...]

No tópico **(A-6) Razão nº5 / Jurisprudência do CARF, e Irrelevância da Discussão a Respeito da "Empresa Veículo"**, itens 118 a 123, reproduz ementas e excertos de julgados neste sentido que defende.

No tópico **(A-7) Razão nº6 / Efetiva Absorção do Patrimônio da Sociedade Investidora (T4U) e Sociedade Investida (Requerente)**, em seus itens 124 a 136, elenca os motivos principais da absorção dos patrimônios. Em suas palavras:

124. Por desconsiderar a T4U, a D. Autoridade Tributária alega que não teria ocorrido o encontro do patrimônio da “real adquirente” com a Requerente; confira-se:

“Com a incorporação da T4U pela RI HAPPY, não houve encontro num mesmo patrimônio, do ágio pago pelas empresas FUNDO BRASIL ou CRS com as próprias empresas FUNDO BRASIL ou CTS. Quem efetivamente adquiriu a RI HAPPY não a incorporou” (página 18 do TVF)

125. **sexta razão** que levará ao cancelamento da exigência referente à T4U é a efetiva absorção do patrimônio da sociedade

investidora pela investida. Conforme os esclarecimentos e a documentação trazida a esses autos (Contrato T4U, atas societárias, Contratos de Fiança etc.), não há nenhuma dúvida de que a efetiva adquirente das ações da Requerente foi a T4U. Para que os efeitos fiscais da aquisição das ações da Requerente pela T4U possam ser eventualmente desconsiderados, é necessário que exista algum vício que macule esses negócios jurídicos perfeitos e acabados o que, conforme amplamente demonstrado, não existe.

[...]

131. A condição de adquirente da T4U se verifica sob qualquer perspectiva que se examine: (a) a participação detida pelo Sr. Ricardo Sayon e Sr. Roberto Salim Saba foi transferida à T4U; (b) a T4U figurava no contrato social da Requerente como proprietária da participação societária; e, (c) a T4U era titular de direitos de sócio que lhe asseguravam, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da Requerente e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, figurando como acionista controlador nos termos do artigo 116 da Lei nº 6.404/76.

132. Portanto, a T4U efetivamente comprou o investimento na Requerente, sendo considerada a adquirente da participação societária sob qualquer perspectiva que se examine. E com a compra da participação societária, a T4U passou a avaliar um investimento na Requerente com ágio – grandeza econômica que tinha origem e fundamento em operação realizada com terceiros não relacionados.

133. Não faz nenhum sentido e não existe nenhum fundamento jurídico em afirmar que o Fundo Brasil e a CTS seriam os “adquirentes originários”, havendo a necessidade de incorporação do patrimônio dos fundos de investimento e a Requerente. Além de juridicamente impossível (tendo em vista que os fundos não possuem personalidade jurídica), a absorção do patrimônio da sociedade investidora e sociedade investida ocorreu pela incorporação da T4U pela Requerente.

[...]

*135. Sendo assim, quando da incorporação da T4U dentro da própria Requerente, ocorreu a perfeita subsunção do fato à norma prevista no artigo 7.º da Lei nº 9.532/97: “A pessoa jurídica **[Requerente]** que absorver patrimônio de outra **[T4U]**, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida **[T4U é a efetiva adquirente]** com ágio **[a melhor prática contábil obrigava o reconhecimento do ágio]** [...] poderá amortizar o ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura **[conforme atestado pelo laudo, que sequer foi contestado pela D. Fiscalização]**”.*

No tópico (A-7) **Razão nº7 / Tributação dos Ganhos de Capital Auferidos pelos Vendedores**), em seus itens 137 a 139, aponta que os vendedores tributaram seus ganhos de capital, o que conferira ainda maior legitimidade `dedutibilidade das despesas de amortização do ágio respectivo.

Por fim, no tópico **(A-8) Conclusões Quanto à Legitimidade de Dedução do Ágio Gerado na Aquisição da T4U**, itens 140 a 141, faz um resumo do que já foi abordado nas transcrições anteriores.

(B) AQUISIÇÃO PELA T4U I

No tópico **(B-1) A Permissão Legal para a Amortização Fiscal do Ágio pela Requerente**, em seus itens 142 a 145, a Impugnante repete argumentos já relatados, com as devidas adaptações ao caso, e que cumpriu todos os requisitos dos arts. 385 e 386.

Em seguida, lista "*quatro razões* principais para o cancelamento da exigência referente à T4U I".

No tópico **(B-2) Razão nº 1 / Inexistência de Redução Indevida do Patrimônio Líquido para Geração de Ágio**, em seus itens 146 a 160, elenca seus argumentos onde procura demonstrar que a redução do PL era legítima e adequada, de acordo com a melhor prática contábil e legislação societária em vigor.

No tópico **(B-3) Razão nº 2 / Inexistência de "Ágio Interno"**, em seus itens 161 a 173, elenca seus argumentos onde procura demonstrar a legitimidade da operação, feita entre partes independentes, trazendo conceitos e comentários acerca da figura do gestor de fundos de investimentos.

No tópico **(B-4) Razão nº 3 / Não Vedação a Geração de Ágio entre Partes Relacionadas Antes da Lei nº 12.973/14**, em seus itens 174 a 186, elenca seus argumentos onde entende que, mesmo que se admitisse a geração de ágio entre partes relacionadas, "seria possível seu aproveitamento para fins fiscais ante a inexistência de vedação legal à época do evento (2012)."

No tópico **(B-4) Razão nº 4 / A Infundada e Irrelevante Alegação de "Empresa Veículo"**, em seus itens 187 a 189, reitera que "*As considerações detalhadas quando da análise da legitimidade do ágio gerado pela T4U, a respeito das chamadas "empresas-veículos", também devem ser aplicadas à T4U I.*"

Por fim, no tópico **(B-5) Conclusões Quanto à Legitimidade de Dedução do Ágio Gerado na Aquisição da T4U I**, item 190, faz um resumo do que já foi abordado nas transcrições anteriores.

V. A INADEQUAÇÃO DAS MULTAS APLICADAS

(A) O DESCABIMENTO DA MULTA QUALIFICADA NA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Neste tópico, procura demonstrar a Recorrente que "...em nenhum momento pretendeu-se realizar atos societários para 'driblar' as normas tributárias em questão buscando a redução dos tributos devidos." Que não houve situações de dolo, etc. e transcreve ementas de julgados do CARF que entende serem semelhantes ao seu entendimento.

(B) INAPLICABILIDADE DA MULTA ISOLADA POR SUPOSTA FALTA DE ANTECIPAÇÃO DAS ESTIMATIVAS MENSAIS

Neste tópico, reitera que houve incorreções na apuração desta multa, que deveria, assim, ser cancelado o seu lançamento *por erro material em sua determinação*.

Basicamente, seria esta a argumentação principal:

229. O artigo 44, §1.º da Lei nº 9.430/96 é claro ao estabelecer que a multa isolada somente pode ser exigida quando a pessoa jurídica que, sujeita ao pagamento do imposto por estimativa, deixar de fazê-lo e não haver valores de principal possivelmente exigíveis pela D. Fiscalização. Por outro lado, quando houver tributo a ser pago, a multa punitiva deverá ser cobrada juntamente com o valor do principal. É importante notar que, nesse caso, não teria cabimento a exigência da multa isolada.

*232. Dizer ainda que a multa isolada é aplicada em infração distinta daquela da multa de ofício revela um formalismo descabido e totalmente dissonante de qualquer razoabilidade jurídica e interpretativa. Por mais que o artigo 14 da Lei nº 11.488/07 tenha alterado a redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, base legal para a aplicação de penalidades de ofício e isolada, **não** houve alteração material na sistemática de aplicação de ambas as penalidades.*

*235. Independentemente se antes ou depois da publicação da Lei nº 11.488/07, o que deve ficar claro é que a impossibilidade de aplicação simultânea da multa de ofício e multa isolada decorre do chamado **princípio penal da consunção** e, como já consolidado na jurisprudência, quando a **primeira conduta se afigura como mero meio para a obtenção do resultado previsto na segunda, a penalidade aplicável à segunda conduta necessariamente prevalece sobre a da primeira.***

[...]

(C) IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Traz ementas de julgados do CARF que seriam favoráveis a tese que defende, de que não cabe juros sobre multa de ofício.

Ainda:

*240. Inclusive, em sessão realizada em 8.12.2014, o Pleno da E. CSRF **rejeitou** proposta de Súmula que autorizaria a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício (4ª Proposta de Enunciado de Súmula prevista pela Portaria nº 23, de 21.11.2014 – “Portaria nº 23/14”), o que deixa evidente a impossibilidade de cobrança de quaisquer multas com atualização por tal índice*

VI. CSL

241. Pela análise dos Autos de Infração, percebe-se que a Fiscalização também pretende exigir da Requerente débitos de CSL, acrescidos de multas (agravada, de 150%; e, isolada, de

50%) e de juros calculados com base na taxa SELIC, tendo em vista que as supostas irregularidades cometidas na apuração do IRPJ refletiram na composição da base de cálculo dessa contribuição.

242. Diante disso, considerando as informações trazidas pela D. Fiscalização, que ensejaram a instauração de um único processo administrativo para a cobrança dos pretensos débitos de IRPJ/ CSL, cumpre destacar que à CSL são aplicadas as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ, observada a legislação específica quanto à alíquota e base de cálculo (artigo 57 da Lei nº 8.981, de 20.1.1995 - "Lei nº 8.981/95" e artigo 28 da Lei nº 9.430/96.

243. Assim sendo, são válidos os argumentos de fato e de Direito apresentados anteriormente, que justificam a legalidade do procedimento adotado pela Requerente também para efeitos de recolhimento da CSL. Dessa forma, tendo demonstrado na presente Impugnação a improcedência da autuação de IRPJ, torna-se, também, improcedente a exigência relativa à CSL.

DA IMPUGNAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS

DE JUAN CARLOS FELIX ESTUPIAN, ANTÔNIO JOSÉ BARBOSA GUIMARÃES, MARIA CECÍLIA DO NASCIMENTO e de HECTOR NUÑEZ

As impugnações de todos são idênticas.

No tópico **(C) A Incompetência da D. Fiscalização para lavrar Termo de Sujeição Passiva contra o Requerente**, alega que "apenas se poderia pretender atribuir responsabilidade ao Requerente pelo débito lançado contra a Ri Happy Brinquedos S/A em sede de execução, cuja competência é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Nacional."

No tópico **(D) Nulidade: Falta de Capitulação Legal Precisa**, traz os mesmos argumentos que já apresentados na impugnação da Contribuinte.

No tópico **(E) Nulidade Pela Falta de Descrição Clara e Precisa dos Fatos que Levaram a Imputação de Responsabilidade ao Requerente: Utilização de Mera Presunção para Imputar Responsabilidade Solidária**, e no tópico **(F) Nulidade Pela Existência de Erro no Valor Imputado ao Requerente**, alega que "não houve nenhuma especificação quanto às supostas ações ou omissões que ensejariam a responsabilidade do Requerente."

III. DO DIREITO

No item **(A) Decadência**, alega que tomou ciência dos Autos de Infração em 15/02/2017, portanto estaria decaído os supostos créditos relativos a janeiro de 2012.

No item **(B) Inexistência de Atos com Excesso de Poderes ou Infração à Lei, Contrato Social ou Estatutos - Inaplicabilidade do artigo 135, III, do CTN**, alega que

a autoridade está imputando responsabilidade ao Requerente pelo cargo que ocupou, não identificando os atos praticados que se subsume ao inc. III do art.135 do CTN.

DO ACÓRDÃO DE IMPUGNAÇÃO

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento DRJ/RJ1 julgou procedente em parte o lançamento de IRPJ e de CSLL, tendo em vista que acatou solicitação da Autuada, acerca de incorreções na apuração da Multa Exigida Isoladamente de IRPJ e de CSLL, onde elaborou um novo demonstrativo, onde reduziu os valores desta Multa e exonerou da responsabilidade tributária as pessoas físicas Antonio José Barbosa Guimarães e Maria Cecília do Nascimento.

Por força destas alterações promovidas pela instância de piso, verificou-se tratar de decisão sujeita a apresentação de **Recurso de Ofício** para apreciação por parte deste Conselho.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificada do acórdão prolatado pela DRJ, a contribuinte apresentou recurso voluntário, onde, basicamente, repete os argumentos já relatoriados, com algumas considerações acerca de decisão recorrida, que serão oportunamente destacados e comentados no Voto.

Apresentaram, também Recurso Voluntário as pessoas físicas Juan Carlos Felix Estupinan e Hector Nuñez, mantidas como responsáveis solidários.

Colocado o processo em pauta e iniciada a votação em sessão de 14/08/2018, a Recorrente apresentou petição argumentado que a autuação deveria ser cancelada por força da Lei nº 13.655/2018, já que o procedimento por ela adotado se deu com base nas orientações da época, tendo sido pautado em jurisprudência majoritária do CARF, ocasião em que o julgamento do presente processo foi convertido em diligências para manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por meio da Resolução nº 1401-000588, de 14/08/2018, fls.3.745/3.749.

Assim foi feito, tendo a PGFN se pronunciado (fls.3.760/3.770) sobre o tema, e assim concluído:

II - CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se:

· O artigo 24 da LINDB não tem por objeto regulamentar o lançamento fiscal e as decisões proferidas no Processo Administrativo Fiscal;

· O ato do lançamento não consubstancia “revisão” de ato da Administração, não sendo possível concluir, do art. 24 da LINDB, que o auditor-fiscal, ao efetuar o lançamento, esteja amarrado à jurisprudência administrativa ou judicial existente à época dos fatos geradores; ademais, apenas Lei Complementar poderia dispor sobre norma geral afeta à atividade do lançamento;

· *Tampouco faz sentido, diante do texto normativo, concluir que os órgãos responsáveis pelo julgamento de recursos administrativos, ao “revisar o lançamento” estejam vinculados à jurisprudência majoritária existente à época dos fatos geradores;*

· *O artigo 24 simplesmente determina que, se a Administração pratica ato que gera uma situação consolidada (por exemplo, emite uma licença de funcionamento, assina um contrato, autoriza um pagamento), a mudança posterior de entendimento sobre a validade deste ato não pode afetar a situação consolidada que a própria Administração gerou;*

· *O Código Tributário Nacional (CTN) possui regramento próprio e particular sobre os atos e decisões dotados de caráter normativo (art. 100, I a IV), sobre as consequências de sua observância pelo administrado (art. 100, parágrafo único), bem como sobre o efeito intertemporal da introdução de novos critérios jurídicos – leia-se, nova interpretação – no processo de constituição do crédito tributário (art. 146). Trata-se de normatização específica quanto às questões que o art. 24 (norma geral) se propõe a regulamentar;*

· *A Lei 13.655/2018 não atribui eficácia normativa à jurisprudência majoritária vigente à época dos fatos geradores, não a enquadrando no conceito de decisão normativa, nos termos do art. 100, II, do CTN.*

Diante disso, a FAZENDA NACIONAL requer que não sejam conhecidos os argumentos suscitados na petição de fls. 3.637 a 3.648 e, caso conhecidos, sejam julgados improcedentes, conforme manifestação supra.

Pede deferimento.

Brasília, 31 de outubro de 2018.

Moara Rezende

Procuradora da Fazenda Nacional

Retornou o processo a este Relator, para o seu julgamento.

Voto Vencido

Conselheiro Relator Cláudio de Andrade Camerano.

Da admissibilidade dos Recursos Voluntário

O Recursos Voluntário atendem os requisitos de admissibilidade, portanto, deles conheço.

Das preliminares

Relativamente às preliminares suscitadas, acolho as razões de decidir da decisão recorrida, que as adoto, a saber:

Consoante os arts. 59 e 60 do Decreto 70.235/72, só a incompetência do agente e a preterição do direito de defesa ensejam a decretação de nulidade. Sendo assim, não procedem as alegações de que os Autos de Infração ou os TSPS seriam nulos por erro no cálculo da multa isolada ou na determinação do quantum debeatur imputado aos responsáveis. Eventuais erros, se constatados, serão sanados exonerando-se os sujeitos passivos das parcelas indevidamente lançadas.

DA NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DA FISCALIZAÇÃO PARA LAVRAR TERMOS DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INOCORRÊNCIA.

Alega-se que a Fiscalização seria incompetente para atribuir responsabilidade tributária com base no art. 135 porque este dispositivo não indicaria sujeitos passivos responsáveis, mas, em vez disso, referir-se-ia “tão somente ao deslocamento da situação de devedor para um terceiro” (fl. 2214).

Tal alegação carece de fundamento, pois o artigo em questão trata daqueles que “são pessoalmente responsáveis”, encontra-se na seção “Responsabilidade de terceiros” e faz parte do capítulo “Responsabilidade tributária”. Além disso, consoante o art. 121, parágrafo único, inciso II, c/c o art. 142, ambos do CTN, o responsável é sujeito passivo da obrigação principal, e compete à autoridade administrativa identificá-lo no ato de constituição do crédito tributário.

DA NULIDADE POR FALTA DE CAPITULAÇÃO LEGAL PRECISA E DE DESCRIÇÃO DOS FATOS QUE TERIAM MOTIVADO A AUTUAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

O lançamento fundamenta-se essencialmente nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532 de 1997, que estabelecem as hipóteses em que as amortizações do ágio poderão ser fiscalmente deduzidas, independentemente de alienação ou liquidação do investimento; no art. 57 da Lei 8.981/95, que estende à CSLL as normas da apuração e pagamento do IRPJ; no art. 44 da Lei 9.430/96, que prevê a qualificação da multa de ofício; e no art. 135, III, do CTN, que trata da responsabilidade tributária dos administradores.

Todas esses dispositivos são citados pelo Auditor-Fiscal autuante no Termo de Verificação Fiscal, acompanhados das

razões pelas quais, no seu entendimento, os fatos apurados se amoldam ou não às respectivas hipóteses de incidência.

Pela análise das Impugnações, verifica-se que os Interessados compreenderam as razões apresentadas para glosa das amortizações, qualificação da multa e responsabilização dos administradores. Tanto é assim que contestaram todos aqueles pontos, esclarecendo por que discordam da Fiscalização, e, dessa forma, não há que se falar em nulidade por cerceamento do direito de defesa.

DA NULIDADE POR FALTA DE DESCRIÇÃO PRECISA DOS FATOS QUE LEVARAM À RESPONSABILIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

No entender do Auditor-Fiscal autuante, os responsabilizados participaram, na qualidade de administradores, de um artifício doloso, para redução dos tributos devidos através da amortização dos ágios.

"No caso em questão, as razões determinantes para a atribuição da sujeição passiva dos diretores relacionados acima, se basearam particularmente na comprovação de sua participação direta, nos negócios societários adstritos aos ágios transacionados.

De acordo com a análise da documentação anexada ao presente processo, verifica-se que os administradores identificados acima participaram efetivamente na reorganização societária aqui analisada. (fl. 1474)"

Portanto, a atribuição de sujeição passiva foi motivada pela participação na reorganização societária em que surgiram os ágios, inexistindo a alegada imprecisão.

Relativamente à **decadência** para fins de constituição de crédito tributário de janeiro de 2012, conforme alegado, de se dizer que, no caso, o fato gerador do IRPJ e da CSLL é **anual**, de forma que nos termos do disposto no art.150 do CTN, parágrafo 4º, a contagem inicia-se, em, no caso, considerando-se o ano calendário mais antigo do lançamento (2012), em 31.12.2012, e contados cinco anos a partir desta data chegaríamos a data de **31/12/2017** como prazo final. Tendo em vista que os autos de infração foram cientificados à Recorrente em data anterior, em 14/02/2017, não ocorreu a decadência.

Com relação à Multa Isolada de IRPJ e de CSLL, a nova apuração promovida pela instância de piso, acostada em seu voto, verifica-se que não houve apuração desta multa no mês de janeiro/2012.

Do Mérito

Do Ágio T4U: Do aproveitamento de sua amortização

Conforme relatoriado, nos anos-calendário de 2012, 2013 e 2104, a Recorrente reduziu a base de cálculo do IRPJ por meio do aproveitamento de despesas de amortização de ágio na aquisição da própria Recorrente (RI HAPPY) pela T4U PARTICIPAÇÕES S/A (doravante apenas **T4U**), procedimento que entende amparado pelo art.386 do RIR/99, mas contestado pela autoridade lançadora.

Na realidade, o inconformismo da autoridade lançadora reside na amortização do **Ágio T4U**, uma vez que considerou a **legitimidade** de sua apuração, surgido em operação efetivada entre partes **independentes**, não havendo qualquer questionamento/restrição quanto ao seu valor.

Basicamente, o ágio em questão foi originado na aquisição da RI HAPPY pela **T4U** (com pagamento de ágio), conforme contrato celebrado e assinado entre as partes, em 09/11/2011. Com a incorporação da investidora **T4U** pela RI HAPPY ocorrida em 27/06/2012, a RI HAPPY passou a computar as amortizações daquele ágio.

A autoridade lançadora discordou de que a **T4U** fosse a empresa real adquirente da participação societária na Recorrente, uma vez que esta empresa "não possuía o capital necessário para a aquisição", tendo recebido "aportes de capital das empresas sócias."

Assim, seguindo este entendimento, não sendo a **T4U** a pessoa jurídica que efetivamente teria suportado o ágio pago na aquisição, sua incorporação pela Recorrente não poderia dar azo à amortização do ágio, pois não teria havido o que se denomina de "confusão patrimonial", condição para a dedutibilidade prevista no art.386 do RIR/99.

A **T4U** seria, em seu entendimento, uma empresa **veículo**.

De se lembrar do relato fiscal, naquilo que lhe atribuiu destaque:

3.2. DA AUSÊNCIA DE "CONFUSÃO PATRIMONIAL" COMO PRESSUPOSTO

De acordo com a previsão legal, qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da operação societária não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99. O ágio pode até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Retornando ao caso ora em análise, destaca-se que ele não cumpre o requisito aqui definido como necessário ao gozo do benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99. Com a incorporação da T4U pela RI HAPPY, não houve o encontro num mesmo patrimônio, do ágio pago pelas empresas FUNDO BRASIL ou CTS com as próprias empresas FUNDO BRASIL ou CTS. Quem efetivamente adquiriu a RI HAPPY não a incorporou.

3.3. DA IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DO ÁGIO

Quanto ao propósito negocial que deu origem ao ágio, como consta do ato de concentração CADE nº 08012.010376.2011-66

(fls. 906 a 978), a aquisição da participação societária do grupo RI HAPPY decorreu do intuito do grupo CARLYLE de ampliar sua participação, ingressando no mercado de brinquedos.

[...] A transferência de riquezas que deu origem ao ágio relacionado à participação sobre as empresas de brinquedos ocorreu de fato entre as empresas do grupo CARLYLE no Brasil (FUNDO BRASIL e CTS) e os antigos sócios da RI HAPPY.

Com isso, mostra-se que o ágio registrado pela RI HAPPY com a incorporação da T4U apresenta seus fundamentos de existência, validade e eficácia relacionados intrinsecamente à operação societária realizada pelas empresas FUNDO BRASIL e CTS quando da aquisição da participação societária da RI HAPPY. Foram as empresas de fundo de participação que tiveram um propósito comercial ao pagamento do ágio, e quem de fato despenderam riquezas para a sua aquisição.

A Recorrente, em seu recurso voluntário, apresentou argumentos praticamente idênticos àqueles trazidos na Impugnação, já reproduzidos os pontos diretamente ligados ao litígio posto, no Relatório deste Voto.

Conforme relatoriado, a Recorrente destacou a importância da constituição da empresa T4U, que possibilitou o financiamento da aquisição da Recorrente por meio de empréstimo com o Banco Bradesco, pois seus controladores, os fundos de investimentos Fundo Brasil e a CTS não poderiam contrair empréstimos em face de norma regulamentar expedida pela CVM.

Destacou que grande parte do preço pactuado com os acionistas vendedores e controladores da Recorrente, seria pago a longo prazo, para isso, obteve financiamento junto aos vendedores, na modalidade que denomina de "compra alavancada":

25.8. A compra alavancada consiste em transação na qual o investidor adquire o controle acionário de determinada sociedade, e parcela significativa do preço é financiada por meio de dívida tomada pelo comprador. A estratégia da compra alavancada geralmente consiste na criação de uma sociedade específica que, com determinada parcela de capital próprio, capta recursos via dívida em valor relevante, para realizar o investimento. Após a aquisição, as sociedades investidora e investida são fundidas, do modo que a empresa adquirida acaba por suceder a investidora na obrigação de pagar o empréstimo.

De se destacar que esta informação era de conhecimento da autoridade fiscal, pelo menos da primeira autoridade que conduziu a investigação, desde o início da fiscalização.

Por meio do **Termo de Início do Procedimento Fiscal**, dentre várias solicitações, consta que foi pedido informações a respeito da motivação da incorporação e das operações de reorganização societária, ocasião em que foi respondido que:

Na aquisição do controle do capital da Fiscalizada pela T4U Participações S/A, as partes acordaram que parcela do preço de aquisição seria paga a prazo.

*Assim, além da redução dos custos administrativos e aproveitamento das sinergias geradas pela operação, o objetivo econômico e empresarial da incorporação da adquirente do investimento (T4U Participações S/A) na própria adquirida (a Fiscalizada) era fazer com que a parcela financiada do preço de aquisição fosse transferida para uma sociedade operacional, geradora de caixa. Portanto, essa organização societária era parte integrante de todo o processo de aquisição do controle societário da Fiscalizada pela T4U Participações S/A. Essa estratégia está em linha com as estruturas de compras alavancadas (**leveraged buyout**) normalmente utilizadas pelos investidores.*

Do Contrato de Compra e Venda de Participações Societárias e Outras Avenças, (Contrato de Aquisição da Ri Happy, acostado às fls.404 a 467), firmado entre os vendedores sócios pessoas físicas (controladores) da Recorrente e o Comprador T4U Participações S/A, tendo como intervenientes-anuentes, dentre outros, a Ri Happy Brinquedos Ltda. e o Fundo Brasil de Internacionalização de Empresas Fundo de Investimento em Participações e o CTS Fundo de Investimento em Participações, já se aventava a possibilidade da ocorrência de uma eventual incorporação:

2.3.3. O pagamento das Parcelas Semestrais será garantido aos Vendedores por Fiança Bancária a ser contratada pelo Comprador em benefício dos Vendedores. Caso ocorra a incorporação (definida na Cláusula 8.4 abaixo), a responsabilidade pela contratação da Fiança Bancária prevista nesta Cláusula deverá ser transferida para a própria sociedade, caso em que [...].

8.3.1. A obrigação prevista na Cláusula 8.3 acima permanecerá em vigor a partir da Data de Fechamento e até o fim do prazo de 2 (dois) anos contados da data em que os Vendedores (considerados individualmente) e/ou o Comprador deixarem de ser acionistas da Sociedade, o que acontecer primeiro ("Prazo da Não-Concorrência").

8.4. Incorporação. A qualquer momento a partir da Data de Fechamento, o Comprador avaliará a conveniência de aprovar a (i) incorporação do Comprador pela Sociedade ou (ii) da Sociedade pelo Comprador, nos termos do artigo 227 da Lei das S.A., com a transferência, para a Sociedade ou para o Comprador, conforme o caso, de todos os bens, direitos e obrigações do Comprador ou da Sociedade, conforme o caso, e a conseqüente extinção, de pleno direito, do Comprador ou da Sociedade, conforme o caso, tornando-se a

Sociedade sucessora legal do Comprador ou o Comprador sucessor legal da Sociedade, conforme o caso, a título universal e para todos os fins de direito, em todos os seus direitos e obrigações ("Incorporação"). As Partes concordam que depois e como resultado da Incorporação as ações de emissão da sociedade que sobreviver deverão continuar a ser detidas na proporção de 85% (oitenta e cinco por cento) do capital total e votante para o Comprador e 15% (quinze por cento) do capital total e votante em conjunto pelos Vendedores. As Partes se obrigam a tomar qualquer medida que seja necessária para recompor tal participação caso ela venha a ser modificada de outra forma por força da Incorporação. Após a Incorporação, referências ao Comprador neste Contrato deverão passar a ser referências à Sociedade (ou vice-versa), sendo certo que a sociedade sobrevivente será capaz de exercer os direitos e obrigações conferidos ao Comprador neste Contrato, exceto pelas obrigações de indenizar previstas no Capítulo XI abaixo, que passarão a ser dos Controladores do Comprador, e/ou outras disposições em contrário expressas neste Contrato. A decisão sobre a forma que se dará a Incorporação está sujeita a uma avaliação dos aspectos operacionais, tributários e societários envolvidos e será decidida posteriormente pelo Comprador, a seu exclusivo critério, com o que os Vendedores desde já concordam e se obrigam a votar favoravelmente em qualquer deliberação societária sobre a Incorporação.

Estes dados contratuais mostram que, quase um ano antes da incorporação efetivada, já se cogitava da sua utilização, entre o Comprador T4U e a Recorrente.

Relativamente à transação efetivada e denominada "compra alavancada", que tem lugar de destaque nos autos, não vislumbrei no TVF nenhuma manifestação por parte da autoridade lançadora. Na decisão de piso, ao fazer referência à contratação do empréstimo, o Relator do Voto condutor afirmou que "*a dívida poderia ser assumida pelo próprio grupo Carlyle...*", o que, convenhamos, além de se tratar de puro subjetivismo do Relator, também não teceu qualquer comentário específico quanto à utilização daquela operação econômico-financeira.

No voto condutor da decisão de piso, temos a seguinte argumentação, que entendeu ser suficiente à glosa da amortização do **Ágio T4U** em debate:

Conforme a Fiscalização destaca, para que o evento de incorporação enseje a dedução do ágio, os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 exigem que haja confusão patrimonial entre a real investidora e a investida. Assim, se a empresa "A" adquire a empresa "B" com ágio, e "B" incorpora "A", então o ágio pode ser fiscalmente amortizado. Por outro lado, se "A" capitaliza "C" para que esta adquira "B", e "B" incorpora "C", não se caracteriza a hipótese de dedução, por falta de confusão patrimonial entre a investida e a real investidora.

[...]

53. Alega-se que a T4U teriam cumprido a função de viabilizar a contratação de um empréstimo sem o qual a aquisição seria impossível, uma vez que fundos de investimento não podem contrair dívidas. Além disso, o caso sob análise seria substancialmente distinto daquele analisado pelo Acórdão da CSRF porque parte considerável dos recursos usados na aquisição da Ri Happy não chegaram à T4U por capitalização, mas pela contratação de empréstimo.

O argumento olvida que a dívida poderia ser assumida pelo próprio grupo Carlyle, inclusive com percentual de comissão

menor, uma vez que o índice de alavancagem seria certamente inferior. Ademais, ainda que o grupo Carlyle tenha obtido o financiamento por meio da T4U, esta empresa não caracteriza como investidora, mas como ferramenta da real investidora para consecução de seus objetivos.

Tratam-se de argumentos que passaram ao largo da questão central, ou seja, afinal, a *compra alavancada* reúne ou não reúne condições permissivas para a dedução fiscal do **Ágio T4U**? Ou melhor dizendo, a *compra alavancada* dá o respaldo legal (entenda **propósito negocial**) à incorporação efetivada entre a **T4U** e a Recorrente e, assim, estar contemplada nas disposições do art.386 do RIR/99?

Em meu entendimento, sim. De se mostrar.

A dívida foi efetivamente contraída (reitero que não vislumbrei nos autos questionamentos da autoridade lançadora sobre a forma como que a mesma foi concebida e acordada com os vendedores) e necessária para a realização da aquisição da participação societária representativa de 85% do capital social e votante da Recorrente. Uma significativa parcela do preço pactuado foi objeto de financiamento (no caso, 10 parcelas semestrais, no valor **total** de R\$ 220.000.000,00, vencendo-se a primeira em 30/06/2012), podendo-se concluir que o financiamento era peça chave no fechamento do negócio, aí pouco importando se o Grupo Carlyle tinha ou não os recursos financeiros necessários/próprios para realizar a aquisição e se os recursos vieram ou não do exterior.

Temos que nos ater ao que consta nos autos, ao que de fato ocorreu e verificar se, efetivamente, tiveram as repercussões tributárias atribuídas no **TVF**.

Conforme relatoriado, a **T4U Participações S/A** era controlada pelos fundos de investimento FUNDO BRASIL e CTS, geridos pelo Grupo Carlyle, tendo recebido aportes de capital de seus controladores para iniciação dos negócios envolvendo a aquisição do controle societário da RI HAPPY Brinquedos Ltda.

Seus controladores não poderiam assumir/contrair dívidas, pois a Instrução CVM nº 391, de 16/07/2003 (atualizada), que cuidou da regulamentação do Fundo de Investimentos em Participações, estabelece que é vedado ao administrador, direta ou indiretamente, em nome do fundo, contrair ou efetuar empréstimos, salvo em modalidades estabelecidas pela CVM.

A **T4U Participações S/A** não pode ser considerada uma empresa **veículo**, nos termos em que afirmado pela autoridade lançadora, entendo que, sim, a sua utilização era necessária (como demonstrado) e se a operação societária (aquisição seguida de incorporação) implicou em uma redução da carga tributária, ela decorreu de transações comerciais/financeiras legítimas e válidas. A transação como um todo revela ares de racionalidade econômica/financeira, que confere o devido **propósito negocial** que justifica a existência da **T4U Participações S/A**.

A **T4U Participações S/A** foi, de fato e de direito, a sociedade que adquiriu a participação societária na Recorrente, tendo contraído uma dívida relevante que seria, na visão do Grupo Carlyle, honrada mediante fluxo de caixa gerado pela própria sociedade investida, a Ri Happy, sendo dado garantias aos vendedores por meio de **fiança bancária**, conforme consta no **Contrato de Compra e Venda de Participações Societárias e Outras Avenças**, (Contrato de Aquisição da Ri Happy, acostado às fls.404 a 467). Sem a realização da incorporação da **T4U** pela Ri Happy, a dívida estaria no patrimônio da primeira, enquanto que os recursos para seu pagamento estariam no patrimônio da segunda, situação que poderia até perdurar,

entretanto, quando se considera os valores envolvidos e seus pagamentos semestrais, atualizações, e reduções de custo de fianças bancárias com o Banco, não seria razoável manter a dívida numa pessoa jurídica e o fluxo de caixa necessário para seu pagamento na outra.

Aqui se verificou a tal "confusão patrimonial", que a autoridade lançadora não admitiu ter ocorrido. Trata-se de uma expressão surgida do encontro patrimonial entre o investidor e a investida, ocasião em que a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na base de cálculo do IRPJ.

Particularmente, em outro viés que me agrada mais, este encontro de contas nada mais é do que a observância ao **regime de competência**, que ilustra o **princípio da confrontação** entre receitas e despesas. Relembremos de seu conceito, conforme se extrai da obra **Contabilidade Financeira - Introdução Aos Conceitos, Métodos e Aplicações**, de Roman L.Weil, Katherine Schipper e Jennifer Francis, tradução da 14ª edição norte-americana, 2016:

Contabilidade pelo regime de competência

O regime de competência reconhece a receita quando uma empresa vende bens (empresas industriais ou comerciais) ou presta serviços (empresas de serviços). As despesas são reconhecidas no período em que a empresa reconhece as receitas que esses custos ajudaram a produzir. Assim, a contabilidade pelo regime de competência busca confrontar despesas com receitas. Quando o consumo dos benefícios futuros de um ativo não está correlacionado a uma receita específica, a empresa reconhece esses gastos como despesa no período em que a empresa utiliza os benefícios.

Despesas representam saída de ativos incorrida para gerar receitas.

Enquanto o ágio pago (sacrifício de ativos) na aquisição em debate permanecer com a adquirente **T4U**, ele (o ágio) fica, digamos, congelado, em face do regime de competência, uma vez que ainda não se materializaram os benefícios futuros desta saída de ativos com os lucros ou receitas esperados, ou seja, o custo/despesa representado pelo ágio e as receitas pertinentes (resultados futuros) que se espera obter/gerar ainda não se comunicaram, daí a sua indedutibilidade fiscal.

Agora, quando se perfectibiliza o encontro da despesa/custo (do ágio, sacrifício de ativo do investidor) com a expectativa de rentabilidade futura da investida, ou seja, as receitas esperadas e auferidas pela investida, daí a legislação tributária aceitar a dedutibilidade fiscal da despesa (amortização do ágio).

E é o que temos nos autos, a incorporação da **T4U** (adquirente real da aquisição da recorrente) proporcionou tal encontro, sendo legítima a incorporação efetivada.

Este voto segue a mesma linha dotada em um julgamento onde participei apenas como julgador de DRJ, e que também foi protagonizado pelo Grupo Carlyle, com a utilização do mecanismo de *compra alavancada*, de aquisição de participação societária com ágio seguida de incorporação.

E, não menos importante, deve-se registrar também, que a autoridade lançadora considera que a dedução fiscal do debatido **Ágio T4U** seria possível se os controladores da Recorrente - os FUNDO BRASIL e CTS - tivessem incorporado a própria Recorrente (RI Happy), o que me soa inadequado e impreciso juridicamente, pois "*Embora tenham CNPJ, os fundos de investimentos não chegam a constituir uma personalidade jurídica própria. São representados por seu administrador de recursos de terceiros*". (Mercado Financeiro - Objetivo e Profissional, de Gilson Oliveira e Marcelo Pacheco, 2017).

Vejamos o relato fiscal:

Nesse diapasão, destaca-se que a única possibilidade de o ágio decorrente da aquisição da participação societária da RI HAPPY ser dedutível ocorreria caso essa "mais valia" encontrasse a própria RI HAPPY. E como poderia ocorrer essa possibilidade? Caso as empresas FUNDO BRASIL e CTS tivessem incorporado a RI HAPPY.

[Grifo é deste Relator]

Esta **reiterada** referência aos fundos de investimentos como se empresas fossem conduziram, sim, a autoridade lançadora à conclusões equivocadas, como afirmou a Recorrente (item 35), afinal, não se pode imaginar que fundos de investimentos possam se utilizar de benefícios fiscais aplicáveis às pessoas jurídicas e, ainda, nem podem incorporar pessoas jurídicas.

Esta **contundente** conclusão da autoridade autuante é equivocada e prejudica irremediavelmente o lançamento, afinal como já destaquei, a autoridade lançadora não se manifestou sobre a **compra alavancada**, transação financeira que, ao meu sentir, atesta o propósito negocial da existência da **T4U**.

Assim, ante tudo o que foi exposto, restando evidenciada a presença de outra finalidade - além da redução da carga tributária - que justifica a existência da **T4U**, entendo ser legítimo o aproveitamento das amortizações de ágio pela incorporadora, a Recorrente, nos termos do que dispõe o inciso III do art.386 do RIR/99.

Do Ágio T4U I: Do aproveitamento de sua amortização

Conforme relatoriado, uma das premissas levantadas no TVF foi de que teria havido lançamentos contábeis que ocasionaram a **diminuição** do PL da RI HAPPY, pois antes da incorporação da T4U pela Recorrente, a T4U teria procedido à baixa do ágio para a conta de Prejuízos Acumulados, o que teria reduzido o PL da Recorrente e este "PL diminuído foi utilizado na aquisição da parcela da RI HAPPY pela **T4U I**, impactando no cálculo do ágio."

Neste item, a Recorrente, após elencar seus argumentos, se reporta à decisão recorrida:

170. A Recorrente destaca que a r. Decisão Recorrida acertadamente reconheceu que não houve irregularidade em relação à baixa do ágio da T4U em contrapartida à "prejuízos acumulados". De fato, o procedimento está alinhado com a melhor técnica contábil.

De fato, a instância de piso, após suas considerações, com menção à Interpretação Técnica ICPC 09, em vigor à época, reconheceu correto o procedimento efetivado pela Recorrente (grifo do original):

67. Verifico que, na data de incorporação da T4U pela Ri Happy, 27/06/2012, estava em vigor a Interpretação Técnica ICPC 09, que assim dispunha sobre o tratamento do ágio em caso de incorporação:

Tratamento do ágio em incorporação de entidades, quando de ágio já existente antes dessa incorporação.

44. Em caso de reestruturações societárias que resultem em incorporações, devem ser observados os seguintes critérios: (...) (b) nos casos em que a controlada (entidade “C”) incorpora a controladora direta e que a controladora direta é somente uma entidade “veículo” sem operações (entidade “V”) e, portanto, não considerada, na essência, como “a adquirente” (ver o Pronunciamento Técnico CPC 15 – Combinação de Negócios, especialmente seu Apêndice B, tópico Identificação do adquirente, a partir do item B13), o saldo do ágio deve ser integralmente baixado no momento da incorporação, por meio de provisão diretamente contra o patrimônio líquido, na entidade incorporada (entidade “V”) [...]

71. Dessa forma, o procedimento adotado pela T4U – baixa do ágio contra o patrimônio líquido – encontra respaldo em Interpretação do CPC, logo não há, quanto a esse aspecto, reparos a fazer sobre a apuração do segundo ágio.

Questão superada, portanto, devendo-se afastar tal posição assumida pela autoridade lançadora.

Outra motivação para a glosa fiscal, prendeu-se ao fato de que a transação em debate teria ocorrido entre **partes dependentes**, tendo em vista que os fundos de investimentos RHPBK (controladora de **T4U I**) e FUNDO BRASIL e CTS (controladores da RI HAPPY) são geridos pelo mesmo gestor; o GRUPO CARLYLE, posição ratificada pela decisão da DRJ.

A Recorrente sustenta que o valor do ágio não foi questionado, que tem laudo de avaliação e que a G5 RS (outra sócia) é independente de **T4UI**, além de discorrer longamente sobre normas da CVM acerca das atribuições do gestor de fundos de investimentos.

A **T4U I** tinha como sócio controlador o fundo RHPBK (99,99%), que era administrado pela CRV e tendo como gestor o Grupo Carlyle.

A **RI HAPPY**, antes da entrada em cena da **T4U I**, era controlada pelos FUNDO BRASIL (25%) e CTS (60%), ambos administrados pela CRV e tendo como gestor o Grupo Carlyle.

O fato de haver um fundo de investimentos independente (G5 RS) no quadro societário da RI HAPPY e de ter contribuído com aporte de capital na transação, não tem relevância nenhuma, sua participação sempre permaneceu em 15%, após todos estes eventos

societários. Os proprietários da RI HAPPY detêm percentuais de participação societária de 85%, são eles que decidem, evidentemente, mas escudados em planejamento definido pelo seu gestor, o Grupo Carlyle.

Notório, portanto, que não há independência entre os envolvidos, os proprietários da RHPBK e da RI HAPPY, são os mesmos, e as decisões relevantes são tomadas pelos seus **gestores** e não pelos cotistas, como, me parece, crê a Recorrente.

Neste sentido, veja em *Manual de Tributação no Mercado Financeiro*, de vários autores, comentário sobre o Fundo de Investimentos em Participações (FIP), pág.192:

*Deve o **FIP** participar do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração.*

Em outra obra, *Mercado Financeiro*, de Gilson Oliveira e Marcelo Pacheco, neste mesmo sentido:

GESTOR DE CARTEIRA DO FUNDO DE INVESTIMENTO

O gestor de carteira é responsável pela gestão profissional, conforme estabelecido no seu regulamento, dos ativos financeiros integrantes da carteira do fundo. Essa função deve ser desempenhada por pessoa natural ou jurídica credenciada como administrador de carteira de valores mobiliários pela CVM.

O gestor tem poderes para negociar os ativos financeiros em nome do fundo de investimentos e exercer o direito de voto decorrente dos ativos detidos por ele, realizando todas as demais ações necessárias para tal exercício, observado o disposto na política de voto.

Dentre suas principais atividades, destacam-se:

□ Escolher os ativos que irão compor a carteira do fundo, selecionando aqueles com melhor perspectiva de rentabilidade, dado um determinado nível de risco compatível com a política de investimento do fundo; e

□ Emitir as ordens de compra e venda com relação aos ativos que compõem a carteira do fundo, em nome do fundo.

Tendo em vista, portanto, que não há a devida independência entre as partes, não se pode aceitar o surgimento deste **ágio T4U I**, considerado, sim, um *ágio interno*, repudiado pela teoria contábil, normas da CVM (Ofício Circular CVMJSNC nº 01/2007, citado no TVF) e pela legislação tributária.

O reconhecimento de um ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico não encontra respaldo na Contabilidade, ou seja, não é possível reconhecer, contabilmente, uma mais-valia de um investimento quando originado de uma transação entre partes relacionadas, como no presente caso.

Esse impedimento decorre da Ciência Contábil e foi consagrado pelo Conselho Federal de Contabilidade que o enunciou, expressamente, como consequência do Princípio do Registro pelo Valor Original, consoante art. 7º da Resolução CFC nº 750/1993:

O PRINCÍPIO DO REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL

Art. 7º Os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das transações com o mundo exterior, expressos a valor presente na moeda do País, que serão mantidos na avaliação das variações patrimoniais posteriores, inclusive quando configurarem agregações ou decomposições no interior da ENTIDADE.

Parágrafo único. Do Princípio do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL resulta:

I – a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser feita com base nos valores de entrada, considerando-se como tais os resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes;

[...]

O Conselho Federal de Contabilidade editou, ainda, a Resolução CFC nº 1.110/2007 que, em seu item 120, assim determina:

*“O reconhecimento de **ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente** (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, **qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado**.”(g.n.)*

No contexto aqui presente, não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento unilateral de acréscimo de riqueza (ágio) em decorrência de uma transação onde os sócios das partes envolvidas tem um único controlador, o Grupo Carlyle, por meio de seu gestor junto à RHPBK e RI HAPPY. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável, do ponto de vista econômico, tais transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para merecer registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade e, conseqüentemente, o ágio delas decorrentes não se enquadra na hipótese de dedutibilidade prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, como quer crer a Impugnante.

A Recorrente sustenta, ainda, que somente com a Lei 12.973/2014, é que passou a ser vedado operações que possam ter causado ágio e realizadas entre partes relacionadas.

Ora, desde muito antes, já **não** era permitido a dedução fiscal de amortização de ágio entre empresas ligadas, conforme explicado anteriormente.

A Lei 12.973/2014 modificou de maneira acentuada esta questão de apuração de ágio, reformulando completamente o art.20 do decreto-lei nº 1.598/77, criando figuras novas como **mais valia**, **menos valia**, valores justos de ativos e passivos, etc, daí, a lei ter definido que, em havendo situações contempladas com estes novos conceitos contábeis, haveria de ser entre partes independentes.

Deixo aqui de comentar alegações de "irrelevância" de existência de empresa veículo, conforme tratou a Recorrente, porque se a **T4U I** foi uma empresa veículo (e foi,

diferentemente da T4U, visto anteriormente) pelas razões expostas no TVF ou não, tratou-se apenas de um elemento subsidiário à conclusão fiscal, que, sem dúvida, pautou-se na questão da falta de independência entre as partes:

Destarte, pode-se constatar que não houve independência na operação de compra e venda parcial da RI HAPPY pela RHPBK. Este fato estaria a ferir o princípio da “arm’s length”, que prega um tratamento igualitário entre as empresas.

No contexto geral, não houve, portanto, decisão independente pela aquisição parcial da RI HAPPY e posterior incorporação da empresa adquirente T4U I pela adquirida RI HAPPY, com sobreposição patrimonial, que indicasse propósito negocial.

Conseqüentemente, não assiste razão à Recorrente quando alega que a amortização desse ágio constitui-se em despesa dedutível da base de cálculo do IRPJ, consoante previsto no art. 386 do RIR/1999, cuja matriz legal advém dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Recorrendo-se à obra de Marco Aurélio Greco *in Planejamento Tributário* (edição 2004, págs. 230 e seguintes), o renomado tributarista leciona que a imposição de multa mais onerosa supõe a “ocorrência inequívoca de intuito fraudulento”.

Conforme o jurista:

Se não houve intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido – que levava ao enquadramento em regime ou previsão legal tributariamente mais favorável -, não se trata de caso regulado pelo § 1º do artigo 44, mas de divergência na qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude e da sonegação a que se referem os dispositivos para os quais o § 1º remete.

Para que seja aplicada penalidade **qualificada**, pela ocorrência de conduta dolosa, o tipo deve estar devidamente descrito, enquadrado e exhaustivamente comprovado.

Não consegui identificar a subsunção dos atos praticados pelos envolvidos no processo, caracterizadores do tipo previsto nas hipóteses dos arts. 71, 72 ou 73 da Lei n. 4.502/1964.

No que se refere à ocorrência do fato gerador, não restou caracterizada a prática de ação visando impossibilitar a execução, o prosseguimento ou oposição de qualquer forma de obstáculo, ou, ainda, alguma forma de retardamento do fato gerador. Houve publicação dos atos, registro contábil das operações e informação à administração tributária.

Tampouco vislumbrei a incidência de alguma forma de exclusão ou modificação das características essenciais do fato gerador, de modo a reduzir o montante do imposto, evitar ou diferir seu pagamento.

A RI HAPPY BRINQUEDOS S/A, na sua interpretação da legislação tributária/societária, entendeu que pudesse praticar os atos já exhaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal disposto no art.386 do RIR/99, nada além disso, ao meu sentir, de modo que **voto pelo afastamento da qualificação da multa.**

DA MULTA ISOLADA - IRPJ

Agora se passa ao debate da alegação que consta no relatório, que combate o lançamento da multa isolada pelo não pagamento das estimativas.

A controvérsia sobre a aplicabilidade, ou não, da multa sobre as estimativas de IRPJ e da CSLL não pagas se instaurou na redação hoje decaída do art. 44 da Lei nº 9.430/96, sendo que atualmente há um novo cenário normativo.

É que o legislador fez publicar a Lei nº 11.488/2007, e deu nova redação ao art. 44 da Lei nº 9.430/96, como abaixo transcrito, reforçando a aplicação da multa isolada sobre as estimativas não pagas, mesmo quando o contribuinte tivesse apurado prejuízo fiscal, sem qualquer exceção:

(...)

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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

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

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.(Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

(grifou-se)

Efetivamente, com a nova redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, ficou difícil sustentar a tese da inaplicabilidade da multa isolada de ofício, pois o legislador, à luz da controvérsia que já existia, impôs novamente tal ônus, sem qualquer exceção. E, observe-se, as infrações aqui em comento vieram à luz na nova redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, trazida pela Lei nº 11.488/2007.

Dessa forma, deve-se manter a multa isolada sobre as estimativas não pagas de IRPJ e da CSLL, com supedâneo no novo art. 44, II, “b”, da Lei nº 9.430/96.

Tendo em vista a decisão ora proferida neste Voto, a Multa Isolada deve ser apurada com as retificações ora feitas nas exigências de IRPJ e de CSLL, tomando como base o demonstrativo **Multa sobre estimativas de IRPJ - Ano-calendário 2012 e 2013**, que consta no Acórdão da DRJ.

DA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Trata-se de questão superada no âmbito deste Colegiado:

Súmula CARF nº 108:

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

DOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS

Conforme consta na decisão recorrida, foi **afastada** a responsabilidade tributária solidária de Antonio José Barbosa Guimarães e de Maria Cecília do Nascimento:

Contudo, conforme relatado (§§ 24-24.3 supra), não foram comprovadas as participações de Antônio José Barbosa Guimarães nem de Maria Cecília do Nascimento, quer nos atos de aquisição de participação societária, quer nos de incorporação. Sendo assim, como a simples condição de administrador não é suficiente para fundamentar a atribuição de responsabilidade tributária, Antônio José Barbosa Guimarães e Maria Cecília do Nascimento devem ser exonerados da sujeição passiva.

Concordo com a decisão recorrida, devendo-se **negar** provimento ao recurso de **ofício** neste item. Idem com relação à retificação dos valores da Multa Isolada.

Entretanto, foi mantida a sujeição passiva solidária de Juan Carlos Felix Estupinan e Hector Nuñez, nos seguintes termos, pela decisão recorrida:

Por outro lado, foi fartamente demonstrado pela Fiscalização (§§ 24.1 e 24.2 supra) que Juan Carlos Felix Estupinan e Hector Nunez conduziram os atos de aquisição da Ri Happy pelas sociedades veículos T4U e T4U I, bem como os de incorporação dessas empresas pela investida. Não procede, portanto, a alegação de teriam sido responsabilizados simplesmente porque eram administradores ou membros do conselho de administração. As posições de destaque que ocuparam nos negócios jurídicos infirmam a alegação de que teriam agido como meros executores de ordens de terceiros, e que, nessa condição, não caberia responsabilizá-los.

Contrariamente ao defendido pela decisão da DRJ, entendo que os atos conduzidos pelos administradores devem-se mais a uma interpretação equivocada da legislação tributária sobre o tema, do que uma intenção premeditada em burlar a legislação, tentando se utilizar da dedução fiscal prevista no art.386 do RIR/99.

O rótulo dada à **T4U I** de empresa **veículo** não significa, necessariamente, que a operação societária tenha sido artificial, os fatos ocorreram realmente, só que, como visto neste Voto, tratou-se de uma transação entre partes relacionadas, conduzidas pelo mesmo gestor, um fundo do Grupo Carlyle.

Questões como estas, de aquisição de participação societária ou conferência de capital em empresas, com apuração de ágio, seja com empresas ligadas ou não, envolvem quase sempre grandes discussões, basta ver a quantidade/variedade de julgados administrativos citados no TVF e no recurso voluntário.

Da mesma forma, no que diz respeito à **qualificação** da multa de ofício, já me deparei com situações idênticas (ou quase) a esta, onde foi aplicada a multa de ofício normal, assim como não houve sequer um administrador/gerente arrolado como sujeito passivo solidário.

Como já me manifestei, neste voto, **não** restou caracterizada a prática de ação visando impossibilitar a execução, o prosseguimento ou oposição de qualquer forma de obstáculo, ou qualquer ato fraudulento nas operações.

É grande e notória a polêmica em assuntos dessa natureza, um tema em constante debate na doutrina especializada, o que me faz crer, **aliado a inexistência de simulação e/ou fraude na operação efetivada**, que a RI HAPPY BRINQUEDOS S/A, na sua interpretação da legislação tributária/societária, seja por parte de seus administradores, ou pelo seu gestor, entendeu que pudesse praticar os atos já exaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal disposto no art.386 do RIR/99, nada além disso, ao meu sentir, de modo que voto pelo **afastamento** das pessoas físicas (remanescentes) então arroladas no pólo passivo da autuação como responsáveis solidários.

CONCLUSÃO FINAL

Ante tudo que foi exposto, assim decido:

(I) **Nego** provimento ao Recurso de Ofício;

(II) **Rejeito** todas as preliminares de alegação de nulidade dos Autos de Infração;

(III) Dou provimento **parcial** ao Recurso Voluntário para:

- que seja **restabelecida** a dedutibilidade (despesas de amortização do Ágio denominado **T4U**) das importâncias de R\$ 43.729.585,71, R\$ 65.594.378,52 e de R\$ 65.594.378,52, relativas aos anos-calendário de 2012, 2013 e 2014, respectivamente;

- **afastar** a qualificação da multa de ofício, devendo ser mantida a multa de ofício em seu patamar típico de 75%;

- **afastar** as pessoas físicas remanescentes então arroladas no pólo passivo da autuação como responsáveis solidários; e

(IV) **Nego** provimento ao Recurso Voluntário no que diz respeito à exigência de juros sobre a multa de ofício e da Multa Exigida Isoladamente de IRPJ e de CSLL, devendo, entretanto, estas multas serem **retificadas** em função do ora decidido, partindo do demonstrativo considerado na decisão recorrida.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano

Voto Vencedor

Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto - Redator Designado

Inobstante o brilhantismo da análise do recurso proferida pelo Conselheiro Relator, discordei apenas do ponto relativo à incidência da multa isolada em conjunto com a multa de ofício, razão pela qual fui designado para redigir o voto vencedor sobre este tema.

MULTA ISOLADA APLICADA COM A MULTA DE OFÍCIO

Contesta a aplicação da cumulação das multas isolada e de ofício conjuntamente. Entende que tal incidência provoca uma dupla penalização da empresa em relação à ocorrência de um único fato.

Para tanto apresenta jurisprudência do CARF e do Poder judiciário no sentido de aplicar o princípio da consunção em relação a estas multas, pelo qual a de maior gravidade absorve a de menor gravidade.

Com relação ao auto de infração relativo a aplicação de multa isolada pela falta de recolhimento por estimativa, por diversas vezes este tema foi objeto de discussão nesta Câmara, existindo três diferentes vertentes de opinião:

1) A primeira segue no sentido de que a aplicação de multa de ofício relativo ao período de apuração anual do imposto impede a aplicação da multa isolada pela falta de recolhimento por estimativa em função de tratar-se, em essência do mesmo tributo exigido no exercício e, assim, o contribuinte estaria sendo penalizado em duplicidade.

2) A segunda corrente advoga no sentido de que as multas de ofício e isolada punem condutas distintas e assim, podem subsistir concomitantemente sem qualquer empecilho, visto que os fatos geradores são distintos e também distintas as bases de cálculo.

3) A terceira posição interpretativa segue no sentido de que os fatos geradores sendo complementares as sanções, visto que uma pune a falta de antecipação durante o exercício e a outra pune a falta do pagamento no ajuste anual, a maior penalidade deve prevalecer até o montante em que consuma integralmente a punição pela falta de antecipação, somente subsistindo esta se comportar montante maior do que a multa de ofício.

Pessoalmente sou adepto da terceira corrente e da adoção do princípio da consunção, conforme abaixo demonstrado e extraído do acórdão deste mesmo relator de nº 1401-003.058, de 13 de dezembro de 2018.

Por isso, transcrevo os valiosos fundamentos do Conselheiro Guilherme Adolfo Mendes no Acórdão 1201-000.235:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como é previsível a cessação da vigência de leis extraordinárias e certo, em relação às temporárias, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não

fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

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

Nada obstante, também entendo que as duas sanções (a decorrente do descumprimento do dever de antecipar e a do dever de pagar em definitivo)

não devam ser aplicadas conjuntamente pelas mesmas razões de me valer, por terem a mesma função, dos institutos do Direito Penal.

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

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

No presente caso, em razão do elevado valor da autuação levada à efeito contra o contribuinte entendo que devo tecer outras considerações a respeito, até mesmo porque tenho conhecimento de que a Câmara Superior de Recursos Fiscais proferiu julgamento em sentido contrário ao deste entendimento.

No julgamento que tomei conhecimento a aplicação do Princípio da Consunção foi negada na seara do direito tributário em razão do entendimento de que os princípios de direito penal não poderiam ser utilizados na seara do direito tributário.

Data venia o devido respeito e consideração que tenho com as decisões proferidas pela Câmara Superior deste CARF, até mesmo porque sigo alguns de seus ensinamentos em diversos pontos, não concordo com esse posicionamento.

Desde os tempos dos bancos escolares na Faculdade de Direito sempre recebi e acolhi o ensinamento de que é menos grave infringir uma norma do que um princípio.

Este ensinamento decorre do fato de que os princípios do direito são normas não escritas que vigoram acima das normas positivadas e servem de guia para a sua produção e de guia para os intérpretes. Por isso os princípios são tão importantes na vida dos operadores do direito.

Apresentamos a lição de renomados juristas acerca dos princípios no direito.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico. (MELLO, 2009, p. 53)

Segundo Miguel Reale Júnior:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundamentos da validade de um sistema particular de conhecimento com seus pressupostos necessários. (REALE, 1991, p. 59)

Veja-se que o nosso código tributário adota, ele próprio, diversos princípios do direito penal, como se pode observar pela leitura dos seguintes dispositivos.

Princípio da Legalidade no direito penal: *nullum crimen, nulla poena sine lege*

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

.....

Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - instituir ou majorar tributos sem que a lei o estabeleça, ressalvado, quanto à majoração, o disposto nos artigos 21, 26 e 65;

.....

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

.....

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

Princípio da Anterioridade: *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*;

Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda:

I - que instituem ou majoram tais impostos;

II - que definem novas hipóteses de incidência;

III - que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no artigo 178.

Princípio da Retroatividade Benigna

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Princípio da Intervenção Mínima e da Gradação da Pena

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Especificamente, em relação ao Princípio de Intervenção Mínima apresentamos a lição de César Roberto Bittencourt.

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a ultima ratio, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 2009, p. 13, grifo no original)

O Princípio da Consunção, nasce então da necessidade de aplicação da gradação das penas e de intervenção mínima. Por isso, novamente nos utilizamos na lição de César Roberto Bittencourt para demonstrar a construção jurídica do Princípio da Consunção.

Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de minus e plus, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração⁹. Por isso, o crime consumado absorve o crime tentado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano. A norma consuntiva constitui fase mais avançada na realização da ofensa a um bem jurídico, aplicando-se o princípio major absorbet minorem¹⁰. Assim, as lesões corporais que determinam a morte são absorvidas pela tipificação do homicídio, ou o furto com arrombamento em casa habitada absorve os crimes de dano e de violação de domicílio etc. A norma consuntiva exclui a aplicação da norma consunta, por abranger o delito definido por esta¹¹. Há consunção quando o crime-meio é realizado como uma fase ou etapa do crime-fim, onde vai esgotar seu potencial ofensivo, sendo, por isso, a punição somente da conduta criminosa final do agente.

Não convence o argumento de que é impossível a absorção quando se tratar de bens jurídicos distintos. A prosperar tal argumento, jamais se poderia, por exemplo, falar em absorção nos crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492/86), na medida em que todos eles possuem uma objetividade jurídica específica. É conhecido, entretanto, o entendimento do TRF da 4ª-Região, no sentido de que o art. 22 absorve o art. 6º-da Lei n. 7.492/86¹². Na verdade, a diversidade de bens jurídicos tutelados não é obstáculo para a configuração da consunção. Inegavelmente – exemplificando – são diferentes os bens jurídicos tutelados na invasão de domicílio para a prática de furto, e, no entanto, somente o crime-fim (furto) é punido, como ocorre também na falsificação de documento para a prática de estelionato, não se punindo aquele, mas somente este (Súmula 17 do STJ). No conhecido enunciado da Súmula 17 do STJ, convém que se destaque, reconheceu-se que

o estelionato pode absorver a falsificação de documento. Registre-se, por sua pertinência, que a pena do art.297 é de dois a seis anos de reclusão, ao passo que a pena do art. 171 é de um a cinco anos. Não se questionou, contudo, que tal circunstância impediria a absorção, mantendo-se em plena vigência a referida súmula. Não é, por conseguinte, a diferença dos bens jurídicos tutelados, e tampouco a disparidade de sanções cominadas, mas a razoável inserção na linha causal do crime final, com o esgotamento do dano social no último e desejado crime, que faz as condutas serem tidas como únicas (consunção) e punindo-se somente o crime último da cadeia causal, que efetivamente orientou a conduta do agente.(BITTENCOURT, in <http://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/36-conflito-aparente-entre-a-lei-n-8-666-93-e-o-decreto-lei-n-201-67>)

Além dessa positivação de alguns princípios existem outros, como o da presunção de inocência que são utilizados pela administração tributária e pela fiscalização sem que ao menos se perceba.

Veja-se, ao iniciar a fiscalização o agente, mesmo que plenamente convicto da existência de irregularidades cometidas pelo contribuinte não pode, simplesmente, lavrar uma autuação sem qualquer prova material. Justamente pela aplicação do princípio da presunção da inocência é que se exige e, neste ponto, este CARF é sempre rigoroso, a demonstração da infração cometida, do seu enquadramento legal e a juntada de provas de todo o alegado.

Mesmo assim, ainda que muito bem constituída a autuação, o processo administrativo de constituição do crédito tributário apenas se inicia com a ciência do lançamento. O contribuinte não é nem pode ser cobrado neste momento pois, em atenção ao princípio da presunção de inocência ele só poderá ser cobrado após o esgotamento de todas as instâncias de julgamento administrativo.

Demonstra-se, neste caso, que em nenhum lugar está escrito que o contribuinte não é cobrado em face da presunção de inocência, no entanto a norma que determina a suspensão da exigibilidade do crédito tributário baseou-se neste princípio para sua formação.

Por isso talvez, não sendo norma escrita em nenhum lugar, às vezes princípios jurídicos que não são tão comuns, podem causar estranheza e a refração de alguns intérpretes.

Com relação ao princípio da Consunção que, reconheço, não é se sábera geral em sua completude, a estranheza decorre do fato de se afastar a aplicação de uma norma legal (a de aplicação de multa isolada por falta de recolhimento por estimativa) em razão de um princípio não escrito.

Mas o princípio da Consunção funciona exatamente desta forma. Quando existem condutas praticadas pelos particulares que se amoldem a mais de uma infração, há de se aplicar a pena relativa à maior infração capitulada e deixar de aplicar a pena da menor infração até o limite daquela.

Vejamos um exemplo prático do direito penal. O sujeito que pratica lesões corporais graves em outrem que é levado para o hospital e depois vem a óbito. Neste agir o sujeito está agindo da forma capitulada em dois tipos penais: o de lesão corporal grave e o de homicídio. O de lesão tem uma pena menor e o de homicídio tem uma penar maior, mas veja que a mesma ação deu azo à tipificação de dois crimes.

Pela aplicação do princípio da Consunção o sujeito, sendo provada sua culpa, cumprirá a pena exclusivamente pelo crime de homicídio (que é o mais amplo e absorve o menos amplo) e não receberá a pena cumulada de lesão corporal e homicídio. É aplicação direta do princípio.

No direito tributário, havendo a mesma *ratio*, há de haver a mesma conclusão. Não é o fato de o princípio ser afeito ao direito penal que o torna inaplicável ao direito tributário. Veja-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça, em sede de análise de Recurso Especial já se manifestou pela possibilidade de aplicação do princípio ao direito tributário em relação ao mesmo problema.

1.1.1.1 Processo

AgRg no REsp 1576289 / RS

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 2015/0325937-8

1.1.1.2 Relator(a)

Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)

1.1.1.3 Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

1.1.1.4 Data do Julgamento

19/04/2016

1.1.1.5 Data da Publicação/Fonte

DJe 27/05/2016

1.1.1.6 Ementa

TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ART. 44, I E II, DA LEI 9.430/1996 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.488/2007). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. PRECEDENTES.

1. A Segunda Turma do STJ tem posição firmada pela impossibilidade de aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei 9.430/1996 (AgRg no REsp 1.499.389/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; REsp 1.496.354/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/3/2015). 2. Agravo Regimental não provido.

1.1.1.7 Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

1.1.1.8 Processo

REsp 1496354 / PR

RECURSO ESPECIAL 2014/0296729-7

1.1.1.9 Relator(a)

Ministro HUMBERTO MARTINS (1130)

1.1.1.10 Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

1.1.1.11 Data do Julgamento

17/03/2015

1.1.1.12 Data da Publicação/Fonte

DJe 24/03/2015

1.1.1.13 Ementa

*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 nº 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.

1.1.1.14 Acórdão

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Os princípios não são de um direito ou de outro, são princípios de direito como um todo. Por questões de usualidade estuda-se mais em um determinado ramo, mas estes não deixam de poder ser aplicados a qualquer ramo do direito, senão, repisemos, cometeríamos a heresia de quebrar um princípio de direito ao negar-lhe aplicação. Quanto à isto existe norma posta? por óbvio que não, no entanto, é norma implícita que deve ser atendida pelos operadores do direito.

Assim, com relação à aplicação do Princípio da Consunção na análise da aplicação cumulativa das multas isolada e de ofício entendo da seguinte forma:

1. O sujeito passivo deixou de cumprir uma norma jurídica que determinava o recolhimento mensal da CSLL devida por estimativa, como forma de antecipação da CSLL devida ao final do ano-calendário;
2. Em seguida, encerrado o exercício, o contribuinte não apura nem recolhe a CSLL devida na sistemática adotada de apuração anual da contribuição.
3. Chegada a fiscalização verifica as duas ações diversas que são, em síntese, o não pagamento de tributo. O primeiro de forma antecipada e o segundo de forma integral ao final do exercício.

Assim, verificando duas ações, aplica duas sanções, uma de 50% pelo não recolhimento da estimativa e outra de 75% pelo não recolhimento da contribuição anual apurada.

Ora a aplicação do Princípio da Consunção decorre do fato de que a primeira conduta é parte integrante da segunda conduta. Não existe um tributo denominado CSLL por estimativa e outro tributo denominado CSLL da apuração anual. O que se recolhe por estimativa são pedaços da CSLL que, por conveniência da administração tributária tem de ser recolhidas de forma antecipada, mesmo sem haver o conhecimento do lucro tributável.

Veja-se, se a fiscalização chega ao contribuinte durante o exercício e aí aplica a multa isolada pelo não recolhimento da estimativa devida é um fato. Se a fiscalização chega ao contribuinte após o encerramento do exercício não pode nem mesmo lançar a estimativa devida, mas apenas o tributo devido ao final do exercício, como poderia então lançar a multa isolada pelo não recolhimento de partes deste tributo, quando a empresa já está sendo penalizada com a multa de 75% incidente sobre todo o imposto devido.

O ato que está sendo punido pela fiscalização é um só. O de não recolher o tributo devido. Por isso, nos casos em que o valor lançado relativamente à multa de ofício excede o valor lançado em relação à multa isolada pela falta de recolhimento das estimativas a multa mais grave absorve a multa menos grave a, assim, aplica-se a consunção.

Por isso, na aplicação da consunção não há de se falar simplesmente em exoneração da multa isolada. Em verdade o que se diz e como demonstram os diversos julgados desta mesma turma, a consunção da exclusão da multa isolada só ocorre integralmente nos casos em que a multa de ofício aplicada lhe é superior. Assim, nos casos em que a multa isolada é superior ao valor da multa de ofício, a exoneração é parcial e limitada ao montante da multa de ofício, devendo nestas hipóteses ser mantida a punição isolada em relação ao montante que superou a multa de ofício.

Parece estranho, mas não é. Como a estimativa é uma antecipação do imposto, ocorrem casos em que, na apuração anual a empresa verifica a existência de exclusões do lucro real que não são utilizadas no cálculo das estimativas e, assim, o tributo apurado ao final do exercício termina por ser inferior à soma dos tributos devidos por estimativas.

Nestes casos a consunção se aplica parcialmente e mantém-se a parcela da multa de 50% que superou o montante da multa de ofício.

Acrescente-se a tudo isso que a novel interpretação instituída por meio do Parecer Normativo nº 02, de 03 de dezembro de 2018, analisando o tema relativo às estimativas e o valor do tributo devido, conclui que:

Síntese conclusiva

13. De todo o exposto, conclui-se:

- a) os valores apurados mensalmente por estimativa podiam ser quitados por Dcomp até 30 de maio de 2018, data que entrou em vigor a Lei nº 13.670, de 2018, que passou a vedar a compensação de débitos tributários concernentes a estimativas;*
- b) os valores apurados por estimativa constituem mera antecipação do IRPJ e da CSLL, cujos fatos jurídicos tributários se efetivam em 31 de dezembro do respectivo ano-calendário; não é passível de cobrança a estimativa tampouco sua inscrição em DAU antes desta data;*
- c) no caso de Dcomp não declarada, deve-se efetuar o lançamento da multa por estimativa não paga; os valores dessas estimativas devem ser glosados; não há como cobrar o valor correspondente a essas estimativas, e este tampouco pode compor o saldo negativo de IRPJ ou a base de cálculo negativa da CSLL.*
- d) no caso de Dcomp não homologada, se o despacho decisório que não homologou a compensação for prolatado antes de 31 de dezembro, e não foi objeto de manifestação de inconformidade, não há formação do crédito tributário nem a sua extinção; não há como cobrar o valor não homologado na Dcomp, e este tampouco pode compor o saldo negativo de IRPJ ou a base de cálculo negativa da CSLL;*
- e) no caso de Dcomp não homologada, se o despacho decisório for prolatado após 31 de dezembro do ano-calendário, ou até esta data e for objeto de manifestação de inconformidade pendente de julgamento, então o crédito tributário continua extinto e está com a exigibilidade suspensa (§ 11 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996), pois ocorrem três situações jurídicas concomitantes quando da ocorrência do fato jurídico tributário: (i) o valor confessado a título de estimativas deixa de ser mera antecipação e passa a ser crédito tributário constituído pela apuração em 31/12; (ii) a confissão em DCTF/Dcomp constitui o crédito tributário; (iii) o crédito tributário está extinto via compensação; não é necessário glosar o valor confessado, caso o tributo devido seja maior que os valores das estimativas, devendo ser as então estimativas cobradas como tributo devido;*
- f) se o valor objeto de Dcomp não homologada integrar saldo negativo de IRPJ ou a base negativa da CSLL, o direito creditório destes decorrentes deve ser deferido, pois em 31 de dezembro o débito tributário referente à estimativa restou constituído pela confissão e será objeto de cobrança;*
- g) a SCI Cosit nº 18, de 2006, deve ser lida de acordo com o Parecer PGFN/CAT/Nº 88/2014, motivo pelo qual ratifica-se o disposto nos seus itens 12, 12.1, 12.1.1, 12.1.3 e 12.1.4 e 13 a 13.3, revogando-se o seu item 12.1.2.*

A interpretação, assim estabelecida, reforça o entendimento deste relator de que o recolhimento por estimativa é parte constante do débito apurado de IRPJ ou CSLL anual, assim o tratamento relativo à falta de

pagamento das estimativas e do tributo devido ao final do exercício deve ser analisado em conjunto e não como se tratando de normas independentes e que tem de ter aplicação indistinta sem qualquer moderação. Assim, reforçado com o parecer acima, e com base na utilização dos princípios do direito penal já tratados acima, entendo perfeitamente aplicável o princípio da consunção aos casos de aplicação concomitante de multa isolada com multa de ofício pela falta de recolhimento do tributo.

No presente caso, percebe-se que o valor da multa de ofício aplicada, mesmo após a exclusão da qualificação da multa de ofício, excedeu em muito o valor da multa isolada aplicada, assim, utilizando-se o princípio da Consunção no presente caso, o valor da multa isolada restou por ser totalmente absorvida pela multa de ofício, devendo ser cancelada integralmente.

Neste sentido, em relação a este ponto dou provimento ao recurso para a exclusão da multa isolada aplicada em razão da incidência do princípio da Consunção.

(assinado digitalmente)

Abel Nunes de Oliveira Neto - Redator Designado