



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720082/2020-49
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-006.262 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de fevereiro de 2024
Recorrente NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2014, 2015

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. EFEITOS.

Julgados administrativos e judiciais, ainda que proferidos por órgãos colegiados, mas sem um dispositivo normativo que lhes atribua eficácia vinculante, não constituem normas complementares de direito tributário.

DOCTRINA. EFEITOS.

Mesmo a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade, quanto ao arcabouço normativo que lhe seja aplicável.

ARTIGO 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.

A situação tratada no artigo 24 da LINDB não se dirige ao regramento do contencioso extrajudicial tributário. Tanto por não ser o julgamento administrativo uma modalidade de revisão de ofício - mas de controle de legalidade estrito sobre o objeto da lide instaurada - quanto pelo dispositivo legal em questão alcançar apenas a revisão de atos administrativos específicos - aqueles dos quais decorra um benefício ao particular plenamente constituído.

NULIDADE. DECISÃO RECORRIDA. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade a decisão prolatada por autoridade competente que, sem inovar quanto ao núcleo dos fundamentos da acusação e chegando as mesmas conclusões desta, manteve a exigência fiscal. Nesse contexto, não há qualquer mácula processual no ato jurisdicional, mormente se contra ele o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, em plena consonância às normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

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

Ano-calendário: 2014, 2015

GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. ÁGIO. DEDUÇÃO. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO.

Não é pressuposto legal para a dedutibilidade do ágio pela pessoa jurídica que sua contraparte, pessoa física ou jurídica, tenha, relativamente à prévia compra e venda da correspondente participação societária, apurado ganho de capital e/ou efetuado a respectiva tributação. Mesmo porque pode haver ganho de capital sem ágio e vice-versa, afinal enquanto este toma como referência o patrimônio líquido, aquele tem como base o custo de aquisição.

ÁGIO. AQUISIÇÃO ALAVANCADA. EMPRESA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS. PROPÓSITO NEGOCIAL. OCORRÊNCIA.

A empresa criada com o propósito específico de operacionalizar a aquisição de participação societária e que, para isso, capta recursos no mercado financeiro, realiza o seu objetivo econômico, demonstrando o propósito comercial da sua criação.

MULTA DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA. NÃO CONCORRÊNCIA.

Por decorrerem de distinta motivação, não concorrem, entre si, as multas de ofício - incidentes sobre tributos devidos em razão de irregularidades apuradas - e as denominadas multas isoladas - que derivam do não recolhimento de estimativas de tributos.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. DOLO.

Não sendo possível colher dos autos elementos inequívocos da necessária conduta dolosa para a qualificação da penalidade imposta de ofício, deve-se reduzir a multa para o seu patamar base de 75%.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os débitos fiscais recolhidos em atraso estão sujeitos à incidência de juros de mora calculados com base na taxa Selic.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. ART. 124, I, CTN. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. POR INTERESSE COMUM. AUSÊNCIA DE DOLO.

A responsabilidade tributária prevista no artigo 124, inciso I do CTN pressupõe a partilha dolosa entre o sujeito passivo e o solidariamente responsável da conduta tendente a omitir o fato gerador, não sendo bastante para a definição de tal liame jurídico obrigacional a existência de proveito econômico mútuo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2014, 2015

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos implica a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Assim, versando sobre idênticas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento da CSLL, o que restar decidido no lançamento do IRPJ, reflexo que se forma ante as mesmas razões de decidir delineadas quanto a um e outro, haja vista decorrerem de iguais elementos de convicção.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencida a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que dava parcial provimento ao recurso, para afastar a qualificação da multa de ofício e afastar a imputação de responsabilidade. O Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Genero Serra - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Eduardo Genero Serra, Fredy José Gomes de Albuquerque, Carmen Ferreira Saraiva, Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário manejado em face do acórdão da DRJ que julgou procedentes os lançamentos de IRPJ e CSLL, decorrentes de suposta exclusão indevida, sobre as bases de cálculo desses tributos, de valores referentes a ágio pagos, porém considerados indedutíveis.

Houve a imposição de multa isolada – por insuficiência de recolhimento de estimativas –, bem como de multa de ofício qualificada. Fora imputada responsabilidade solidária às sociedades identificadas nos autos como ND Participações e BCBF Participações.

Os fatos geradores situam-se no período entre 31/12/2014 e 31/03/2015, ocasião em que a beneficiária originária do ágio (referida no p.p. como ND Seguradora) ainda não havia sido incorporada pela recorrente.

O enquadramento legal é o que consta dos autos de infração.

Em síntese do teor da acusação, a fiscalização glosou, na apuração do IRPJ e da CSLL, os montantes de R\$ 2.508.082,28 em 2014 e R\$ 7.524.246,84 em 2015, de dedução de ágio de aquisição de participação societária, nos meses de dezembro de 2014 a março de 2015. Como decorrência, foram verificadas diferenças não recolhidas de estimativas mensais, acarretando a exigência de multa isolada.

De acordo com a autoridade fiscal, o ágio não seria dedutível pelos seguintes motivos: (i) a compra da participação societária com ágio foi realizada com recursos financeiros de fundos de private equity (FPE), localizados no exterior e que seriam os reais investidores; e (ii) a Bain Brazil, empresa que formalmente efetuou a compra das ações com ágio, participou das operações societárias apenas com o objetivo de permitir o aproveitamento fiscal posterior do ágio, sem nenhuma outra razão econômica ou empresarial, operando como mera empresa veículo.

De outro bordo, a defesa da recorrente principal afirmou, em síntese, que o ágio em questão é válido e legítimo, pois decorreu de aquisição: (i) entre partes não-relacionadas; (ii) com efetivo pagamento de preço, com remessa de dinheiro diretamente aos vendedores; (iii) com a tributação de ganhos de capital atribuíveis aos vendedores; (iv) devidamente fundamentada por laudo de avaliação preparado por empresa independente e especializada; e (v) conduzida em operações devidamente revestidas de claros propósitos negociais e empresariais não tributários. Sobre as penalidades, protestou contra a qualificação da multa de ofício e sua concomitância com a multa isolada. Por fim, pugnou pela inaplicabilidade da taxa Selic a título de juros de mora.

Já as defesas dos solidariamente responsabilizados protestaram: (i) pela nulidade do termo de sujeição passiva; (ii) pela inaplicabilidade do artigo 124, inciso I, do CTN, ao caso; e (iii) pela improcedência do lançamento.

Por bem minudenciar os fatos ocorridos até a sua prolação, faço integrar o presente relatório os principais trechos da narrativa dos fatos contida na decisão de primeira instância (fls. 7.120 e ss):

1. Trata o processo de autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), de multas isoladas por falta de recolhimento de IRPJ e CSLL sobre a base estimada, relativos aos anos calendários de 2014 e 2015, e de atribuição de responsabilidade solidária a ND Participações e a BCBF Participações.
2. Os autos de infração exigem o recolhimento de (fls. 6023/6058):
 - R\$ 2.508.082,26 de IRPJ, R\$ 3.762.123,39 da respectiva multa de lançamento de ofício, além dos juros moratórios;
 - R\$ 1.504.849,36 de CSLL, R\$ 2.257.274,04 da respectiva multa de lançamento de ofício, além dos juros moratórios; e
 - R\$ 1.254.041,13 e R\$ 752.424,68 de multas isoladas, respectivamente, sobre estimativas de IRPJ e CSLL não quitadas;
3. O lançamento resultou de fiscalização na pessoa jurídica Notre Dame Seguradora S.A., CNPJ 62.498.803/0001-75 (doravante ND Seguradora), sucedida pela Notre Dame Intermédica Saúde S/A por incorporação ocorrida em 31/03/2015 (doravante Intermédica). Foram apuradas as seguintes infrações, relatadas no Termo de Verificação

Fiscal de fls. 5905/6022, relativas aos meses de 12/2014 a 03/2015, período em que a ND Seguradora ainda não havia sido incorporada pela Intermédica:

- Exclusões não autorizadas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Ágio não dedutível após incorporação reversa, meses 12/2014 a 03/2015, períodos de apuração anuais de 2014 e 2015.

Enquadramento legal: (...)

Multa de lançamento de ofício de 150%: (...)

- Multa isolada. Falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre a base de cálculo estimada: nos meses de 12/2014 a 03/2015.

Enquadramento legal: (...)

4. Os autos de infração deste processo são relativos a créditos tributários da ND Seguradora, do período dezembro/2014 a março/2015, quando ela ainda não havia sido incorporada pela impugnante (Intermédica). (...)

5. Foram incluídos no polo passivo dessas autuações os seguintes responsáveis tributários solidários, pessoas jurídicas, com base no art. 124, inciso I, da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN):

- Notre Dame Intermédica Participações S.A., CNPJ 19.853.511/0001-84 (doravante ND Participações, anteriormente denominada BCBH Participações); e
- BCBF Participações S.A., CNPJ 19.276.528/0001-16 (doravante BCBF Participações ou simplesmente BCBF).

6. Cientificada dos autos de infração na data de 27/11/2020 (fl. 6074), a Intermédica, na condição de sucessora da ND Seguradora, apresentou a impugnação de fls. 6083/6149 em 28/12/2020.

7. Os dois responsáveis solidários foram cientificados dos autos de infração e apresentaram suas respectivas impugnações nas mesmas datas (fls. 6975/6994 e 7030/7049).

Impugnação da contribuinte Intermédica

8. Resume-se a seguir os principais pontos da impugnação da Intermédica:

8.1 Como se tratou de ágios legítimos, entre partes não relacionadas e suportados por laudo de avaliação, foram amortizados para fins fiscais após reestruturação societária, em que as holdings PSBB2 e PSBB3 foram incorporadas pela Bain Brazil que, posteriormente, foi cindida e teve seu acervo líquido cindido (incluindo o ágio correspondente) absorvido pelas três sociedades operacionais do Grupo Notre Dame Intermédica (GNDI). Posteriormente, as operacionais ND Seguradora e Interodonto foram incorporadas pela operacional Intermédica.

8.2 A Fiscalização considerou que os ágios não são dedutíveis, pois (i) não houve confusão patrimonial entre os “reais investidores” e as empresas operacionais adquiridas; e (ii) a Bain Brazil teria sido utilizada na estrutura visando unicamente permitir o aproveitamento fiscal dos ágios, sem que houvesse qualquer outra razão empresarial que justificasse sua existência na estrutura de aquisição. De acordo com a Fiscalização, os “reais investidores” seriam os Fundos de Private Equity, empresas estrangeiras domiciliadas no exterior.

8.3 O valor pago pela aquisição das holdings PSBB2 e PSBB3, que gerou o ágio, gerou também ganho de capital para os vendedores, que foi devidamente tributado.

8.4 A Bain Brazil existia desde 2013 e já exercia as atividades de uma holding desde a sua criação.

8.5 A seguir, a impugnante faz um resumo do histórico das empresas operacionais adquiridas e das razões do interesse do grupo estrangeiro na sua aquisição, para entrar no mercado brasileiro de planos de saúde.

8.6 Faz também uma descrição sucinta do Grupo Bain Capital, o qual atua na gestão e consultoria de investimentos de terceiros, e não de recursos próprios, resumindo assim as suas atividades:

(i) os investidores do exterior aportam recursos em fundos e entidades de investimento coletivo estrangeiros;

(ii) o Grupo Bain Capital faz a gestão destes recursos, decidindo quais serão os investimentos em private equity realizados por aquele patrimônio, em linha com o acordado com os investidores; e

(iii) no momento da aquisição, os recursos financeiros são unificados em uma entidade local, que contrai dívida adicional para a realização da aquisição, operação denominada “compra alavancada” ou “leveraged buyout”.

8.7 Que essa forma de atuação foi a razão empresarial e extra tributária para a definição da estrutura societária utilizada, daí a total improcedência da atuação fiscal.

8.8 A seguir, a impugnante passa a explicar a estrutura societária implementada para a consecução dos objetivos finais, que era a aquisição do grupo econômico composto pelas empresas operacionais.

8.9 Explica que três fundos do exterior (Lux 1, Lux 2 e Lux 3), que reuniam recursos de vários investidores independentes e não relacionados entre si, compraram todas as quotas do Fundo de Investimento em Participações – FIP denominado Alkes II, no Brasil, com o fim de concentrar os recursos a serem aplicados na aquisição do grupo GNDI (controlador das três empresas operacionais); que o FIP Alkes II, na sequência, adquiriu as ações da empresa BCBH (atual ND Participações) para ser a holding do grupo no Brasil; esta, em seguida, adquiriu as ações da BCBF; a BCBF, por sua vez, comprou as ações da Bain Brazil, que seria a empresa responsável por consolidar todos os recursos necessários à aquisição das holdings controladoras das empresas operacionais. Tudo conforme o esquema abaixo:

(...)

8.10 Até aqui, a operação corresponde aos seguintes 4 passos:

Passo 1: Captação de recursos realizada no exterior.

Passo 2: Aquisição do FIP Alkes II no Brasil.

Passo 3: FIP Alkes II compra as ações da BCBH e BCBH compra as ações da BCBF.

Passo 4: BCBF adquire as ações da Bain Brazil.

8.11 Após a formação da estrutura acima, os fundos do exterior (Lux 1, 2 e 3) remeteram os recursos captados dos investidores estrangeiros para o FIP Alkes II no Brasil, que aumentou, com esses recursos, o capital da BCBH, que por sua vez aumentou o capital da BCBF.

8.12 Em seguida, a BCBF emitiu debêntures no mercado brasileiro para captar recursos que complementassem o capital recebido da BCBH, para que o total (recebido da BCBH + captado pelas debêntures) fosse capitalizado na Bain Brazil, como de fato foi, e esta, finalmente, adquirisse as holdings PSBB2 e PSBB3, controladoras das três empresas operacionais. Em resumo:

Passo 5: Capitalização do Alkes FIP II, seguida pela capitalização da BCBH e da BCBF.

Passo 6: BCBF emite debêntures e contribui todos os recursos captados em aumento da capital da Bain Brazil.

Passo 7: Bain Brazil adquire as ações da PSBB2 e da PSBB3, controladoras das três empresas operacionais (aquisição com ágio por rentabilidade futura).

8.13 Afirma que a BCBF foi criada para captar no mercado local os recursos complementares, através da emissão de debêntures, para formar o total a ser investido na compra do grupo GNDI; que na época regra da CVM não permitia que FIPs contraissem dívidas, daí a necessidade de empresa específica para isso, que foi a BCBF. Nesse ponto, a estrutura societária formada era a seguinte:

(...)

8.14 A partir desse ponto a Bain Brazil passou a avaliar as participações societárias em PSBB2 e PSBB3 pelo método da equivalência patrimonial, conforme as normas contábeis, desdobrando o valor do investimento em (1) valor do patrimônio líquido e (2) ágio.

8.15 O ágio resultou de uma operação efetiva de compra e venda entre empresas brasileiras (Bain Brazil como adquirente, e holdings detendo a Requerente, como adquiridas), entre partes independentes, e apurado em razão de o valor de mercado estimado para a Requerente, com base em suas projeções de fluxo de caixa descontado, resultar significativamente superior ao seu patrimônio líquido à época. Nada há, portanto, de artificial ou simulado no presente caso, sendo manifestamente improcedentes todas as alegações da Fiscalização nesse sentido.

Passo 8: PSBB2 e PSBB3 são incorporadas na Bain Brazil, com o fim de simplificação da estrutura societária.

Passo 9: Bain Brazil é cindida em três parcelas e o seu patrimônio é absorvido pelas empresas operacionais do GNDI.

8.16 Nessa etapa, cada uma das empresas operacionais incorpora a sua parcela do ágio, passando a deduzi-lo na apuração do lucro real. A estrutura societária resultante foi a seguinte:

(...)

Passo 10: Intermédica incorpora a Requerente, a Interodonto e a BCBH altera sua razão social.

8.17 Nesse último passo, com o fim de simplificar a estrutura do grupo, a Intermédica incorpora as outras duas empresas operacionais, ND Seguradora e Interodonto e, por fim, a BCBH altera sua denominação social e passa a ser chamada de Notre Dame Intermédica Participações (NDI Participações), chegando ao seu objetivo inicial de ser a holding do grupo, resultando a seguinte configuração final:

(...)

8.18 Portanto, cada uma das operações realizadas para viabilizar a aquisição da participação societária da Requerente foi motivada por razões empresariais e propósitos negociais extra tributários, que não podem sob qualquer hipótese se confundir com operações artificiais, simuladas ou fraudulentas.

8.19 Por serem aquisições entre partes não-relacionadas, com efetivo pagamento de preço, tributação de ganhos de capital pelos vendedores, com propósitos negociais verdadeiros e em ambiente transparente e declarado a todas as autoridades e órgãos reguladores, com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, com a posterior incorporação das holdings pela Requerente, o ágio passou a ser dedutível para fins fiscais, nos termos da Lei nº 9.532/97.

DO DIREITO

(...)

RAZÕES EMPRESARIAIS E REGULATÓRIAS PARA A DEFINIÇÃO DA ESTRUTURA

8.22 Cada empresa da estrutura societária formada teve razões econômicas propósitos negociais, sempre em observância às restrições regulatórias impostas pela ANS ao setor de assistência à saúde.

8.23 A Fiscalização concluiu, de maneira totalmente equivocada, que os “Fundos de Private Equity” do exterior seriam os reais compradores das empresas do GNDI, desconsiderando a existência das entidades constituídas no Brasil: a Bain Brasil, a BCBF, a BCBH e o FIP Alkes II.

AS RAZÕES ECONÔMICAS E EMPRESARIAIS QUE MOTIVARAM A INCLUSÃO DO ALKES II FIP NA ESTRUTURA DE AQUISIÇÃO

8.24 Discorre sobre a criação, no Brasil, dos Fundos de Investimento em Participações (FIP) em 2003, pela Instrução CVM 391/03, e as suas características.

8.25 A Lei nº 11.312/2006 incentivou o investimento estrangeiro nos FIPs nacionais, por meio de incentivo fiscal. Que a partir disso o mercado de FIPs teve grande crescimento no Brasil.

8.26 Nesse contexto o FIP Alkes II foi incluído na estrutura, para receber os recursos do exterior, pois era necessário que os recursos fossem concentrados em uma única entidade, para então dar início ao processo de aquisição do grupo GNDI.

8.27 A Fiscalização concentrou esforços em alegar que a Bain Brasil faria parte de um “estratagema artificial” e não se deu ao trabalho de entender as razões empresariais e econômicas que respaldam todas as entidades presentes na estrutura.

8.28 O FIP Alkes II não poderia adquirir diretamente o grupo GNDI, pois havia necessidade de captação de mais recursos no Brasil, para complementar o capital necessário, e os FIPs estavam impedidos de contraírem dívidas, pela regra da CVM. Dessa forma, era imprescindível que fosse constituída uma nova empresa abaixo do FIP Alkes II, que pudesse emitir debêntures e captar localmente os recursos complementares.

AS RAZÕES ECONÔMICAS E EMPRESARIAIS QUE MOTIVARAM A INCLUSÃO DA BCBH NA ESTRUTURA DE AQUISIÇÃO

8.29 A BCBH foi criada especificamente para exercer a função de holding do grupo, consolidando todas as entidades do GNDI, para que futuramente pudesse ter seu capital ofertado na bolsa de valores (B3), que é o objetivo das entidades de investimento em private equity, e que efetivamente ocorreu em 2018.

8.30 Assim, a BCBH exerceu fielmente o papel que lhe fora traçado desde a sua constituição: a concentração dos investimentos do grupo, para posterior abertura de capital, por meio da qual mais recursos seriam captados, garantindo o sólido crescimento orgânico da companhia.

AS RAZÕES ECONÔMICAS E EMPRESARIAIS QUE MOTIVARAM A INCLUSÃO DA BCBF NA ESTRUTURA DE AQUISIÇÃO

8.31 A BCBF foi criada para implementar o financiamento através da emissão de debêntures, da parcela de aproximadamente 30% complementar aos recursos necessários à aquisição do grupo GNDI (os outros 70% são o capital repassado pelo FIP Alkes II, recebidos dos fundos do exterior), no que se denomina de compra alavancada.

8.32 Mesmo reconhecendo a existência desse financiamento local, a Fiscalização desconsiderou a existência da BCBF, como se não houvesse qualquer razão econômica para que essa empresa fizesse parte da estrutura de aquisição.

(...)

AS RAZÕES REGULATÓRIAS E ECONÔMICAS QUE MOTIVARAM A INCLUSÃO DA BAIN BRAZIL NA ESTRUTURA DE AQUISIÇÃO

8.34 As normas da ANS não permitem endividamento acima de um certo nível, ditado pela margem de solvência, razão pela qual o financiamento obtido pela BCBF através das debêntures não poderia ser alocado a uma das empresas operacionais em uma eventual reorganização societária do grupo.

8.35 Por conta disso, antevendo a reorganização societária que seria implementada após o processo de aquisição do GNDI, tornou-se imprescindível incluir a Bain Brazil na estrutura, que poderia livremente fazer parte da reorganização societária que seria implementada pelo grupo, com a consequente consolidação da ND Seguradora e da Interodonto na Intermédica, sem que houvesse qualquer comprometimento quanto à margem de solvência das empresas, já que a dívida permaneceria inalterada na BCBF.

8.36 Portanto, havia uma razão regulatória que tornava imprescindível o isolamento da dívida em sociedade distinta daquela que efetivamente faria a aquisição das ações do GNDI, o que justifica a utilização da Bain Brazil na estrutura.

8.37 Inclusive a Bain Brazil foi responsável por conduzir o processo extremamente complexo de pedido de autorização de transferência de controle societário das operadoras de planos de assistência à saúde perante a ANS.

A INFUNDADA ALEGAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO” E A IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA BAIN BRAZIL

8.38 O ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente a possibilidade de se constituir uma pessoa jurídica para realizar um negócio jurídico determinado, ainda que para se beneficiar de incentivos fiscais.

8.39 As alegações da Fiscalização quanto à inexistência de receitas e atividades operacionais da Bain Brazil não guardam relação com a legitimidade do ágio em questão. Uma holding pura não é constituída para ter empregados ou outros ativos além de participações societárias. Sua existência efêmera tempo tampouco pode ser vista como um ato ilícito sob o ponto de vista fiscal, como bem observa Edmar Oliveira Andrade (cita texto do autor).

8.40 Assim, não pode o Fisco desconsiderar a existência da Bain Brazil em razão da falta de receitas ou despesas próprias.

8.41 A Fiscalização aponta que a Bain Brazil não possuía recursos próprios para efetuar a aquisição (até o evento de sua capitalização) para invalidar sua existência, mas na verdade esse é o pressuposto de uma holding que realize aquisição de participação societária.

8.42 A existência das holdings está prevista na Lei das S.A. e na Lei 11.727/2008.

8.43 Que, segundo o art. 31 da Lei nº 11.727/2008, as holdings têm por objeto exclusivamente a gestão de participações societárias.

(...)

A BAIN BRAZIL ERA A REAL ADQUIRENTE DA PARTICIPAÇÃO DA REQUERENTE

(...)

8.47 Adquirente é aquele que incorre no preço e adquire o bem e nesse conceito não há qualquer relação quanto à origem dos recursos ou à forma específica pela qual deva ocorrer a operação (se por uma holding ou por uma sociedade operacional).

8.48 No caso, a Bain Brazil, depois de capitalizada pela BCBF, passou a ser a titular dos recursos empregados na aquisição das controladoras do grupo GNDI, portanto ela deve ser considerada a adquirente para quaisquer fins de direito.

8.49 De acordo com o CPC 15 (itens 6 e 7), o “real adquirente” em uma combinação de negócios deve ser identificado dentre as partes envolvidas na operação.

(...)

8.52 A Lei nº 9.532/97, fundamentação legal utilizada pela Fiscalização, não menciona “real adquirente” ou “confusão patrimonial”.

A INDEVIDA TENTATIVA DE DESCONSIDERAÇÃO, PELO FISCO, DO NEGÓCIO JURÍDICO LEGITIMAMENTE REALIZADO PELA REQUERENTE

8.53 A Fiscalização desconsiderou os efeitos jurídicos de compra e venda de participação societária legítima, entre partes independentes e não-relacionadas, com propósitos negociais verdadeiros e independentes de quaisquer possíveis efeitos fiscais.

8.54 Trata-se de aplicação equivocada da “teoria da substância econômica”, encampada especialmente pelo disposto no art. 116, parágrafo único do CTN. Além de a operação ter sido válida e legítima, com propósito comercial efetivo e independente, a parte final do referido dispositivo deixa claro que ele não é autoaplicável, dependendo de regulamentação por lei ordinária que ainda não foi editada.

8.55 Quando muito este caso pode apenas corresponder à uma opção fiscal, porque não houve nenhuma estrutura abusiva ou excessiva passível de questionamento fiscal, mas apenas o legítimo exercício de seu direito de estruturar uma aquisição real e efetiva, praticada com terceiros não relacionados, por meio de uma sociedade holding.

A EFETIVA CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE A SOCIEDADE INVESTIDORA (BAIN BRAZIL) E SOCIEDADE INVESTIDA (REQUERENTE) – ART. 109 DO CTN E ARTS. 7º E 8º DA LEI 9.532/97

8.56 Para que os efeitos fiscais da aquisição das ações pudessem ser desconsiderados seria necessário a existência de vício que maculasse os atos e negócios jurídicos perfeitos e acabados, o que, conforme demonstrado, não existe. No caso, não houve situação simulada, dolosa ou fraudulenta.

8.57 A Lei 9.532/97 não estabelece conceito de adquirente diferente daquele para fins civis e societários, portanto não pode haver efeito tributário diferente daquele que a norma prevê em razão de um conceito que o próprio Direito Tributário não definiu. A lei tributária somente pode atribuir efeitos diferentes daqueles decorrentes do direito civil e societário se especificamente assim o dispuser.

8.58 Dessa forma, o adquirente deve ser a entidade que figura como compradora da participação societária, no caso, a Bain Brazil.

8.59 Não existe nenhum fundamento jurídico em afirmar que os Fundos de Private Equity no exterior seriam os “reais adquirentes”, sendo necessário que houvesse a união patrimonial entre eles e a Requerente para que o ágio pudesse ser amortizado. A absorção do patrimônio da investidora pela investida ocorreu com a incorporação da Bain Brazil pela Requerente.

(i) a adquirente da participação societária foi a Bain Brazil para todos os fins de Direito; (ii) não existe nenhuma ação dolosa, fraudulenta, simulação ou realizada com abuso de direito que desloque a condição de adquirente para uma outra pessoa; (iii) o ágio amparado em transações com terceiros não relacionados foi pago e reconhecido de acordo com a melhor técnica contábil.

8.60 Todos os requisitos dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 foram observados: aquisição de participação societária com pagamento de ágio; avaliação do investimento com base no MEP; fundamentação do ágio na expectativa de rentabilidade futura; e incorporação, cisão ou fusão entre a adquirente e a adquirida.

APLICABILIDADE DO ARTIGO 24 DA LINDB E ARTIGOS 100 E 146 DO CTN

8.61 De acordo com o art. 24 da LINDB, não é possível invalidar atos e contratos cuja produção já se houver completado, com base em mudança posterior de orientação geral. Assim, se a Administração Pública pretender a revisão da validade do ato ou contrato cuja produção já se houver completado, deverá observar as orientações gerais da época.

8.62 No mesmo sentido estariam os arts. 146 e 100, parágrafo único, do CTN, pelos quais as modificações trazidas nos critérios jurídicos não podem retroagir e contribuintes que observaram práticas reiteradas das Autoridades Fiscais não podem ser penalizados.

(...)

8.64 O art. 146 do CTN não contradiz o art. 24 da LINDB. Não há antinomia, não sendo possível falar em aplicação preferencial do artigo 146 do CTN. De fato, o artigo 146 é voltado para a Autoridade Fiscal, e não para a Autoridade Julgadora. No entanto, sua intenção, tal qual a do art. 24 da LINDB, é garantir segurança jurídica e proteger o princípio da confiança do contribuinte, que não poderá ver sua expectativa em relação a determinada interpretação jurídica alterada ao bel prazer da Fiscalização.

8.65 Portanto, a DRJ não tem outra alternativa senão reconhecer que as condutas adotadas pelas partes estavam respaldadas no entendimento da jurisprudência administrativa majoritária e, portanto, devem ser aceitas, sob pena de afrontar o princípio da segurança jurídica e as disposições específicas da LINDB (artigo 24) e do CTN (artigo 100 e 146).

A CONFIRMAÇÃO DO DIREITO À DEDUÇÃO DO ÁGIO: A TRIBUTAÇÃO DOS GANHOS DE CAPITAL AUFERIDOS PELOS VENDEDORES

8.66 Os acionistas vendedores apuraram ganhos de capital tributáveis. Apesar de a Fiscalização não considerar esse fato, a doutrina e o CARF consideram que, nesses casos, o adquirente pode deduzir a amortização do ágio. Isto é, o alienante tributa a

“mais-valia” recebida e o adquirente, por sua vez, passa a ser autorizado a deduzir a amortização do ágio. Cita acórdãos do CARF e transcreve texto de determinado autor.

8.67 Conclui este item afirmando que, portanto, é equivocada a glosa pretendida pela Fiscalização, já que a tributação dos ganhos de capital pelos vendedores conferiu ainda maior legitimidade à dedutibilidade do ágio.

O DESCABIMENTO DA MULTA QUALIFICADA

8.68 Para aplicação da multa qualificada, deve ficar provado por meios hábeis e idôneos que o contribuinte incorreu em fraude, conluio ou simulação, hipóteses dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, entendimento consolidado no CARF e na CSRF.

8.69 A Fiscalização alegou que “o contribuinte, de forma elaborada, buscou uma construção artificial e que teve com intuito único e exclusivo dificultar a análise por parte da fiscalização do real motivo da reorganização societária”, mas que, no entanto, como detalhadamente comentado acima, foram razões empresariais extra tributárias que levaram o Grupo Bain Capital à definição da estrutura de compra alavancada adotada para a aquisição do GNDI, e não qualquer intenção de obter vantagens fiscais indevidas.

8.70 A Bain Brazil já existia antes da aquisição da participação societária, de modo que já exercia as atividades intrínsecas às holdings desde a sua criação. A Fiscalização inclusive confirma que a Bain Brazil tinha operação: “uma sociedade com objetivo social de participação em outras, além da prestação e serviços de assessoria empresarial, RH, contratação de executivos”, portanto, desconsiderar a existência da Bain Brazil, sob a alegação de ter como único objetivo realizar a incorporação reversa e o consequente aproveitamento do ágio pelas empresas operacionais do GNDI, é até incongruente.

(...)

8.74 Este caso sequer pode ser chamado de “planejamento tributário”, uma vez que se tratou de uma aquisição entre partes independentes, feita a valor justo de mercado, sendo que a aquisição da Requerente pela Bain Brazil foi também motivada por razões empresariais verdadeiras e não tributárias.

8.75 Resta demonstrado o descabimento da multa qualificada de 150% no presente caso, e da própria penalidade como um todo, nos termos do art. 76, inciso II, alínea “a”, da Lei 4.502/64 e do art. 112 do CTN, razão pela qual se pleiteia seu integral e imediato cancelamento.

IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA CONCOMITANTE DA MULTA ISOLADA COM A MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA – Princípio da consunção

8.76 O par. 1º do art. 44 da Lei 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 houver valores de principal possivelmente exigíveis pela Fiscalização. Quando houver tributo a ser pago, a multa punitiva deverá ser cobrada juntamente com o valor do principal, sem a exigência da multa isolada. O art. 15 da IN SRF 93/97 estaria no mesmo sentido. Também a Súmula CARF nº 105.

8.77 A comparação entre a redação do art. 44 da Lei 9.430/96 antes e depois da alteração da Lei 11.488/07 deixa claro o fato de que não há qualquer distinção material antes e depois da alteração legislativa.

8.78 A impossibilidade de aplicação simultânea das multas de ofício e isolada decorre do chamado princípio da consunção. Somente a multa de ofício pode ser aplicada ao final do ano calendário, não havendo que se falar na multa isolada pela mera conduta

meio nesse caso, que é a falta de antecipações no regime de estimativa mensal, em função dos mesmos fatos geradores. Transcreve decisões do STJ e acórdãos do CARF.

8.79 Assim, resta demonstrada a improcedência da aplicação simultânea das multas de ofício e isolada. Em obediência à Súmula CSRF 105/2014, deve ser integralmente cancelada esta multa isolada.

(...)

Impugnação da ND Participações (ex-BCBH Participações)

9. A ND Participações (que na estrutura societária aparece com o seu nome anterior BCBH Participações), caracterizada como responsável tributária solidária com base no art. 124, inciso I, do CTN, apresentou a impugnação de (fls. 7030/7049), da qual se transcreve os trechos considerados mais relevantes:

I. PRELIMINARES

(...)

NULIDADE DO TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA | FALTA DE INDICAÇÃO DOS FATOS QUE EMBASARAM A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE À REQUERENTE

(...) em nenhum momento a D. Autoridade Fiscal indicou os fatos que levariam à imputação de responsabilidade à Requerente (...) tendo a D. Fiscalização simplesmente informado que todas as empresas estavam no mesmo polo jurídico da obrigação tributária

(...) pretende-se a responsabilização da Requerente apenas pela sua condição de entidade do Grupo Notre Dame (“GNDI”)

(...) não demonstrou requisitos essenciais à responsabilização para fins tributários,

tais como:

(i) Quais ações/omissões implicariam conduta com excesso de poder?

(ii) Quais foram as ações/omissões efetivamente incorridas pela Requerente que levam à sua responsabilização?

(iii) Em relação a essas ações/omissões, quais às normas especificamente infringidas, que levariam à prática de ato ilícito?

Conclui-se, portanto, que a D. Fiscalização imputou responsabilidade solidária à Requerente com base em simples presunção, o que não se pode admitir, conforme já decidido pela E. Câmara Superior de Recursos Fiscais (“CSRF”):

(...)

II OS FATOS

III DA INEXISTÊNCIA DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

A INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 124, INCISO I, DO CTN

Contudo, não basta o simples interesse econômico indireto para a atribuição de responsabilidade, como, por exemplo, o simples fato de deter participação societária, devendo ser demonstrado que a situação que deu causa ao fato gerador é de interesse comum dos responsáveis solidários, no mesmo polo e sob a mesma perspectiva. Esse

entendimento está em linha com o entendimento uníssono da doutrina e da jurisprudência.

(...)

Portanto, o artigo 124, inciso I do CTN é inaplicável ao caso, pois (i) o dispositivo não é forma de inclusão de terceiro, mas sim grau de responsabilidade dos coobrigados; (ii) o dispositivo vale para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado; (iii) o interesse comum não se confunde com o interesse econômico no resultado ou proveito da situação que constitui o fato gerador; (iv) os exemplos apresentados pela doutrina demonstram que a situação examinada nesses autos em nada se confunde com a correta abrangência de “interesse comum” e alcance da norma.

(...)

AD ARGUMENTANDUM: A IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO

(...)

Assim, a Requerente requer seja reconhecida a seguinte nulidade referente à sua responsabilização, com o consequente cancelamento integral do Termo de Sujeição Passiva:

- Inexistência de descrição clara e precisa dos fatos que levaram a imputação de responsabilidade à Requerente (utilização de mera presunção para imputar responsabilidade solidária). (...)

Subsidiariamente, caso esta I. DRJ não acolha a nulidade acima, o que se admite apenas para fins de argumentação, a Requerente requer o acolhimento das seguintes razões de Direito:

(i) Inaplicabilidade do artigo 124, inciso I, do CTN. O artigo 124, inciso II, do CTN é inaplicável ao caso, pois: pois (a) o dispositivo não é forma de inclusão de terceiro, mas sim grau de responsabilidade dos coobrigados; (b) o dispositivo vale para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado; (c) o interesse comum não se confunde com o interesse econômico no resultado ou proveito da situação que constitui o fato gerador; (d) os exemplos apresentados pela doutrina demonstram que a situação examinada nesses autos em nada se confunde com a correta abrangência de “interesse comum” e alcance da norma.

(ii) A improcedência do Auto de Infração. Ainda que não se considerem os argumentos acima, o que se admite apenas para argumentar, o Termo de Responsabilidade Tributária deve ser integralmente cancelado devido à própria improcedência do Auto de Infração lavrado contra a ND Intermédica. As questões de fato e de mérito devem ser consideradas, nesse particular, em conjunto com os demais elementos contidos na Impugnação protocolada pela sociedade.

Impugnação da BCBF Participações

10. A BCBF Participações, outra empresa caracterizada como responsável tributária solidária com base no art. 124, inciso I, do CTN, apresentou impugnação contendo o mesmo teor que a da ND Participações (fls. 6975/6994), acima transcrita de forma resumida.

A Turma julgadora de primeira instância julgou improcedentes as impugnações, conforme decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2014, 2015

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. INCORPORAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. INDEDUTIBILIDADE.

É indedutível para fins de IRPJ e CSLL a amortização do ágio artificialmente criada com a utilização de empresa veículo, que foi incluída na estrutura societária unicamente com o fim de ser incorporada e gerar a amortização, ainda que a aquisição que originou o ágio tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço suportado em laudo de avaliação.

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA ADQUIRIDA COM RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. EXIGÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE A REAL INVESTIDORA E A INVESTIDA.

A legislação tributária exige a confusão patrimonial entre a empresa investida e a real investidora, sendo esta a sociedade que efetivamente fez ou contratou os estudos de rentabilidade futura, acreditou na justificativa do ágio e desembolsou os recursos para a aquisição, ainda que a operação que originou o ágio tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço suportado em laudo de avaliação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2014, 2015

CSLL. DECORRÊNCIA. LANÇAMENTO REFLEXO.

Versando sobre as mesmas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento alusivo à CSLL o que restar decidido no lançamento do IRPJ.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2014, 2015

MULTA DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. QUALIFICAÇÃO.

Constatado que houve consciência e vontade na produção de fatos com o fim de conformá-los à norma legal de dedutibilidade do ágio, com a utilização artificial de empresa-veículo, evidenciando simulação, cabível a qualificação da multa de ofício.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A partir do advento da Medida Provisória nº. 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº. 9.430, de 1996, é possível a exigência concomitante de multa por insuficiência de pagamento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL com a multa de ofício decorrente da falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. PARTICIPAÇÃO CONJUNTA DAS EMPRESAS DO GRUPO COM O MESMO FIM. INTERESSE COMUM.

Constatada a atuação conjunta das empresas controladoras e controladas, visando alcançar o fim pretendido pelo grupo econômico, caracteriza-se o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária e, portanto, correta é a atribuição de responsabilidade solidária.

Cientificada da decisão de primeira instância em 11/05/2021 (fls. 7.188), a recorrente interpôs, no dia 08 do mês seguinte (fls. 7.190), o recurso voluntário de fls. 7.192 ss,

por meio do qual, em síntese, reitera as alegações e os pedidos deduzidos perante a primeira instância de julgamento contra o lançamento.

Especificamente sobre a decisão recorrida, a defesa argumentou que o feito é nulo, em razão de ter alterado o critério jurídico do fundamento do lançamento tributário, providência que seria vedada pelo artigo 146 do CTN e que se materializou quando *“Diferentemente da autuação, a I. DRJ concluiu que a ‘real adquirente’ das ações seria na verdade a BCBH e não mais as entidades no exterior, ou seja, a I. DRJ, em sua decisão, passou a atribuir uma nova qualificação jurídica a fatos já conhecidos e descritos no TVF”*.

ND Participações e BCBF Participações, solidariamente responsabilizadas, apresentaram seus recursos voluntários – respectivamente, às fls. 7.475 e ss e 7.373 e ss – em 09/06/2021 (fls. 7.371 e 7.473), reprisando os argumentos antes deduzidos em suas impugnações.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Eduardo Genaro Serra, Relator.

Os recursos voluntários são tempestivos e reúnem os demais requisitos de admissibilidade. Logo, deles conheço.

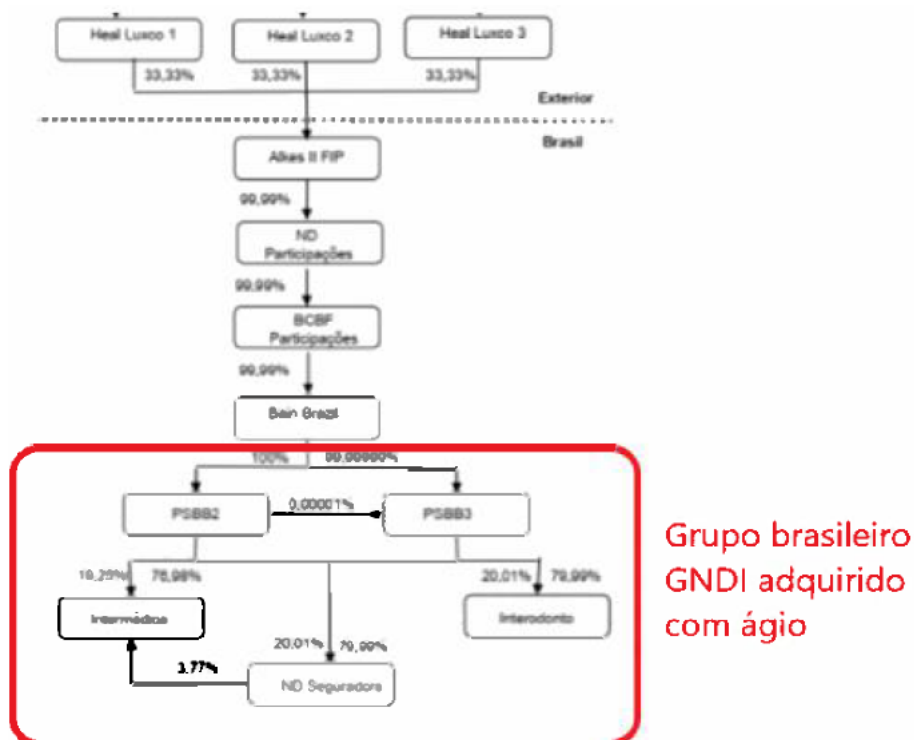
Da lide

A cronologia incontroversa dos fatos foi bem sintetizada pela autoridade julgadora de primeira instância (fls. 7.141), do seguinte modo:

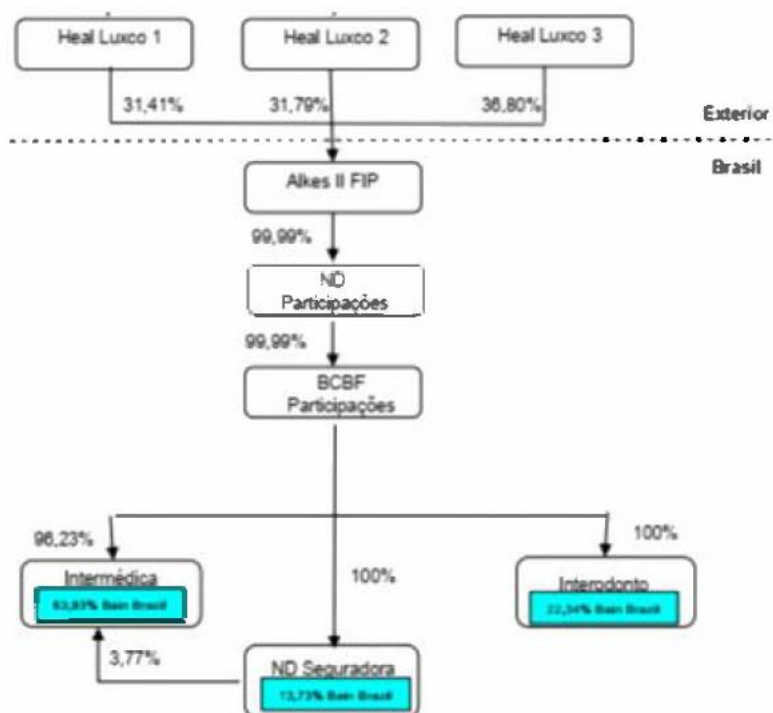
DATA	EVENTO – ordem cronológica
MARÇO 2013	Constituição, no Brasil, do fundo de investimento em participações <u>Alkes II FIP</u>.
MARÇO 2014	- Os fundos do exterior (Luxco 1, Luxco 2 e Luxco 3) subscrevem as quotas do <u>Alkes II FIP</u>. - O <u>Alkes II FIP</u> adquire a <u>ND Participações</u> (então <u>BCBH</u>), na época com capital social subscrito de R\$ 1.000,00 e integralizado de R\$ 100,00. - A <u>ND Participações</u> adquire a <u>BCBF Participações</u>, também na época com capital subscrito de R\$ 1.000,00 e capital integralizado de R\$ 100,00. - A <u>BCBF Participações</u> adquire a <u>Bain Brazil</u>. - A <u>BCBF Participações</u> celebra contrato com o Bradesco para emitir debêntures, a fim de captar recursos complementares para a compra do grupo brasileiro GNDI.

	• A <u>Bain Brazil</u> celebra contrato de compra das ações das holdings do grupo brasileiro GNDI (PSBB2 e PSBB3), com ágio.
MAIO 2014	• Os fundos do exterior subscrevem e integralizam quotas do <u>Alkes II FIP</u> no valor de R\$ 994.993.998,00. Esses recursos são a parte do investimento proveniente do exterior (aprox. 72%). O restante veio da emissão das debêntures pela <u>BCBF Participações</u>. • O <u>Alkes II FIP</u> integraliza capital de R\$ 992.872.522,00 na <u>ND Participações</u>. • A <u>ND Participações</u> integraliza capital de R\$ 992.872.522,00 na <u>BCBF Participações</u>. • Captação, pela <u>BCBF Participações</u>, de R\$ 396.747.648,03 através das debêntures, que têm como garantia a 100% do capital das três empresas operacionais. • A <u>BCBF Participações</u> integraliza capital na <u>Bain Brazil</u>, valor de R\$ 1.385.744.824,00. • A <u>Bain Brazil</u> adquire, por esse mesmo valor, 100% do capital das holdings do grupo brasileiro GNDI, a PSBB2 e a PSBB3 (aquisição com o ágio).
SETEMBRO 2014	• A <u>Bain Brazil</u> incorpora as holdings PSBB2 e PSBB3 do grupo brasileiro, passando a ser a controladora direta das três empresas operacionais.
NOVEMBRO 2014	• Cisão da <u>Bain Brazil</u> em três parcelas e incorporação pelas empresas operacionais <u>Intermédica</u> (a impugnante, na condição de sucessora da <u>ND Seguradora</u>), <u>Interodonto</u> e <u>ND Seguradora</u>, com início do aproveitamento do ágio pelas operacionais.

De tal modo, efetivadas as aquisições iniciais – entre março/2013 e maio/2014 –, a estrutura assim se formou, quando da compra das ações das sociedades do GNDI pela Bain Brazil:



Em novembro/2014, ao fim de todas as operações societárias, a nova estrutura passou a ser:



A partir de tais fatos, entendeu a autoridade fiscal que a Bain Brazil foi uma empresa veículo para que investidores estrangeiros adquirissem – com a vantagem fiscal de dedução do ágio pago das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL – o grupo brasileiro GNDI.

Com a posterior incorporação da Bain Brazil por sociedade componente do grupo adquirido – a ND Seguradora, posteriormente, sucedida pela recorrente –, a dedução do ágio teria indevidamente favorecido os reais adquirentes.

Sob o entendimento de ter sido dolosamente engendrado um conjunto de operações societárias sem qualquer finalidade empresarial, mas tão somente para a obtenção de economia tributária por suposta dedução indevida de ágio, a autoridade fiscal aplicou a multa de ofício em sua forma qualificada (Lei nº 9.430/96, artigo 44, § 1º). E, por vislumbrar interesse comum direto das sociedades BCBH Participações (atual ND Participações) e BCBF Participações, as responsabilizou solidariamente (CTN, artigo 124, I).

Sobre os mesmos fatos, a recorrente principal defende a dedutibilidade do ágio, sob os seguintes argumentos: (i) a aquisição se deu entre partes não-relacionadas; (ii) houve efetivo pagamento de preço; (iii) foram oferecidos à tributação os ganhos de capital auferidos pelos vendedores; (iv) houve laudo de avaliação preparado por empresa independente e especializada; (v) existiram claros propósitos negociais e empresariais não tributários; (vi) não há razão para a qualificação da multa de ofício; (vii) é incabível a concomitância das multas de ofício e isolada; e (viii) é inaplicável a taxa Selic.

Especificamente com relação à decisão recorrida, a devedora principal arguiu sua nulidade, ante a afirmação do colegiado julgador de a real adquirente ter sido a BCBH Participações, e não os FPE relacionados pela autoridade fiscal como atuantes em tal função. Dessa forma, em tese, teria ocorrido a alteração do critério jurídico inicialmente adotado para fundamentar a exação.

Ainda visando os fatos atinentes à lide, os responsáveis tributários arguíram: (i) a nulidade do termo de sujeição passiva, por suposta precariedade na motivação; (ii) a inaplicabilidade do artigo 124, inciso I, do CTN, ao caso; e (iii) a improcedência do lançamento.

Dos paradigmas jurisprudenciais e doutrinários

Inicialmente, perante a farta jurisprudência colacionada, deve ser esclarecido que decisões judiciais e administrativas não atinentes ao caso concreto, eventualmente apresentadas nos autos como paradigmas jurisprudenciais, embora constituam importante fonte de pesquisa, são, antes, atos jurídicos que produzem efeitos interpartes.

Por conseguinte, jurisprudência - excetuada a de caráter vinculante - e doutrina não vinculam esta instância julgadora, conforme a dicção do artigo 506 do CPC. Destarte, não podem ser amplificados genericamente a outros casos, não tendo eficácia erga omnes e não constituindo legislação tributária, à luz do CTN, artigos 96 e 100.

Sendo assim, este ou aquele posicionamento jurisdicional não pode ser estendido aos demais contribuintes não integrantes do processo judicial ou administrativo apenas por estarem corporificados numa decisão anterior ao caso ora em análise.

De igual modo, cabe esclarecer que mesmo a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à

legalidade. Sendo assim, posicionamentos doutrinários revelam-se úteis ao debate processual, mas não é vinculante para a autoridade julgadora.

As Turmas de julgamento do CARF vinculam-se ao seguinte: (i) leis, decretos, tratados e acordos internacionais, exceto quando alcançados pelas hipóteses elencadas no RICARF; (ii) decisões judiciais definitivas de mérito, proferidas em sede de recursos extraordinários e especiais repetitivos; (iii) resoluções do colegiado pleno da CSRF; (iv) súmulas do CARF; (v) súmulas vinculantes do STF.

Da inaplicabilidade do artigo 24 da LINDB

Não merece acolhida a invocação do artigo 24 da LINDB, incluído pela Lei nº 13.655/18. Tal dispositivo assim dispõe:

Art. 24. A **revisão**, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, **quanto à validade de ato**, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado **levará em conta as orientações gerais da época**, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as **interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária**, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (grifei)

A simples leitura do dispositivo acima transcrito permite concluir que sua aplicação, no escopo da análise de um lançamento tributário, se restringe aos casos de revisão do ato administrativo, medida que não se opera quando da prolação de uma decisão administrativa em sede contenciosa.

A natureza jurídica do julgamento administrativo é de controle de legalidade estritamente realizado sobre as questões em litígio, e não de revisão de ofício do ato administrativo impugnado. Ignorar tal aspecto é desbotar a existência de uma jurisdição administrativa, constitucionalmente afirmada, e que, igualmente por força da Lei Maior, deve ter como vetor a legalidade. É a exegese dos artigos 5º, LV, e 37, caput.

Ainda que assim não fosse, a norma em questão tem por objeto a revisão de atos da Administração Pública dos quais decorram benefícios ou vantagens ao particular, e não a análise de ato que constitua (lançamento de ofício) ou declare a não extinção (compensação não homologada) de crédito tributário.

Ademais, mesmo que fosse possível superar a limitação da aplicabilidade do artigo 24 em comento aos casos de revisão – ou ainda que se queira tomar o julgamento administrativo como se revisão de ofício fosse – é preciso observar que o dispositivo alude a “*orientações gerais*” consistentes, para o que aqui importa, em “*jurisprudência judicial ou administrativa majoritária*”. Nesse contexto, não se tem notícia de qualquer predominância jurisprudencial em favor do sujeito passivo em casos similares como os da infração discutida nestes autos.

A mera colação de julgados em peça processual, seja pela fiscalização, pela defesa ou mesmo pela autoridade julgadora, não tem o condão de fixar as decisões assim reproduzidas como representantes da jurisprudência majoritária.

Se assim não fosse, seria possível se chegar a um curioso impasse: é que, no âmbito do CARF, cristalizou-se o entendimento de que é inviável a invocação do artigo 24 para viabilizar a desconstituição de lançamentos tributários – *ex vi* os acórdãos n.º 1301-003.284, 1401-002.884, 1402-003.605, 9202-007.145, 9101-003.839 e 9101-003.807 –, o que culminou com a edição da súmula nº 169:

O art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, **não se aplica ao processo administrativo fiscal.** (grifei)

Assim, ao empregar o artigo 24, o julgador teria de seguir a “*jurisprudência majoritária*”, da qual emana “*orientação geral*” para que não se aplique o mesmo artigo 24. Mas tal conclusão não poderia ser posta em prática, vez que a ela só se chegou com a aplicação do dispositivo afastado pela jurisprudência tomada como majoritária.

A tanto não se chega, evidentemente, ante o caráter vinculante que o verbete sumular acima reproduzido possui sobre esta c. Turma. Tal situação, por si só, afasta a utilidade do dispositivo legal em comento para a solução da presente lide.

Da nulidade da decisão recorrida. Inocorrência

Com relação à arguição de nulidade da decisão de primeira instância, a recorrente confronta a acusação fiscal – que, em seu entender “*se concentra em um argumento central: a identificação dos ‘reais adquirentes’ na operação que gerou o ágio ora em discussão. De maneira totalmente infundada, a D. Fiscalização havia concluído que os ‘reais adquirentes’ seriam na verdade os ‘Fundos de Private Equity’*” – com a decisão recorrida, que “*optou por criar uma nova alegação (também descabida) que passou a ser a base da manutenção de toda a autuação. Diferentemente da autuação, a I. DRJ concluiu que a ‘real adquirente’ das ações seria na verdade a BCBH e não mais as entidades no exterior*”.

A partir de tal suposta modificação de critério jurídico para a constatação da infração tributária, a recorrente apontou inovação indevida por parte da autoridade julgadora, aduzindo que a consequência processual necessária para o caso seria a nulidade da decisão proferida.

Sem razão a recorrente. O cerne da acusação fiscal foi a suposta artificial dedutibilidade de ágio, viabilizada a partir da utilização de empresa veículo que, ao fim da operação, pudesse ser incorporada. Naturalmente, se a adquirente é mera sociedade de passagem, há de haver um real investidor. Mas a referência uníssona à sua denominação ao longo dos autos é questão de somenos importância, mormente quando a decisão que se pretende ver anulada demonstrou plena compreensão dos fatos afetos a lide e prolatou veredito com eles congruente, ainda que, obviamente, quanto ao mérito possa ser enfrentada.

A toda evidência, a autoridade fiscal e o colegiado julgador da instância inaugural convergiram em suas conclusões. Para ambos, a conduta do sujeito passivo se amoldou à infração quando uma sociedade que entenderam ter se prestado ao papel de empresa veículo

operou, em favor de sucedida da recorrente, para gerar uma dedução indevida ao lucro real e à base de cálculo da CSLL.

Ademais, a alardeada mudança na identificação do real adquirente das ações nem sequer existe quando se observa que, na forma já referida acima no capítulo “Da lide”, os fundos de private equity – de onde se originaram os recursos para a efetivação do negócio – subscreveram quotas de um FIP que adquiriu a então BCBH Participações (depois ND Participações). E a suposta empresa veículo (Bain Brazil) fora adquirida por uma outra sociedade de participações (BCBF) antes adquirida pela BCBH.

Tanto assim que a autoridade fiscal, com amparo em resposta da própria recorrente no curso do procedimento fiscal, deixou claro que os fundos de private equity investiram no Brasil pela real aquisição do GNDI pela ND Participações:

Questionada a apresentar os motivos que levaram a Bain Brazil a adquirir as participações societárias detidas pelos antigos controladores do Grupo Notre Dame Intermédica, destacando-se os benefícios esperados de natureza empresarial, estratégica, financeira, fiscal e/ou quaisquer outros efeitos positivos, **a fiscalizada informou em resumo que, como o Grupo Notre Dame Intermédica era um empreendimento de sucesso, despertou o interesse do Grupo Bain, empresa americana de investimentos privados**. A meta do Grupo Bain ao adquirir o controle do Grupo Notre Dame Intermédica era muito clara: dar suporte à expansão do grupo brasileiro, aumentando o tamanho do Grupo Notre Dame Intermédica em termos de faturamento e números de beneficiários, e promover a abertura do capital da empresa no longo prazo. Tanto que, no início do ano de 2018, o Grupo Notre Dame Intermédica realizou sua oferta pública inicial de ações (IPO) e levantou R\$ 2,7 bilhões.

Como se vê, **o explicado acima não diz respeito às intenções da efêmera Bain Brazil, extinta em 30/11/2014, mas sim sobre as dos Fundos de Private Equity, que buscavam efetuar um investimento de médio prazo aqui no Brasil**, tanto que as realizações de suas participações começariam a ocorrer em 2018, ao oferecê-las em oferta secundária por ocasião do IPO da diligenciada.

Quanto a esclarecer se havia alguma restrição operacional, organizacional ou legal para que a aquisição fosse realizada por outra Afiliada da Bain Brazil a fiscalizada esclareceu que, “como regra, não havia restrições para que a aquisição fosse realizada por outra afiliada do Grupo Bain”.

Embora a Bain Brazil não tenha elaborado demonstrações financeiras para o ano-calendário de 2014, segundo a fiscalizada, porque foi incorporada em 30/11/2014, **nas notas explicativas das demonstrações financeiras de 2014, da ND Participações está informado que a Administração da Companhia, em conjunto com seus assessores jurídicos, concluíram que a ND Participações é a adquirente do Grupo Notre Dame Intermédica**, assumindo o controle de suas empresas a partir de 21/05/2014.

Pelo visto até aqui, soa óbvio que a saída de cena da Bain Brazil não alterou o controle dos Fundos de Private nas Operadoras, posto que as sociedades que efetivamente adquiriram o investimento (Grupo Notre Dame Intermédica), com ágio, não liquidaram esse investimento. (Destaques do original omitidos. Grifei)

Como se vê, não houve qualquer inovação, quantos aos motivos fundantes do lançamento, pela autoridade julgadora.

Verifica-se, ainda, que a argumentação desenvolvida pela recorrente permite concluir que os fundamentos da decisão recorrida foram por ela plenamente compreendidos,

tanto que contestados, com proficiente enfrentamento das questões de fato e de direito envolvidas na lide, o que mostra pleno e perfeito conhecimento das razões de decidir.

Destarte, descabe a alegação de nulidade da decisão de primeira instância, uma vez que observados os regulares ditames do devido processo legal.

Assim, incorrentes, no caso em tela, as hipóteses elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 (*“Art. 59. São nulos: I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. (...)”*), julgo improcedente o pedido de decretação de nulidade da decisão da DRJ.

Do mérito

O ágio surge na aquisição de investimento empresarial baseado na expectativa de rentabilidade, correspondendo à diferença a maior entre o preço de aquisição e o valor do patrimônio líquido contábil da participação societária adquirida.

Não por acaso, assinala Sérgio de Iudícibus (*in*: Manual de Contabilidade. S. Paulo: Ed. Atlas, 2003, p.180): *“o conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações, e ocorre quando adotado o método da equivalência patrimonial”*. Prosseguindo, o autor alerta que *“a CVM determina que o ágio ou o deságio apurado na aquisição ou subscrição de investimentos seja contabilizado com indicação do fundamento econômico (Instrução nº 247/96, art. 14)”*.

Do conceito acima descrito, destaca-se que os pressupostos do ágio são a aquisição de participação societária e a existência de fundamento econômico.

Na legislação tributária, o ágio em investimentos está disposto no artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Em síntese, o comando legal determina que o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada deverá, por ocasião da aquisição, desdobrar o custo de aquisição em valor do patrimônio líquido e ágio ou deságio na aquisição do investimento. Por seu turno, o lançamento do ágio ou deságio deve indicar o fundamento econômico.

O ágio decorrente de negociações societárias deve obedecer a determinadas diretrizes estabelecidas pela Lei nº 9.532/97. O referido regramento legal surgiu justamente com o objetivo de estabelecer condições para a dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio, e também de forma a coibir alguns abusos, os quais eram cometidos sob a denominação de planejamento tributário. O legislador definiu os contornos das situações em que os encargos dessa amortização podem ser deduzidos para a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL como consta do parágrafo 11 da Exposição de Motivos nº 644/MF, relacionada à Medida Provisória nº 1.602, que por sua vez foi convertida (com alterações) na Lei nº 9.532/97:

11. O art. 8º estabelece o tratamento do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vêm utilizando o

expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

A Lei nº 9.532/97 passou a estabelecer as condições para a dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio pago, cujo descumprimento implica a impossibilidade de o sujeito passivo deduzidos na apuração de seu lucro real e da base de cálculo da CSSL. Os artigos 7º e 8º disciplinam tal tratamento tributário:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de **incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio**, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - **poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977**, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados **posteriormente à incorporação, fusão ou cisão**, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do caput:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º **O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:**

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. (grifei)

Até o advento dessas normas carreadas na Lei nº 9.532/97, as amortizações contabilmente efetuadas relativamente ao ágio deveriam ser adicionadas ao lucro líquido para a apuração do lucro real, conforme determinava o artigo 25 do já aludido Decreto-lei nº 1.598/77. Somente no momento da alienação ou da baixa da participação societária adquirida é que, com o reconhecimento do ágio como custo do investimento para apuração de ganho ou perda de capital, tal parcela operava efeitos tributários.

Até então, o aproveitamento tributário do ágio na incorporação da sociedade adquirida como investimento era, por construção jurídica, vista como alienação ao próprio investidor. Evidentemente que tal mecanismo, sem fundamento legal que lhe balizasse, dava azo aos abusos comentados na exposição de motivos acima reproduzida. Do mesmo modo, a insegurança jurídica do tema era um fator desmotivador para investimentos privados no contexto do Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031/90.

Dentre os objetivos fundamentais do PND estavam a alienação de empresas estatais (Lei nº 8.031/90, "*Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;*") pelo máximo valor possível e, com isso, aumentar o estoque de capital ("*II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;*"), sobretudo considerando que a receita pública originária – decorrente da alienação de patrimônio – é imune à tributação da renda (CF, "*Art. 150. (...), é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (...) a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;*").

Nesse contexto é que se fez necessária a edição da Lei nº 9.532/97. Seu artigo 7º, já reproduzido acima, positivou a incorporação como realização do investimento (aquisição da participação societária anterior), concedendo, mais que segurança jurídica, verdadeiro incentivo tributário às sociedades privadas dispostas a adquirir (e incorporar) estatais por preço que abarcasse a expectativa de rentabilidade futura (goodwill).

Não obstante, era sabido que as sociedades mais propensas a aportar capital nas privatizações de empresas estatais, seriam holdings puras – sociedades cujo objeto principal não é a realização de atividade empresarial, mas o investimento em sociedades economicamente operantes. Exatamente por tal traço característico, tais sociedades adquirentes não se beneficiariam da amortização do ágio, afinal seus resultados contábeis advêm, pelo método da equivalência patrimonial, do resultado das sociedades investidas.

Assim, exceto se a adquirente fosse uma holding mista – aquela que detém participação societária noutras empresas, mas também realiza atividade econômica –, não haveria base de cálculo (lucro real ou base de CSLL) da qual se pudesse deduzir a amortização do ágio como despesa. Daí foi preciso permitir tal dedução por parte da empresa adquirida, como forma de o favor fiscal chegar (pela via da equivalência patrimonial) à sociedade investidora. Isso se fez com a edição do artigo 8º, transcrito acima.

Com isso, se por um lado a solução legislativa em comento fomentou as privatizações que lhe foram contemporâneas, conferiu apenas relativa segurança jurídica à dedução do ágio amortizado. Isso porque o expresso permissivo do artigo 7º para os casos de incorporação, quando estendido para a situação do artigo 8º - que se convencionou chamar de “*incorporação reversa*” ou “*incorporação às avessas*” – pavimentou o caminho para a via do abuso de direito.

Explica-se: para que houvesse o aproveitamento indevido do ágio bastaria que, cumprindo todas as formalidades necessárias, (i) uma empresa lucrativa e com valor de patrimônio líquido defasado (PJ “A”) fosse adquirida por seu valor de mercado (portanto, com ágio) por uma empresa veículo (PJ “B”), subsidiária integral de uma holding (PJ “C”). Posteriormente, (ii) “A” incorpora “B” e (iii) as cotas ou ações de “A” são utilizadas (pelo valor de mercado) para a integralização de capital em “B”.

Com isso, “A” fica formalmente autorizada a deduzir o ágio de si mesmo. Não bastasse, por força do artigo 36 da Lei nº 10.637/02 - até o advento da Lei nº 11.196/05, que revogou tal dispositivo - “C” (que passou de uma participação de valor “X” em “B” para um valor “X+ágio” em “A”) poderia diferir a tributação com o ganho de capital auferido na operação.

E assim chegamos ao ponto em que a utilização tributária de ágio obtido em operações societárias precisou ser foco de constante atenção do Fisco, mormente em casos como o presente, em que há investidores alheios aos propósitos societários fornecendo recursos para que a adquirente incorpore a sociedade investida.

Os artigos 385 e 386 do Decreto nº 3.000/99, Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) em voga na ocasião, consolidando os dispositivos legais citados anteriormente, fixaram o tratamento tributário do ágio ou do deságio nos casos de incorporação, fusão ou cisão:

Desdobramento do Custo de Aquisição

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, **desdobrar o custo de aquisição em** (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

I - **valor de patrimônio líquido na época da aquisição**, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e

II - **ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.**

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão

Art. 386. **A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio**, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - **poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior**, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados **posteriormente à incorporação, fusão ou cisão**, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

(...)

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).
(grifei)

Assim, restam legalmente demonstrados os requisitos para a dedutibilidade do ágio amortizado referido como doutrinariamente apontados, na abertura deste capítulo: (i) a

efetiva aquisição de participação societária, com posterior incorporação/fusão/cisão; e (ii) a existência de fundamento econômico.

Pois bem.

Feita a contextualização da lide e expostos os requisitos à dedutibilidade do ágio, é possível afirmar que algumas questões suscitadas pela defesa, ainda que de relevo para o trato de repercussões tributárias outras, são elementos neutros para o caso em tela.

Nesse sentido, o fato de as operações societárias terem se iniciado entre partes não relacionadas não foi o cerne da acusação fiscal, sendo despidendo revolver tal tema. Quanto aos efetivos pagamentos dos preços que carrearam os ágios ora discutidos, a questão não corporifica as infrações imputadas pela acusação. Também não houve suspeição acerca do laudo de avaliação.

O mesmo se dá com relação à tributação do ganho de capital pelos vendedores, recolhimento que, tendo ou não ocorrido, em nada repercute na análise da dedutibilidade do ágio.

Razões incontestas há para tanto: (i) o ganho de capital pode ocorrer para o vendedor sem que o ágio possa ser deduzido pelo comprador – basta que este não realize a alienação ou a incorporação da sociedade adquirida; (ii) o ágio pode existir sem que, antes, tenha havido ganho de capital – afinal, (ii.a) nem sempre a participação societária é adquirida, podendo ocorrer pela via do aumento de capital na própria sociedade a qual a participação se refere; ou (ii.b) a participação societária pode ter sido vendida com perda de capital, pois enquanto o resultado da compra e venda (ganho ou perda de capital) é medido pelo custo de aquisição, o ágio é mensurado a partir do patrimônio líquido.

Ainda que assim não fosse, bastaria atentar que a lei impõe requisitos específicos para a dedutibilidade do ágio, dentre os quais não estão relacionados a apuração de ganho de capital, e o correspondente recolhimento de tributo, pela parte vendedora da participação societária.

Nesse sentido lecionam Bruno Fazersztajn e Paulo Coviello Filho (*in*: Peixoto, Marcelo Magalhães; Faro, Maurício Pereira (coordenadores). Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL. São Paulo: MP, 2016. p. 110-111):

Isso porque **não é pressuposto para a amortização de ágio**, nos termos do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, que a aquisição da participação societária com ágio, quando for o caso, tenha sido objeto de alguma incidência tributária sobre a contraparte da pessoa jurídica adquirente, isto é, as hipóteses dos referidos dispositivos legais não se limitam às situações em **que tenha havido alienação com ganho de capital do alienante**, sujeito à incidência do imposto de renda (e da CSL quando se tratar de alienante pessoa jurídica).

A constatação acima decorre de que, primordialmente, **a condição não consta da lei, de modo que não pode ser acrescentada por interpretação ou na aplicação da norma**, já que ao intérprete ou aplicador da lei não é dado distinguir situações que a lei não distinga, e assim impor condições que a lei não imponha.

De fato, não poderia ser diferente, eis que nem sempre **a aquisição com ágio** se dá perante pessoa que seja proprietária da participação societária (quando esta pode ter ganho de capital), pois **muitas vezes ela se dá em aumento de capital da própria**

pessoa jurídica à qual a participação se refere, e novamente aqui a lei não distingue situações, colocando ambas dentro da hipótese fática descrita na norma contida nos referidos arts. 7º e 8º, o que, ressalte-se, foi exatamente o que ocorreu no caso concreto.

Em virtude disso, **esses artigos são aplicáveis até mesmo em casos nos quais o alienante da participação societária tenha tipo perda de capital**, desde que o adquirente tenha pago valor maior do que o patrimônio contábil.

Para que não haja qualquer dúvida a este respeito, lembre-se de que **o ganho ou perda de capital são calculados a partir do custo da participação societária para o alienante, enquanto o ágio ou deságio para o adquirente são calculados a partir do patrimônio líquido** da pessoa jurídica a que a participação se refere. Destarte, se o alienante não está obrigado ao MEP, seu custo pode ser maior do que o valor patrimonial e maior do que o preço da alienação, caso em que o alienante tem perda de capital e para o adquirente pode haver ágio. Outrossim, ainda que o alienante esteja sujeito ao MEP, ele ainda pode ter perda de capital, se tiver pago ágio na aquisição, e, inobstante isso, o adquirente também poderá apurar ágio.

Portanto, **não há qualquer elo entre ágio para a pessoa jurídica adquirente e ganho ou perda de capital para a pessoa física ou jurídica alienante**, o que foi muito bem abordado pela decisão em comento na medida que ignorou tal fato. (grifei)

Sob o mesmo prisma, é preciso observar que, isoladamente, (i) a execução de operações societárias estruturadas num curto espaço de tempo, (ii) o provimento do capital por terceiros para a aquisição da participação societária e (iii) a incorporação às avessas são eventos que não maculam a higidez tributária da dedução do ágio contábil eventualmente existente nesse contexto negocial. Mas a comunhão orquestrada desses eventos deixa claro que a sucedida da recorrente valeu-se de “empresa veículo” para a obtenção da dedução fiscal.

No curso do procedimento fiscal, quando indagada acerca das razões empresariais para que a Bain Brazil adquirisse as ações das controladoras do GNDI (PSBB2 e PSBB3), a recorrente respondeu que tal sociedade era pertencente ao Grupo Bain e havia sido constituída para viabilizar o investimento do grupo econômico no setor privado de saúde do mercado brasileiro.

Contudo, a generalidade da informação que se extrai da resposta ofertada pela recorrente não revela a minúcia dos fatos, senão vejamos.

A Bain Brazil não foi uma sociedade constituída no seio do Grupo Bain. Antes, surgiu em 12/07/2011, constituída por terceiros e com módicos R\$ 100,00 subscritos e nenhum montante integralizado, medida para a qual o contrato social conferia o compassivo prazo de 24 meses para que os sócios tomassem. O mesmo instrumento estabelecia um objeto societário bem mais ambicioso que o capital social que destinava à atividade empresária, qual seja “*a participação em outras sociedades, nacionais ou estrangeiras, na qualidade de sócia, acionista ou quotista*”.

Sem nada que houvesse perturbado seu *dolce far niente* até então – nenhum valor integralizado, nenhuma participação societária adquirida, nenhuma receita auferida ou despesa incorrida – a Bain Brazil foi adquirida, em 18/01/2013, pela Bain Capital Partners e pela BCTR, ambas empresas do Grupo Bain. Manteve-se, contudo, a falta de integralização do simbólico capital social, com a renovação do prazo de 24 meses para que isso fosse feito.

Em 20/07/2013, o Grupo Bain aumentou e integralizou o capital social da Bain Brazil, elevando-o a R\$ 1.301.275,00.

Em 21/03/2014, o Grupo Bain aliena a totalidade das quotas de capital da Bain Brazil para a BCBF Participações (1.301.274 quotas) e Marc Hencklel (1 quota), que, em 22/05/2014, alienou seu quinhão para a ND Participações (denominação atual de BCBH Participações). Antes, em 22/03/2014, a Bain Brazil, até então inativa, celebra contrato de aquisição das ações da PSBB2 e da PSBB3, com prazo de 60 dias para pagar R\$ 1.427.500.000,00 pelo negócio.

Em 21/05/2014, a BCBF Participações integraliza aumento de capital de R\$ 1.385.744.824,00 na Bain Brazil, dos quais R\$ 1.385.644.797,00 foram transferidos pela beneficiária, na mesma data, aos vendedores das ações das controladoras do GNDI. Passou, assim, a Bain Brazil, ao efetivo controle da Intermédica, da Interodonto e da ND Seguradora, sociedades componentes do GNDI. Impende frisar que a maior parte desse valor (R\$ 994.993.998,00) foi captada via FPE do exterior. O restante veio da emissão das debêntures pela BCBF Participações.

Em 19/11/2014 a BCBF Participações tornou-se a única sócia na Bain Brazil.

Em 30/11/2014, a Bain Brazil sofreu cisão total, seguida de incorporações em favor de suas controladas – Intermédica, da Interodonto e da ND Seguradora. Na ocasião, o ágio em discussão foi repartido entre as então incorporadoras. A parcela em discussão no p.p. é aquela que coube à ND Seguradora, posteriormente sucedida pela recorrente.

Trata-se de inequívoco uso de uma empresa – Bain Brazil – que, sem qualquer histórico de atividade econômica, atuou despida de propósito comercial próprio, mas tão somente para gerar benefício fiscal a outrem. Uma sociedade de capital social (não integralizado) de meros R\$ 100,00 foi capitalizada em quase 1,5 bilhão de Reais, apenas para adquirir ações e, logo após, ser incorporada pelas controladas das companhias adquiridas. E tudo isso com as devidas cautelas para que, em nenhum momento, o investimento deixasse de ser dos efetivos titulares dos valores empregados.

Durante todo o tempo restou resguardado o investimento feito pelos FPE Luxco 1, 2 e 3, sem que houvesse qualquer confusão patrimonial entre a Bain Brazil e os reais adquirentes e, sobretudo, entre os FPE e a Intermédica, a Interodonto e a ND Seguradora.

Num quadro como esse, as regras específicas que autorizam a dedução do ágio, apostas nos artigos 385 e 386 do RIR/99 transcritas acima, não se mostram atendidas.

Nesse ponto, resta fora de dúvida a caracterização da Bain Brazil como “*empresa veículo*”, uma pessoa jurídica utilizada para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro. Trata-se de uma operação que serve apenas para transitar um patrimônio ou um determinado recurso pertencente ao real adquirente.

Não integra esse conceito, necessariamente, ser a empresa efêmera, sem capacidade operacional ou deficitária. Basta que se preste ao papel descrito, razão pela qual tornam-se inócuos os argumentos de defesa quanto à ausência de tais caracteres.

Ao final das operações societárias em análise, pode-se concluir – até mesmo com amparo de resposta da recorrente à autoridade autuante durante o procedimento fiscal – que os FPE investiram no Brasil pela real aquisição do GNDI. Mas, nesse contexto, resta uma questão:

Por que os FPE Luxco 1, 2 e 3 não adquiriram diretamente as holdings PSBB2 e PSBB3 (controladoras do GNDI), preferindo utilizar a Bain Brazil para fazer a compra da participação societária – seguida de uma incorporação desta pela sucedida da recorrente – se podia ter feito a aquisição e a incorporação de forma direta?

A resposta é simples: porque se o fizesse de modo direto não aufeririam a vantagem econômica de dedutibilidade do ágio no Brasil, já que se trata de fundos estrangeiros com gestão estabelecida no exterior, mas que estavam adquirindo e incorporando empresa nacional. Com isso, a operação brasileira seria muito mais rentável, ante a substancial vantagem fiscal que assim obteve.

Diante da disponibilidade de capital para investir e da disposição em efetuar os negócios jurídicos com plena regularidade formal, a Bain Brazil foi um instrumento providencial para as finalidades econômicas dos FPE, com aparente possibilidade de potencializar os resultados dessa operação pela via de drástica redução da sua carga tributária.

Ante o exposto, fosse monocrática a presente decisão, seria, já neste ponto, declarada como correta a glosa do ágio.

Tampouco assim não fora, este Colegiado, amparado em contemporânea, elevada e respeitável jurisprudência, vem se posicionando em sentido contrário. Temos afirmado a validade da amortização do ágio gerado com emprego de empresa veículo, desde que tal sociedade não tenha sido constituída sob estratagema doloso.

Adiante, no capítulo “Da multa de ofício”, será exposta a conclusão deste Relator pela ausência de dolo. De tal modo, em face do princípio da colegialidade insto-me a não carrear voz discordante, curvando-me ao judicioso entendimento da maioria da Turma, bem ilustrado na figura dos seguintes julgados:

Acórdão CSRF nº 9101-006.486, de 07/03/2023:

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio. não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING.

LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE.

A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.

A tese do "real adquirente", que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso. (grifei)

Recurso Especial nº 2.026.473-SC, de 05/09/2023:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. **ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. 'NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.**

[...]

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo".

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149. VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116. parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF. ADI 2446. rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo", ou seja. não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

[...] (grifei)

Sob tal prisma, é possível concluir que as operações de aquisição e incorporação, tomadas em conjunto, possuíam um propósito negocial, não produziram uma vantagem tributária antijurídica e não configuram uma fraude, de forma que a desconsideração laborada pela fiscalização não possui suporte fático/jurídico, pelo que as glosas da amortização do ágio devem ser afastadas.

Da concomitância das multas de ofício e isolada

A recorrente aduz que, após o encerramento do período, não subsiste a obrigação de antecipar um tributo, já que existe a própria obrigação principal a ser cumprida, sendo, por essa razão, incabível a cobrança de multa isolada por falta de recolhimento das estimativas findo o ano-calendário a que se referem. Defende que a correta interpretação do artigo 44, II, "b" da Lei nº 9.430/96 é no sentido de que a multa isolada é aplicável se cominada antes do encerramento do ano-base.

Assim, é preciso, desde logo, distinguir duas situações. Uma é a exigência do valor principal da estimativa não recolhida, após o encerramento do período correspondente. Essa cobrança é vedada pela súmula CARF nº 82, mas não é disso que trata o p.p.:

Após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para **exigir estimativas** não recolhidas. (grifei)

Diversamente, a controvérsia desses autos diz respeito à exigência de multa isolada, à razão de 50%, sobre as estimativas apuradas e não recolhidas. Acerca do assunto, trago o fundamento legal da autuação:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes **multas**: (...)

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

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

Da leitura do dispositivo, conclui-se que não procede a alegação de que só teria cabimento a aplicação da multa isolada até o encerramento do período. É literal o comando de que cabe a penalidade “*ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido*”, cálculo que só ocorre quando do encerramento do período.

Não se desconhece a existência da súmula CARF nº 105, que vedava a concomitância entre a multa isolada, por falta de recolhimento de estimativas, e a multa de ofício, por insuficiência de IRPJ e CSLL apurados no ajuste anual. Mas tal verbete possuía aplicabilidade na vigência da redação anterior do supra transcrito artigo 44, alterado pela MP nº 351/07, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/07.

Pela redação original do artigo 44, ambas as multas em questão seriam “*calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição*”. Atualmente, a penalidade sobre o não recolhimento da estimativa passou a incidir sobre o “*valor do pagamento mensal*”.

Certo é que não há que se falar em *bis in idem*.

A multa de ofício é devida nos casos de falta de pagamento ou recolhimento de tributo, falta de declaração e declaração inexata, e somente poderá ser exigida após o encerramento do ano-calendário, no caso de apuração anual (artigo 44, I e §1º). Já a multa isolada é devida na hipótese de falta de recolhimento da estimativa mensal, inclusive no caso de apuração de prejuízo fiscal ou base negativa de CSLL, podendo ser exigida tão logo encerrado o mês a que se refere a estimativa ou após o encerramento do ano-calendário (art. 44, II).

São, a multa de ofício e a multa isolada, portanto, penalidades distintas e com fundamentos diversos, o que afasta por completo a aventada hipótese de dupla punição. Acertada, pois, a exigência de ambas concomitantemente.

Da multa de ofício

A autoridade fiscal entendeu cabível a qualificação da multa, fixando-a, por conseguinte, em 150%, na forma do artigo 44, I, § 1º, da Lei nº 9.430/96:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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; (...)

§ 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. (...) (grifei)

A imposição da multa qualificada fundou-se em suposta conduta dolosa da interessada.

Para a fiscalização, *“o contribuinte, ao formalizar seus registros fiscais e societários de forma a dar uma aparência de correção ao ágio amortizado tributariamente e à reestruturação societária sem propósito negocial, pretende induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda Pública”*. Precisamente, assim constou do relato feito pela autoridade fiscal:

Ao agir desta maneira, portanto, não pode a ND Seguradora invocar desconhecimento ou prática de erro escusável: nem quando foi interposta a empresa Bain Brazil para justificar as transferências das ações e quotas do Grupo Notre Dame Intermédica e dos ágios, nem quando esta empresa efêmera foi incorporada e transportou o investimento diretamente para a BCBF Participações e o benefício fiscal do aproveitamento do ágio para a fiscalizada, ND Seguradora e Interodonto e nem quando os ágios começaram a ser aproveitados fiscalmente pelas empresas operacionais.

A contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito negocial ou societário na incorporação realizada, à luz do art. 966 do Código Civil, ficando caracterizada a utilização da incorporada como mera “empresa veículo”, interposta, para propiciar a indevida amortização fiscal do ágio a partir de sua incorporação, apenas com o fim almejado de redução do valor tributável do IRPJ e CSLL.

No caso presente, não restam dúvidas acerca da participação da ND Seguradora, com a ajuda de terceiros, na utilização da Bain Brazil exclusivamente para produzir resultados tributários mais favoráveis a ela, Intermédica e Interodonto, o que de fato acabou se concretizando.

A intenção das operações realizadas foi, claramente, o aproveitamento fiscal do ágio nos resultados tributáveis das Operadoras, através de atos elaborados em curto espaço de tempo, os quais tiveram a função de distorcer os resultados finais que se dariam naturalmente caso as partes não engendrassem elaborado estratégia.

O que se verificou na prática acima exposta é que o contribuinte, de forma elaborada, buscou uma construção artificial e que teve como intuito único e exclusivo dificultar a análise por parte da fiscalização do real motivo da reorganização societária.

(...)

Portanto, **a aplicação da multa qualificada, cuja capitulação legal está no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, está diretamente vinculada à constatação de que a conduta do sujeito passivo e seus controladores caracterizou as hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964** abaixo reproduzidos:

(...)

Parte substancial da doutrina civil passou a adotar uma visão finalística a partir do novo Código Civil, de 2002. Pelo Código de 1916, a simulação era considerada defeito do

ato, especificamente da vontade. Era, então, causa de anulabilidade do negócio. O novo Código fala em nulidade (por invalidade) e não em anulabilidade (por vício na manifestação da vontade), como preconizado por Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

(...)

À luz do novo Código Civil, o que se verifica é que **os Fundos de Private Equity não pretenderam o negócio que formalizaram com a utilização da Bain Brazil, logo, sua utilização não preenche os requisitos de validade do negócio jurídico. Há “vício” na causa do negócio, que é nulo por ser simulado**, como previsto no art. 167 do novo Código Civil, de 2002 e, com a sua incorporação pelas Operadoras, a configuração verdadeira veio à tona. O negócio verdadeiro e dissimulado foi a aquisição do Grupo Notre Dame Intermédica pelos Fundos de Private Equity, esse, sim, o negócio que preenche os requisitos de validade.

(...)

A simulação comprovada através deste relatório, enquadra-se precisamente na hipótese prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/64. Conforme anteriormente demonstrado, a conduta ilícita consistiu na criação artificial da situação prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, art. 386 do RIR/99, em outras palavras, da simulação da hipótese legal a fim de ser obtida vantagem fiscal. Houve uma compra e venda de participação societária entre duas partes independentes (os Fundos de Private Equity e os controladores originais do Grupo Notre Dame Intermédica), e após a concretização do negócio, por ocasião de sua formalização, mediante interposição da empresa Bain Brazil como veículo, os contratantes tentaram alterar as características da reorganização societária efetivamente ocorrida, com o intuito de reduzir o imposto devido. Houve a utilização de empresa veículo com existência efêmera, utilizada exclusivamente para possibilitar a transferência dos ágios arcados pelos novos controladores estrangeiros para as empresas operacionais. A utilização de pessoa jurídica aparente, sem materialidade ou substância econômica, configura fraude no sentido fiscal. (grifei)

Em apertada síntese, pode-se dizer a autoridade fiscal entendeu ter ocorrido simulação, posto que a sucedida da recorrente teria atuado para que escapasse ao conhecimento da Fazenda que os reais adquirentes eram os FPE, e não a Bain Brazil.

Pois bem. Apesar do detido relato fiscal, não identifiquei, de modo acima de dúvida razoável, o elemento fático volitivo para o cometimento do ilícito. Entendo que situações como a do caso em tela, quando muito, manifestam mero indício que, para atuarem na configuração de conduta dolosa, deveriam estar inseridos num contexto mais gravoso em que, por exemplo, o pagamento pelo ágio fosse ficto ou a expectativa de retorno futuro houvesse sido artificialmente inflada.

Simulação tem como pressuposto a deliberada vontade por determinado resultado de negócio ilícito que, por tal natureza, é encoberto por aparente negócio lícito. Aparente porque carente de substância material. Nesses casos, a intenção do agente é, simulando um negócio lícito, dissimular o ilícito, que precisa ser mantido como oculto.

No caso em tela, não cabe falar na existência de um negócio oculto. A infração tributária restou caracterizada no contexto de um negócio aparente. O ágio efetivamente existiu e sua indedutibilidade não foi ocultada. Ao contrário, o mero revolvimento dos atos praticados pelo sujeito passivo foi o que bastou para a acertada conclusão obtida pela autoridade fiscal.

Assim, o que sobressai dos autos é uma decisão de negócios que não se amolda aos fins tributários pretendidos.

É, contudo, forçoso reconhecer que a discussão sobre propósito negocial, no Brasil – forte na lição do professor Marco Aurélio Greco –, teve seus contornos delimitados, com o fito de tratar qualquer operação que tivesse como objetivo principal a economia de tributos como imponível ao fisco, admitindo-se a desconsideração de seus efeitos e a consequente cobrança dos tributos.

(...) é igualmente essencial invocar a solidariedade, a capacidade contributiva e a isonomia. (...) tributo justo será também aquele que, efetivamente, captar a capacidade contributiva demonstrada pelos fatos geradores escolhidos pelo legislador ou que atender aos princípios da solidariedade e da isonomia, e assim por diante.

Penso que essa posição deve ser vista com cautela, principalmente ao se considerar que essa teoria é oriunda de países de tradição e formação jurídicas que não a brasileira.

Há respeitáveis indagações sobre, como, pela ótica da teoria do propósito negocial, um investidor não residente poderia se valer do incentivo de dedução do ágio – conferido pelo legislador, como já visto, pela via dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 - sem se fazer presente no país através de uma sociedade aqui residente?

De igual modo, questiona-se como sociedades nacionais reguladas por órgãos específicos poderiam usufruir do incentivo diante de proibição legal de incorporação de sociedades com outras atividades?

Para notáveis operadores do Direito, excluir a possibilidade dessas pessoas jurídicas e propiciar a outras o favor fiscal seria ferir a isonomia.

Logo, essas e outras sociedades tiveram que planejar a forma como seria possível investir no país e aproveitar o incentivo da amortização do ágio, nas mesmas condições que sociedades nacionais sem restrições assim o poderiam.

Foi nesse contexto que passou a ganhar largo emprego as sociedades informalmente denominadas "*empresas veículo*". E aí a questão que se põe é: essa utilização de uma empresa nacional para organização de investimentos e utilização de incentivos fiscais é um ato de evasão fiscal ou é um esforço abusivo para economia fiscal, mediante planejamento realizado previamente à ocorrência do fato gerador do tributo e estimulado por norma legal?

Como se vê, o tema passa longe de ser pacífico. Por isso, a constatação da existência de uma "empresa veículo" não é o bastante para se afirmar dolo em sonegar. Mesmo em casos como o presente, em que, pela via do controle de legalidade estrito não restam dúvidas quanto ao cometimento da infração tributária.

Ressalte-se que o presente entendimento aplica-se somente no âmbito administrativo tributário, e em relação aos fatos e circunstâncias que transparecem dos autos em exame, sem interferência na apuração de eventual crime tributário, na forma em que pode ser proposta em representação fiscal para fins penais baseada nos mesmos fatos.

Assim, sou pelo afastamento da qualificação da multa, com sua consequente redução para o patamar base de 75%.

Dos juros de mora

No que concerne aos juros, a interessada insurge-se contra o emprego da taxa Selic.

De plano, deve se observar que a matéria é regulada, no campo dos direitos das obrigações, pelos artigos 394 e seguintes da Lei nº 10.406/02 (CC). Especificamente para as obrigações tributárias, o CTN disciplina o tema da seguinte forma:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é **acrescido de juros de mora**, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se **a lei não dispuser de modo diverso**, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês. (...) (grifei)

Constata-se, pois, que o CTN remeteu ao legislador ordinário a possibilidade de fixar taxa de juros moratórios diferente daquela prevista em seu texto, atribuindo-lhe poderes para disciplinar o assunto, do que deflui discricionariedade completa, podendo fixar a referida taxa em nível superior ou inferior ao constante da norma codificada, a depender das condições da política de moeda e crédito vigente no ambiente macroeconômico, desde que, naturalmente, fosse fixada em lei, no caso, lei ordinária.

A adoção da taxa Selic na seara tributária foi feita pela Lei nº 9.065/95. Trata-se, portanto, de taxa referencial cujo emprego é dotado de amplo amparo legal.

Art. 13. **A partir de 1º de abril de 1995, os juros** de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, **serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC** para títulos federais, acumulada mensalmente. (grifei)

Não por acaso, tomando marco temporal idêntico ao da lei, o CARF sumulou a matéria, sob o verbete de nº 4, conforme o seguinte:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à **taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC** para títulos federais. (grifei)

A exigência de juros de mora em percentual equivalente à taxa Selic encontra igual respaldo no artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, que dispõe:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo **incidirão juros de mora** calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (grifei)

O referido art. 5º, § 3º, por sua vez, determina:

Art. 5º O imposto de renda devido, apurado na forma do art. 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração. (...)

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de **juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC**, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (grifei)

Verifica-se, desse modo, que a cobrança de juros de mora por percentual equivalente à taxa Selic, a despeito da contrariedade apresentada pela defesa, pauta-se pelo estrito cumprimento do princípio da legalidade, característico da atividade fiscal. Ademais, a natureza da taxa Selic em si não é relevante. O que importa é que, conforme determinação legal, adota-se seu percentual como juros de mora.

Já quanto à incidência de juros sobre a multa de ofício, partir da leitura do Código Tributário Nacional, conclui-se que a multa, apesar de não ter a estrita natureza de tributo, faz parte do crédito tributário. Essa é a inteligência dos artigos 3º, 113, § 1º, e 139. Por conseguinte, a cobrança das multas lançadas de ofício deve receber o mesmo tratamento dispensado pelo CTN ao crédito tributário.

Por sua vez, o caput artigo 161, do mesmo diploma legal, já transcrito acima, dispõe que ao crédito tributário não pago no vencimento devem ser acrescidos os juros moratórios.

Destarte, o CTN admite a incidência de juros de mora sobre as multas lançadas de ofício. A expressão “*sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis*” apenas reforça a ideia de que juros e multa não são excludentes entre si.

Ademais, verifica-se que o legislador empregou, no caput do artigo 61 da Lei nº 9.430/96 (já transcrito) a expressão “*débitos (...) decorrentes de tributos e contribuições*”. Ora, as multas de ofício proporcionais, lançadas em função de infração à legislação tributária de que resulta falta de pagamento de tributo, como é o caso, são débitos decorrentes de tributos e contribuições.

Não se trata de mera imprecisão terminológica do legislador, mas sim de ampliação do campo de incidência dos juros de mora para abranger também as multas, o que é perfeitamente compatível com nosso sistema jurídico tributário. Tanto é assim, que a mesma Lei nº 9.430/96, em seu artigo 43, expressamente prevê essa incidência no caso de multas lançadas isoladamente.

Não por acaso, fulminando a questão, o CARF editou a súmula nº 108, vazada nos seguintes termos:

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

Assim, tem plena previsão legal a incidência de juros moratórios - com emprego da taxa Selic – também sobre a multa aplicada, haja vista esta compor o crédito tributário.

Da responsabilidade tributária solidária

A autoridade fiscal, no exercício do que dispõe a IN RFB nº 1.862/18 (artigos 1º e 2º), atribuiu responsabilidade tributária solidária às sociedades ND Participações (antes BCBH Participações) e BCBF Participações, com fundamento legal no artigo 124, I, do CTN, que assim dispõe:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham **interesse comum** na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

(...) (grifei)

A defesa argui a nulidade do termo de sujeição passiva, por supostos vícios em sua formação.

Quanto ao ponto, sem razão as solidariamente obrigadas.

Verifica-se que o aludido termo fora lavrado por autoridade administrativa plenamente vinculada, respeitando os devidos procedimentos fiscais previstos na legislação, e com a correta identificação dos responsáveis solidários.

Além disso, integram o contexto acusatório acerca da responsabilidade tributária as peças fiscais que contêm a descrição dos fatos e a determinação da exigência, devidamente instruídas com a documentação que a autoridade autuante entendeu ser elemento de prova suficiente à comprovação do ilícito.

Igualmente presente está o enquadramento legal que o auditor entendeu afeto ao caso, razão pela qual não há que se cogitar na ocorrência de vício de motivação.

De outro lado, percebe-se que a argumentação desenvolvida pelas recorrentes em suas peças recursais permite concluir que os motivos da responsabilização foram por elas suficientemente compreendidos, tanto que contestados, com o devido enfrentamento das questões de fato e de direito envolvidas no caso, o que mostra terem tido pleno e perfeito conhecimento dos fatos a elas imputados.

Destarte, descabe a alegação de nulidade quando não existem atos insanáveis e quando a autoridade autuante observou os devidos procedimentos fiscais previstos na legislação tributária, como no presente caso.

Assim, incorrentes, no caso em tela, as hipóteses elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72.

Prosseguindo na análise do feito, parece-me útil aludir que a responsabilidade tributária em questão é aquela decorrente do interesse comum na situação que constitui o fato gerador da exação tributária. Trata-se, por conseguinte, de hipótese fática, prescindindo, por isso, de previsão específica na lei que regula o tributo objeto do lançamento, sendo, por tal razão, comumente referida como solidariedade de fato.

Oportuno aludir ao Parecer Normativo Cosit/RFB nº 04/18, que dispõe sobre a responsabilidade tributária prevista no artigo 124, inciso I, empregado como fundamento para a imputação em questão. Sua aplicação é imediata, alcançando inclusive fatos pretéritos, já que se trata de norma infralegal interpretativa.

É sabido que o CTN, ao dispor sobre a responsabilidade tributária, não o fez de forma clara em algumas modalidades ali previstas, incluindo a regra do artigo 124 inciso I, sintetizada na expressão "*interesse comum*". Nesse sentido, o Parecer Normativo Cosit/RFB nº 04/18 traz importantes delineamentos acerca desse tema, inclusive com a fixação do entendimento de que o interesse comum deve alcançar não somente o ato lícito que gerou a obrigação tributária, mas também o ato ilícito que a desfigurou. Cito trechos oportunos para o caso:

10. Cabe observar que a responsabilização tributária pelo inciso I do art. 124 do CTN (doravante simplesmente denominada "responsabilidade solidária") não pode se dar de forma indiscriminada, sem uma delimitação clara do seu alcance. Ela não se confunde com a responsabilidade tributária de que trata o art. 135 do CTN, não obstante em algumas situações poderem estar presentes os elementos de ambas as responsabilidades. Seu signo distintivo é o interesse comum, e é por ele que a presente análise se inicia.

Sobre o Interesse Comum

11. **A terminologia "interesse comum" é juridicamente indeterminada.** A sua delimitação é o principal desafio deste Parecer Normativo. Ao analisá-la, normalmente a doutrina e a jurisprudência dispõem que esse interesse comum é jurídico, e não apenas econômico.

11.1. O interesse econômico aparentemente seria no sentido de que bastaria um proveito econômico para ensejar a aplicação do disposto no inciso I do art. 124 do CTN.

11.2. O interesse jurídico, por sua vez, se daria pelo vínculo jurídico entre as partes para a realização em conjunto do fato gerador. Para tanto, as pessoas deveriam estar do mesmo lado da relação jurídica, não podendo estar em lados contrapostos (como comprador e vendedor, por exemplo).

11.3. Ambas as construções doutrinárias são falhas e não devem ser aplicadas no âmbito da RFB, pois tenta-se interpretar um conceito indeterminado com outro conceito indeterminado.

12. **Como norma geral à responsabilidade tributária, o responsável deve ter vínculo com o fato gerador ou com o sujeito passivo que o praticou. (...)**

13. Voltando-se à responsabilidade solidária, o interesse comum ocorre no fato ou na relação jurídica vinculada ao fato gerador do tributo. É responsável solidário tanto quem atua de forma direta, realizando individual ou conjuntamente com outras pessoas atos que resultam na situação que constitui o fato gerador, como o que esteja em relação ativa com o ato, fato ou negócio que deu origem ao fato jurídico tributário mediante cometimento de atos ilícitos que o manipularam. Mesmo nesta última hipótese está configurada a situação que constitui o fato gerador, ainda que de forma indireta.

14. Para se chegar a essa conclusão, deve-se levar em conta que a interpretação do inciso I do art. 124 do CTN não pode estar dissociada do princípio da capacidade contributiva contida no § 1º do art. 145 da Constituição Federal (CF), o qual deve ser aplicado pelo seu duplo aspecto: (i) substantivo, em que a graduação do caráter pessoal do imposto ocorre "segundo a capacidade econômica"; (ii) adjetivo, na medida em que é facultado à administração tributária "identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte". (...)

15. Apesar de neste parecer concordar-se com a linha da consultante no sentido de ser possível a responsabilização pelo inciso I do art. 124 do CTN para situação de ilícitos, em geral, ele não implica que qualquer pessoa possa ser responsabilizada. Esta deve ter vínculo com o ilícito e com a pessoa do contribuinte ou do responsável por substituição, comprovando-se o nexo causal em sua participação comissiva ou omissiva, mas consciente, na configuração do ato ilícito com o resultado prejudicial ao Fisco dele advindo.

16. **Não é qualquer interesse comum que pode ensejar a aplicação do disposto no inciso I do art. 124 do CTN. O interesse deve ser no fato ou na relação jurídica relacionada ao fato jurídico tributário**, como visto acima. Assim, o mero interesse econômico, sem comprovação do vínculo com o fato jurídico tributário (incluídos os atos ilícitos a ele vinculados) não pode caracterizar a responsabilização solidária, não obstante ser indício da concorrência do interesse comum daquela pessoa no cometimento do ilícito. (...)

17. Ao caracterizar o interesse comum como sendo aquele relacionado com algum vínculo ao fato jurídico tributário, pode-se criar a falsa impressão de que neste parecer se alinharia à tese de que o interesse comum seria o que se denominou interesse jurídico, o que não é verdade.

(...)

19. Destarte, **além do cometimento em conjunto do fato jurídico tributário, pode ensejar a responsabilização solidária a prática de atos ilícitos que englobam:** (i) abuso da personalidade jurídica em que se desrespeita a autonomia patrimonial e operacional das pessoas jurídicas mediante direção única ("**grupo econômico irregular**"); (ii) **evasão e simulação fiscal** e demais atos deles decorrentes, notadamente quando se configuram crimes; (iii) abuso de personalidade jurídica pela sua utilização para operações realizadas com o intuito de acarretar a supressão ou a redução de tributos mediante manipulação artificial do fato gerador (**planejamento tributário abusivo**).

(...)

Cometimento de ilícito tributário doloso vinculado ao fato gerador. Evasão fiscal. Atos que configuram crimes.

26. Preliminarmente, esclareça-se um fato: **não é qualquer ilícito que pode ensejar a responsabilidade solidária. Ela deve conter um elemento doloso** a fim de manipular o fato vinculado ao fato jurídico tributário (vide item 13.1), uma vez que o interesse comum na situação que constitua o fato gerador surge exatamente na participação ativa e consciente de ilícito com esse objetivo. Há, portanto, em seu antecedente a ocorrência do ato ilícito, que necessariamente implica também a comprovação de vínculo entre todos os sujeitos passivos solidários.

26.1. O elemento doloso, por sua vez, constitui-se na vontade consciente de realizar o elemento do tipo ilícito. Seria a fraude, no sentido latu da palavra.

26.2. Como exaustivamente visto no presente parecer, **o mero interesse econômico não pode ensejar a responsabilização solidária**. Do mesmo modo, há que estar presente

vínculo não só com o fato, mas também com o contribuinte ou com o responsável por substituição (vide item 15). Mera assessoria ou consultoria técnica, assim, não tem o condão de imputar a responsabilidade solidária, salvo na hipótese de cometimento doloso, comissivo ou omissivo, mas consciente, do ato ilícito.

(...)

27.1. Casos típicos de ilícitos tributários são as condutas de sonegação, fraude (strictu sensu) e conluio contidas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964: (...)

27.2. Apesar de a sonegação e a fraude (no sentido strictu sensu de que trata o art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964) englobarem, em regra, a simulação, esta tem um espectro de incidência mais abrangente. Se o conceito de sonegação fiscal está ligada diretamente ao lançamento, a simulação pode ocorrer em outras hipóteses, como no reconhecimento de direito creditório, desde que presentes os seus elementos caracterizadores, consoante art. 167 do Código Civil:

(...)

Planejamento tributário abusivo. Ocorrência da operação antes do fato gerador

29. A responsabilização solidária pela constatação de planejamento tributário abusivo é uma variável em relação à do cometimento de ato simulado. Vide julgado do CARF que entende serem tais operações fruto de simulação: (...)

30. Contudo, há a especificidade de se tratar de atos jurídicos complexos que não possuem essência condizente com a forma para supressão ou redução do tributo que seria devido na operação real (abuso de forma). Por tal motivo desenvolve-se esse tema de forma específica, inclusive pelo fato de que tais operações são normalmente realizadas antes da ocorrência do fato jurídico tributário.

30.1. O interesse comum resta caracterizado na medida em que a personalidade jurídica não está em consonância com as prescrições legais do direito privado, tampouco corresponde ao resultado econômico desejado. Em verdade, trata-se de atos anormais de gestão, que atentaram contra o próprio objeto social da sociedade e cujos efeitos não podem e não devem ser opostos ao Fisco.

30.2. O planejamento tributário abusivo ora tratado é o que envolve diversas pessoas jurídicas existentes com o único fito de reduzir ou suprimir tributo. A personalidade jurídica não cumpre a função social esperada da empresa, conforme arts. 116, parágrafo único, e 154 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, c/c art. 421 do Código Civil. Ora, nem o objetivo de obter lucro essa pessoa jurídica tem, pois esta apenas serve como meio para uma economia ilegítima para pagamento de tributo, contrariando o já mencionado princípio da capacidade contributiva. E daí se verifica a comunhão do interesse comum de todas elas, as quais não deixam de compor modalidade de grupo econômico irregular.

(...)

32. Como ocorrido em outras situações, o presente Parecer Normativo não tem por objetivo relacionar, de forma exaustiva, todas as negociações jurídicas que podem ser considerados planejamento tributário abusivo, até por depender da sua conformação e comprovação no caso concreto. Mas **citam-se três situações típicas em que se configura o interesse comum para a responsabilização solidária**, as quais podem estar todas presentes num mesmo planejamento: operações estruturadas em sequência, as realizadas com uso de sociedades-veículo e as que têm por objetivo o deslocamento da base tributável.

32.1. As **operações estruturadas em sequência** referem-se àquelas que contêm etapas em que cada uma, pretensamente isolada, corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com a subsequente com o fito de reduzir ou suprimir tributo devido. **Cada etapa dessa cadeia de operações estruturadas só faz sentido caso exista a etapa anterior e caso seja também deflagrada a operação posterior.** Conforme Greco: (...)

32.2. A **empresa-veículo (conduit company)** é uma pessoa jurídica intermediária utilizada apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. Muito comum é a utilização de Sociedade de Propósito Específico para tanto. **Em regra, ela se apresenta na estruturação de operações e em que há a utilização das mais diversas pessoas jurídicas, em direção única, com o fito de suprimir ou reduzir tributo devido.**

32.3. Já o **deslocamento da base tributária** ocorre mediante **utilização de pessoas jurídicas distintas com o propósito de transferir receitas ou despesas entre uma e outra de forma artificial**, sem substrato na realidade das atividades por elas desenvolvidas.

33. Enfim, nessas hipóteses em que há **desproporção entre a forma jurídica adotada e a intenção negocial, com vistas a desfigurar ou manipular o fato jurídico tributário, está configurado o interesse comum a ensejar a responsabilização solidária.** Cita-se mais um paradigmático julgado do CARF, que corrobora o aqui exposto: (...)

34. **Ressalte-se, por fim, que para a responsabilização solidária há que restar comprovado o abuso da personalidade jurídica cuja existência é fictícia ou utilizada para uma sequência de transação com o fito de reduzir ou suprimir tributo.** Esse nexos causal entre a artificialidade da personalidade jurídica e a operação em conjunta deve estar demonstrado, mesmo que mediante conjunto de provas indiciárias. Contudo, deve-se estabelecer que a pessoa jurídica ou física responsabilizada é partícipe direta e consciente da simulação. (...)” (grifei)

O que se extrai do didático parecer, relativamente à responsabilidade tributária solidária por força do artigo 124, I, do CTN, é o seguinte: (i) o responsável deve ter vínculo – de fato ou de direito - com o fato gerador ou com o sujeito passivo que o praticou; (ii) o exigido “*interesse comum*” deve ser no fato ou na relação jurídica relacionada ao fato jurídico tributário, não bastando o mero proveito econômico; (iii) ensejam a responsabilidade o cometimento de ato ilícito com abuso de personalidade jurídica envolvendo grupo econômico irregular, evasão fiscal ou planejamento tributário abusivo; (iv) o ato ilícito tem de ser praticado com dolo.

No caso presente, as sociedades responsabilizadas, pela indiscutível atuação direta que tiveram nas operações societárias, bem assim por fazerem parte do mesmo grupo econômico, cumprem os requisitos (i) e (ii) acima elencados.

De igual modo, constata-se a abusividade da personalidade jurídica requerida no item (iii), sendo certo que dentre as possibilidades para tanto relacionadas no parecer – grupo econômico irregular, evasão fiscal ou planejamento tributário abusivo – o caso presente se amolda à terceira.

Evidentemente, não se pode, indistintamente, atribuir a pecha de abusividade a todos os planejamentos tributários. Mas o caso em tela é de claro emprego de “*empresa veículo*” com a mera finalidade de gerar vantagem tributária indevida para aqueles – os FPE – que, de outro modo, não alcançariam o benefício pretendido.

Por fim, conforme já consignado no capítulo deste voto atinente à multa de ofício, não restou caracterizado o dolo no cometimento da infração, de modo tal que deixa de incidir o requisito (iv), até mesmo por restarem ausentes estratégias de ocultação de negócios jurídicos.

Sendo assim, uma vez que presentes apenas três dos quatro requisitos cumulativos para a atribuição de responsabilidade tributária solidária por interesse comum – aquela tipificada no artigo 124, I, do CTN –, é forçoso afastar a imputação que recaiu sobre as sociedades ND Participações e BCBF Participações.

Isto posto – ressalvando, desde já, a possibilidade de, em sede de eventual ação de execução fiscal, a Procuradoria da Fazenda Nacional imputar responsabilidade àqueles que entender cabível, na forma da Lei nº 6.830/80, artigo 3º, § 5º, I, do CTN, artigo 202, I, e do CPC, artigo 779, I –, afasto a responsabilidade tributária solidária atribuída no lançamento recorrido.

Tributação reflexa. CSLL

É evidente a aproximação existente entre o IRPJ e a CSLL, notadamente quanto à apuração das respectivas bases de cálculo.

Dentro dos limites da matéria autuada, e sem a necessidade de maiores digressões, é preciso assinalar a vigência do artigo 28 da Lei nº 9.430/96, bem assim do artigo 57 da Lei nº 8.981/95.

A leitura dos dispositivos nos leva a concluir que a metodologia e as regras de apuração para o imposto de renda são aplicáveis ao cálculo da CSLL (o que se infere da dicção "*mesmas normas de apuração*") e que o preceptivo só perderia eficácia se houvesse norma específica, relativa à contribuição, em sentido diverso.

Não se trata, portanto, de integração por analogia, figura vedada pelo artigo 108 do CTN no que se refere à exigência de tributos. O que se tem, de fato, é a identidade, prevista em lei, quanto às sistemáticas de apuração da base de cálculo das duas figuras.

Também não se cuida de omissão, pois a lei expressamente configura a base de cálculo do tributo e a aproxima, por equivalência, às regras do IRPJ.

Ademais, no caso em tela, houvesse sido constatada a artificialidade das despesas relativas ao ágio, os fatos não nos permitiriam aceitar, sob qualquer argumento, a sua dedutibilidade para fins de apuração da CSLL. Trata-se de questão ontológica e, na esteira do raciocínio desenvolvido neste voto, é preciso declarar a pertinência do lançamento da CSLL na exata extensão em que reconhecida para o IRPJ.

A propósito do tema "*ágio*", é útil anotar ser incabível falar em ausência de norma específica relativa à CSLL. Ainda que tal circunstância fosse observada, isso não autorizaria a sua dedutibilidade; ao revés, justamente impediria tal procedimento, pois, ao se defender a autonomia normativa da contribuição, o argumento automaticamente exigiria a previsão legal de dedutibilidade, posto que a regra geral, como se sabe, é em sentido contrário.

Conclusão

Por todo o exposto, dou provimento aos recursos voluntários, para:

- AFASTAR a exigência tributária principal, com as correspondentes decorrências sobre as multas e os juros;
- AFASTAR a responsabilidade tributária solidária das sociedades ND Participações e BCBF Participações.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Genero Serra

Declaração de Voto

Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque

2. Apesar do bem construído voto do Conselheiro Relator, as razões aqui apresentadas objetivam esclarecer as razões que me levaram a concluir que a operação da qual resultou o ágio é plenamente válida, a permitir o aproveitamento de sua amortização fiscal.

3. A presente declaração de voto decorre do julgamento dos processos nº 16561.720078/2020-81, 16561.720080/2020-50 e 16561.720082/2020-49, relativos à mesma parte recorrente (NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A.), julgados em conjunto na sessão de 22 de fevereiro de 2024, em que se analisaram autuações fiscais decorrentes da alegada amortização indevida do ágio decorrente aquisição final das companhias operadoras INTERMÉDICA, INTERODONTO e ND SEGURADORA e suas controladoras (cada uma vinculada a um dos processos), que passaram a integrar o mesmo grupo econômico e foram incorporadas em momentos específicos. Considerando tratar-se do mesmo tema, este voto alcança todos os processos citados.

4. Entendo necessário fazer os presentes apontamentos porque, apesar do ilustre Conselheiro Relator ter dado provimento ao Recurso Voluntário, vê-se de seu voto que o mesmo estava julgando favoravelmente o pleito em atenção ao princípio da colegialidade – fato esse que entendo louvável –, porém, os fundamentos que antecederam à favorável conclusão de mérito consignam razões em sentido oposto, com registro de seu entendimento contrário à tese da amortização do ágio.

5. Com efeito, acerca do contexto como as operações societárias ocorreram e sobre a interposição de empresa veículo para instrumentalizar a operação societária que gerou o aproveitamento do ágio, o voto considerou que *“é preciso observar que, isoladamente, (i) a execução de operações societárias estruturadas num curto espaço de tempo, (ii) o provimento do capital por terceiros para a aquisição da participação societária e (iii) a incorporação às avessas são eventos que não maculam a higidez tributária da dedução do ágio contábil eventualmente existente nesse contexto negocial. Mas a comunhão orquestrada desses eventos deixa claro que a recorrente se valeu de “empresa veículo” para a obtenção da dedução fiscal”*.

6. E complementa, no sentido contrário à tese da contribuinte:

Trata-se de inequívoco uso de uma empresa – Bain Brazil – que, sem qualquer histórico de atividade econômica, atuou despida de propósito negocial próprio, mas tão somente para gerar benefício fiscal a outrem. Uma sociedade de capital social (não integralizado) de meros R\$ 100,00 foi capitalizada em quase 1,5 bilhão de Reais, apenas para adquirir ações e, logo após, ser incorporada pelas controladas das companhias adquiridas. E tudo isso com as devidas cautelas para que, em nenhum momento, o investimento deixasse de ser dos efetivos titulares dos valores empregados.

Durante todo o tempo restou resguardado o investimento feito pelos FPE Luxco 1, 2 e 3, sem que houvesse qualquer confusão patrimonial entre a Bain Brazil e os reais adquirentes e, sobretudo, entre os FPE e a Intermédica, a Interodonto e a ND Seguradora.

Num quadro como esse, as regras específicas que autorizam a dedução do ágio, apostas nos artigos 385 e 386 do RIR/99 transcritas acima, não se mostram atendidas.

Nesse ponto, resta fora de dúvida a caracterização da Bain Brazil como “*empresa veículo*”, uma pessoa jurídica utilizada para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro. Trata-se de uma operação que serve apenas para transitar um patrimônio ou um determinado recurso pertencente ao real adquirente.

Não integra esse conceito, necessariamente, ser a empresa efêmera, sem capacidade operacional ou deficitária. Basta que se preste ao papel descrito, razão pela qual tornam-se inócuos os argumentos de defesa quanto à ausência de tais caracteres.

Ao final das operações societárias em análise, pode-se concluir – até mesmo com amparo de resposta da recorrente à autoridade autuante durante o procedimento fiscal – que os FPE investiram no Brasil pela real aquisição do GNDI.

...

Diante da disponibilidade de capital para investir e da disposição em efetuar os negócios jurídicos com plena regularidade formal, a Bain Brazil foi um instrumento providencial para as finalidades econômicas dos FPE, com aparente possibilidade de potencializar os resultados dessa operação pela via de drástica redução da sua carga tributária.

7. Note-se que os fundamentos registram posicionamento oposto ao reconhecimento da tese, levando o ilustre Conselheiro Relator a consignar que, “*ante o exposto, fosse monocrática a presente decisão, seria, já neste ponto, declarada como correta a glosa do ágio*”.

8. Não obstante, em atenção ao princípio da colegialidade, o voto indicou que “*este Colegiado, amparado em contemporânea, elevada e respeitável jurisprudência, vem se posicionando em sentido contrário. Temos afirmado a validade da amortização do ágio gerado com emprego de empresa veículo, desde que tal sociedade não tenha sido constituída sob estratagem doloso*”.

9. E conclui: “*Sob tal prisma, é possível concluir que as operações de aquisição e incorporação, tomadas em conjunto, possuíam um propósito negocial, não produziram uma vantagem tributária antijurídica e não configuram uma fraude, de forma que a desconsideração laborada pela fiscalização não possui suporte fático/jurídico, pelo que as glosas da amortização do ágio devem ser afastadas*”(grifou-se).

10. Diante desse cenário, penso ser importante complementar tais fundamentos, trazendo razões adicionais para esclarecer o posicionamento manifestado em outros julgamentos sobre o mesmo tema, a fim de motivar meu posicionamento.

11. Importa registrar que a matéria trata de ágio decorrente de operação entre partes independentes e não trata sobre o chamado “ágio interno”, onde o benefício tributário decorreria (no ágio interno) de operações societárias entre partes dependentes, com a contumaz pecha de artificialidade e os consectários legais decorrentes de alegadas simulações.

12. É importante fazer esse *distinguishing* para evitar controvérsias específicas relacionadas àqueles casos, que não contaminam a presente análise, uma vez que os autos de infração em apreço tratam de glosa da amortização de ágio decorrente de incorporação reversa havida entre partes independentes, mediante a interposição de empresa veículo.

13. O caso em análise trata de ágio decorrente de constituição empresa nacional para captar recursos no mercado e, ao final, adquirir negócios operacionais no Brasil, com ativos e o fundo de comércio objeto da transação. Nesse aspecto, nenhuma irregularidade, seja de natureza societária ou fiscal.

14. Por outro lado, o relato trazido no TVF contesta a existência de propósito negocial da criação de companhia *holding* no país, no caso, a **BAIN BRAZIL**, por fundos investidores internacionais comandados pela gestora **BAIN CAPITAL PARTNERS**, que efetivamente almejava a aquisição – e por isso seria a *real adquirente* – das empresas operacionais alvos do investimento, quais sejam, **INTERMÉDICA**, **INTERODONTO** e **ND SEGURADORA** (todas nacionais), as quais formavam o **Grupo Notre Dame Intermédica**.

15. É importante registrar que o TVF anota que tais empresas foram adquiridas após regular processo regulatório junto à ANS (Agência Nacional de Saúde), uma vez que operam no setor da saúde. Nos respectivos processos, ficou consignado o objetivo do negócio entabulado pelas citadas partes (com a indicação de todas as empresas e seu respectivo controle acionário):

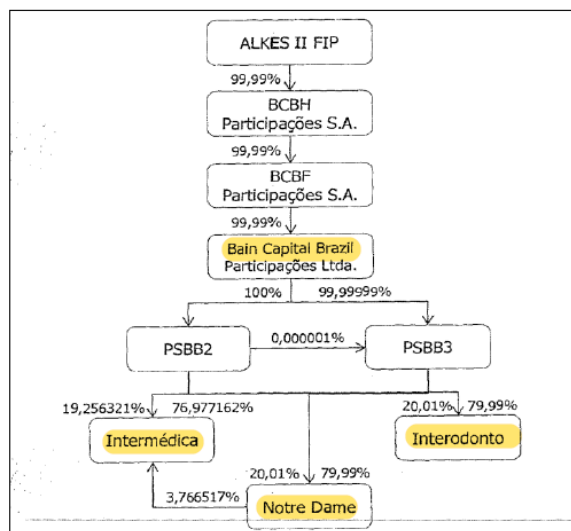
“2. OPERAÇÃO PRETENDIDA

Nos termos do Contrato, celebrado em 22 de março de 2014, a operação pretendida consiste na aquisição, pela Bain Brazil, de 100% (cem por cento) das quotas representativas do capital social da PSBB2 e PSBB3, controladoras diretas da Intermédica, ND Seguradora e Interodonto. Como resultado da Operação, a Bain Brazil passará a controlar, indiretamente, as Operadoras (“Operação”).

A sociedade adquirente Bain Brazil é controlada diretamente pela BCBF Participações, (...) que detém 99,99% de seu capital social, e indiretamente pela ND Participações, (...) que detém 99,99% do capital social da BCBF Participações. Por sua vez a ND Participações é controlada pelo Alkes II FIP (...) cujas quotas foram subscritas em partes iguais (...) O Alkes II FIP detém 99,99% do capital social da ND Participações.

O organograma abaixo detalha o resultado da Operação pretendida:

Estrutura Pretendida



16. Observe-se, ainda, que foi exigido pela ANS a formalização de *Carta Conforto*, instrumento por meio do qual o investimento realizado pela BAIN BRAZIL para aquisição das empresas operacionais deveria demonstrar capacidade financeira robusta. Tudo foi demonstrado no TVF, revelando-se que todos os envolvidos comprovaram perante o órgão regulatório que a criação das empresas envolveriam aportes específicos e, ao final de todo o negócio – que estava vinculado a condições negociais suspensivas, como se vê das declarações trazidas no TVF –, ter-se-ia concluída a operação, a saber:

Já a Carta Conforto exigida pela regulamentação da ANS com a finalidade de comprovação de capacidade financeira para honrar o Contrato, foi emitida pelos fundos estrangeiros de *private equity* Heal Luxco 1, Heal Luxco 2 e Heal Luxco 3, em 22/03/2014, em versão colunada português e inglês, com a finalidade de comprovação de capacidade financeira exigida pela regulamentação da ANS mencionada acima, traz as seguintes informações pertinentes à análise:

“1. Heal Luxco 1, Heal Luxco 2 e Heal Luxco 3, sociedades empresárias constituídas e validamente existentes de acordo com as Leis de Luxemburgo (...) neste ato representadas na forma de seus atos constitutivos em vigor, para fins de comprovar capacidade financeira, subscritoras da totalidade das quotas do fundo de investimento em participações denominado Alkes II FIP (...) assumem conjuntamente, por meio da presente, o compromisso vinculante mediante a verificação das Condições Suspensivas definidas no item 5 infra, de disponibilizar os recursos financeiros necessários para que a operação submetida à aprovação da ANS se concretize, em valor que, conjuntamente como montante disponibilizado nos termos anexos, totalizará o valor de aquisição (“Valor de Aquisição”), sujeito aos ajustes acordados no CCV.

2. FIP, por sua vez, como acionista detentor de 99,99% das ações de BCBH Participações S.A. (atual ND Participações) (...) subscreverá e integralizará novas ações da ND Participações no mesmo valor do Valor de Aquisição.

3. ND Participações, por sua vez, como acionista detentor de 99,99% das ações de BCBF Participações (...) subscreverá e integralizará novas ações da BCBF Participações no mesmo valor do Valor de Aquisição.

4. **BCBF Participações**, por sua vez, como quotista detentora de 99,99% das quotas de **Bain Brazil** (...) subscreverá e integralizará novas quotas da **Bain Brazil** no mesmo valor do Valor de Aquisição, cuja destinação será única e exclusivamente o pagamento do preço de compra relacionado à aquisição, pela **Bain Brazil**, de quotas representativas de 100% (cem por cento) do capital social da **PSBB2e PSBB3**, controladoras diretas e detentoras, em conjunto, de 100% das ações e quotas conforme o caso, das Sociedades Transferidas (**Operadoras**).

5. A eficácia dos compromissos de capitalização dos recursos financeiros, tal como detalhados nos itens (1), (2), (3) e (4) acima, está condicionada à satisfação (a) das Condições Suspensivas elencadas no CCV, incluindo, mas não se limitando, à anuência prévia da ANS para a implementação da operação, para autorizar a transferência de controle societário, nos termos da RN nº 270 e IN nº 49, e (b) o cumprimento da obrigação de financiamento (...) (Emissão de debêntures) ”.

...

Em 11/04/2014, a Bain Capital Partners instrui o processo em tramitação na ANS com declaração destinada a comprovar sua capacidade financeira perante a Diretoria de Normas e Habilitação de Operadoras – DIOPE daquela agência reguladora.

Ressalte-se que, tal documento enfatiza a aquisição das Operadoras, foco da operação, e informa que recursos que serão utilizados virão dos Fundos de Private Equity, que são assessorados e Partners administrados pela Bain Capital e suas afiliadas. Vejamos:

“A fim de instruir a vossa análise do pedido de aprovação regulatória prévia apresentado com relação à aquisição da Intermédica, Interodonto e ND Seguradora pela nossa afiliada, Bain Brazil, vimos por meio da presente confirmar que a Bain Capital Partners, sociedade limitada devidamente constituída sob as leis de Delaware, e suas coligadas, incluindo Bain Capital Investors (outra sociedade limitada devidamente constituída sob as leis de Delaware), administram fundos de investimento privados com ativos equivalentes a pelo menos US\$ 40,8 bilhões (conforme item 4 do Anexo 1), como parte de seu negócio de gestão de ativos ilíquidos (private equity) e, como tal, somos uma das maiores empresas privadas de gestão de ativos do mundo, com capacidade para obter o aporte de capital necessário para realizar a operação ora sob análise da ANS. A Parte 2A do Formulário ADV anexado a esta (Anexo I), apresentado à United States Securities and Exchange Commission ("SEC", o órgão governamental dos Estados Unidos da América equivalente à Comissão de Valores Mobiliários — CVM no Brasil) em 31 de março de 2014 comprova tal fato. Tal documento está disponível ao público e pode ser acessado online no site da SEC (www.adviserinfo.sec.gov). A Apresentação Institucional anexa à presente (Anexo 2) contém informações adicionais sobre o negócio de gestão de ativos ilíquidos (private equity) da Bain Capital.

Em complemento, nós declaramos que as sociedades Heal Luxco 1, Heal Luxco 2 e Heal Luxco 3, todas sociedades empresárias de responsabilidade limitada (société à responsabilité limitée), devidamente organizadas sob as leis do Grão-Ducado de Luxemburgo, são nossas

coligadas, e subscreveram quotas do Alkes II FIP, um fundo de investimento em participações registrado na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, administrado pela Oliveira Trust. Heal Luxco 1 é controlada por GNDI Holdings I, Heal Luxco 2 é controlada por GNDI Holdings II e Heal Luxco 3 é controlada por GNDI Holdings III. Muito embora os investidores (limited partners) diretos e indiretos que deterão parcela substancial da participação na GNDI Holdings I, na GNDI Holdings II e na GNDI Holdings III (cada qual uma sociedade limitada isenta devidamente organizada sob as leis das Ilhas Cayman) serão diferentes, a Bain Capital Partners XI, uma sociedade limitada isenta devidamente organizada sob as leis das Ilhas Cayman, é a administradora (general partner) direta ou indireta em comum de tais sociedades limitadas, e a Bain Capital Investors é a administradora (general partner) da Bain Capital Partners XI. Como administradora (general partner) da pessoa jurídica (Bain Capital Partners XI) que é a administradora (general partner) direta ou indireta da GNDI Holdings I, da GNDI Holdings II e da GNDI Holdings III, a Bain Capital Investors terá a totalidade dos poderes de controle e gerenciamento sobre os quotistas controladores da Heal Luxco 1, Heal Luxco 2 e Heal Luxco 3, respectivamente.

A Bain Capital Partners, junto com o administrador (general partner) de cada um dos Fundos da Bain Capital Partners, identifica oportunidades de investimento para cada um dos Fundos da Bain Capital Partners e participa da aquisição, gerência, supervisão e administração de tais Fundos da Bain Capital Partners. Nesse contexto, a Bain Capital Partners, junto com a Bain Capital Partners XI, a administradora (general partner) da GNDI Holdings I, da GNDI Holdings II e da GNDI Holdings III, identificou a oportunidade de investimento que se encontra atualmente sob análise da ANS, e são tais pessoas jurídicas que vão participar da gerência, supervisão e administração de tal oportunidade de investimento. O diagrama anexo (Anexo 3) demonstra a estrutura de investimento proposta e o envolvimento das empresas do Grupo Bain Capital.

Também gostaríamos de aproveitar essa oportunidade para informar à ANS que a Bain Capital Partners e suas coligadas, incluindo a Bain Capital Partners XI e a Bain Capital Investors adotaram e implantaram, como exigido pela legislação aplicável, programas de conformidade e de "conheça seu cliente", para evitar e prevenir, dentre outros problemas, atividades que possam ser consideradas lavagem de dinheiro". (Grifamos)

17. Além da complexa questão regulatória, titularizada em nome da BAIN BRAZIL sob garantia da empresa tutora dos fundos estrangeiros, em representação aos investidores, constam do TVF as informações sobre a captação complementar de recursos financeiros junto ao mercado, através de emissão de debêntures de sua controladora (BCBF), no valor de R\$ 396,74, como forma de viabilizar o investimento total. As empresas veículos relevaram, assim, finalidade econômica, sem nenhum sinal de artificialidade.

18. Sobre essa questão, a recorrente esclarece que os fundos investidores sequer poderiam criar ou absorver dívidas, também por questões regulatórias da CVM, a saber:

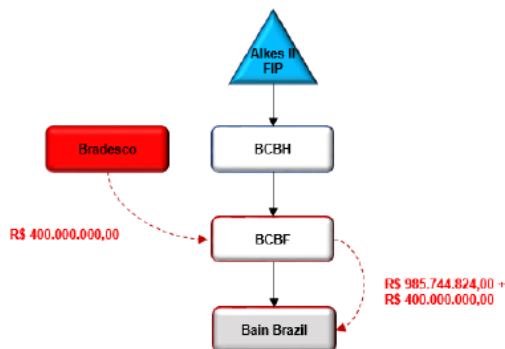
66. Como será oportunamente detalhado, à época dos fatos, a CVM não permitia que os FIPs contraíssem dívidas, conforme inciso II do artigo 35 da Instrução da

CVM nº 391, de 14.7.2003 - “ICVM 391/03”), de maneira que necessariamente o Grupo Bain Capital deveria ter uma entidade criada especificamente para obter financiamento do preço restante a ser pago pela Recorrente.

67. Dessa maneira, em 5.5.2014, a BCBF - que foi constituída especialmente para a obtenção de dívida - emitiu debêntures que foram subscritas pelo Banco Bradesco BBI S.A. (“Bradesco”), nos termos da Instrução CVM nº 476, de 16.1.2009 (“ICVM 476/2009” - *doc. nº 15 da Impugnação*).

68. O valor total da emissão foi de **R\$ 400.000.000,00**, em 400 debêntures, em que cada debênture teve valor normal unitário de R\$ 1.000.000,00, emitidas em série única em 21.3.2014.

69. Em seguida, a BCBF foi finalmente capaz de aportar na Bain Brazil R\$ 985.744.824,00 provenientes de recursos do exterior; e R\$ 400.000.000,00 provenientes da emissão de debêntures subscritas pelo BBI (*doc. nº 16 da Impugnação*), conforme ilustrado abaixo:



Passo 7: Aquisição indireta das ações da Recorrente pela Bain Brazil

70. Concluídas as negociações entre as pessoas físicas controladoras do GNDI (Sr. Paulo Barbanti e Sra. Eva Barbanti), de um lado, e a Bain Brazil, de outro, em 22.3.2014 foi celebrado um Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças (*doc. nº 17 da Impugnação*), por meio do qual, a Bain Brazil adquiriu a totalidade da participação societária das *holdings* pela PSBB2 e PSBB3, que detinham a integralidade das ações da Recorrente, da ND Seguradora e da Interodonto. Foi acordado que o preço-base de aquisição corresponderia a R\$ 1.427.500.000,00, a serem pagos em dinheiro na data de fechamento do negócio, após determinados ajustes.

71. Após a determinação dos ajustes contratualmente previstos e implementação das condições precedentes ao fechamento do negócio, esse preço de compra foi efetivamente pago em dinheiro pela Bain Brazil em 21.5.2014 (*doc. nº 18 da Impugnação*).

72. Esse valor, vale repisar, estava devidamente suportado por um laudo de avaliação preparado 30.4.2014 (*doc. nº 19 da Impugnação*) pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda., cuja fundamentação era baseada na expectativa de rentabilidade futura das sociedades adquiridas, nos termos do artigo 20, parágrafo 2º, alínea “b”, do Decreto-Lei 1.598/77.

73. A Recorrente destaca que a transferência de controle societário das operadoras de planos de assistência de saúde deve ser analisada e deferida pela ANS, nos exatos termos da Resolução Normativa ANS nº 270 de 10.10.2011 (“RN 270/11”). Assim, a efetiva transferência das ações somente ocorreu após a aprovação da ANS, que ocorreu em 27.3.2014 (*doc. nº 20 da Impugnação*).

74. No mesmo sentido, seguindo as disposições da legislação concorrencial, a aquisição em questão foi devidamente submetida à análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), que aprovou seus termos

integralmente, em 25.4.2014, sem quaisquer restrições, evidenciando se tratar de um negócio jurídico real e legítimo (*doc. nº 21 da Impugnação*).

75. Dessa forma, em 21.5.2014, após receber R\$ 1.385.744.824,00 em aumento de capital (*doc. nº 16 da Impugnação*), a Bain Brazil honrou o contrato de compra e venda e os vendedores transferiram as referidas participações das *holdings* PSBB2 e PSBB3 que detinham as ações da Recorrente, da ND Seguradora e da Interodonto.

19. Verifica-se a existência de substrato econômico para a existência da companhia em questão, que não representava uma empresa de passagem (*empresa veículo*) para instrumentalizar nenhum tipo de aproveitamento indevido de benefício fiscal, no caso, a amortização do ágio, que foi regularmente contabilizado e apurado.

20. As demonstrações posteriores estão condensadas no Recurso Voluntário e devem ser transcritas, para fins de registro final da operação, até chegar à conclusão da operação:

77. Com a aquisição das ações da Recorrente, a Bain Brazil passou a ser legalmente obrigada, nos termos do artigo 385 do RIR/99 (como base legal o artigo 20 do Decreto-lei 1.598/77 vigente à época), a avaliar seu investimento na investida segundo o método da equivalência patrimonial, isto é, desdobrando seu valor total em: (i) valor de patrimônio líquido da Recorrente; e (ii) ágio ou deságio.

78. Seguindo, portanto, a legislação fiscal e societária em vigor à época da aquisição, a Bain Brazil apurou ágio no valor de R\$ 700.577.848,71 (setecentos milhões e quinhentos e setenta e sete mil e oitocentos e quarenta e oito reais e setenta e um centavos).

79. Ressalte-se novamente que este ágio resultou de uma operação efetiva de compra e venda entre empresas brasileiras (Bain Brazil como adquirente, e *holdings* detendo a Recorrente, como adquiridas), praticada entre partes independentes, e somente foi apurado em razão de o valor de mercado estimado para a Recorrente, com base em suas projeções de fluxo de caixa descontado, resultarem em valores significativamente superiores ao seu patrimônio líquido à época. Nada há, portanto, de artificial ou simulado no presente caso, sendo manifestamente improcedentes todas as alegações da D. Fiscalização bem como da I. DRJ nesse sentido.

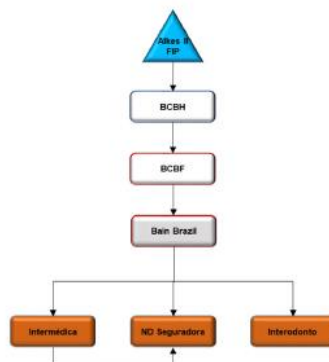
Passo 8: PSBB2 e PSBB3 são incorporadas na Bain Brazil

80. Com a assinatura do Termo de Fechamento, o objetivo maior da transação estava concluído: a Bain Brazil, empresa que consolidou os recursos provenientes de diversos investidores espalhados pelo mundo, bem como o financiamento obtido no Brasil, sob a coordenação do Grupo Bain Capital, passou a gerir uma das maiores empresas de assistência à saúde do Brasil e da América Latina.

81. Não obstante, ainda havia procedimentos importantes a serem cumpridos, tendo em vista, principalmente, a necessidade de simplificação da estrutura derivada das etapas acima descritas.

82. Assim, em 30.9.2014, foi realizada a incorporação da PSBB2 e PSBB3 pela Bain Brazil, conforme Ata de Assembleia Geral Extraordinária, da qual consta a aprovação e justificação da operação de incorporação das *holdings* (*doc. nº 22 da*

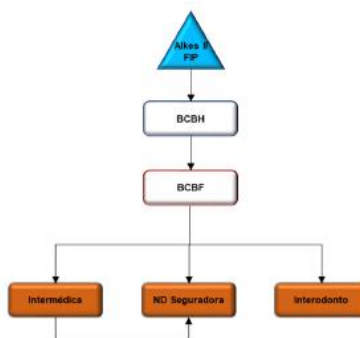
Impugnação). Com essa incorporação, a Bain Brazil passava a ter a participação direta na Recorrente, na ND Seguradora e na Interodonto, conforme ilustrado abaixo:



Passo 9: Bain Brazil é cindida e o seu patrimônio é absorvido pelas empresas operacionais do GNDI

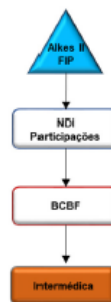
83. Em 26.11.2014, a Bain Brazil foi cindida e seu patrimônio foi incorporado pelas empresas operacionais do GNDI - Interodonto, pela Intermédica e pela ND Seguradora (*doc. nº 23 da Impugnação*).

84. Com essa operação, a partir dessa incorporação das parcelas cindidas, a Recorrente, juntamente com a Interodonto e a ND Seguradora passaram a suceder universalmente a Bain Brazil, passando, desde então, a ter direito à amortização fiscal dos valores de ágio que se encontravam registrados como ativo diferido em relação à total participação adquirida das *holdings* PSBB2 e PSBB3, conforme ilustrado abaixo:



Passo 10: Recorrente incorpora a ND Seguradora, Interodonto e a BCBH altera sua razão social

85. Por fim, com o objetivo de simplificar a estrutura do GNDI, a ND Seguradora e a Interodonto são incorporadas na Recorrente 31.3.2015 e 30.3.2016 (*docs. nºs 24 e 25 da Impugnação*) e em 25.4.2017, a BCBH altera sua denominação social e passa a ser chamada de Notre Dame Intermédica Participações S.A. (“ND Participações” – *doc. nº 26 da Impugnação*), consolidando o seu objetivo inicial – ser a sociedade *holding* do grupo responsável por consolidar todas as empresas do grupo para futuramente realizar oferta pública de suas ações (IPO) na B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão (“B3”). Confira-se a atual representação societária do grupo:



86. Como visto acima, cada uma das operações realizadas para viabilizar a aquisição da participação societária da Recorrente, até o momento da reorganização societária posterior, foi motivada por razões empresariais e propósitos negociais extra tributários, que não podem sob qualquer hipótese se confundir com operações artificiais, simuladas ou fraudulentas.

87. Mais uma vez, o que deve ficar claro é que, por se tratar de aquisições entre partes independentes e não-relacionadas, com efetivo pagamento de preço, tributação de ganhos de capital em nome dos vendedores pessoas físicas, com propósitos negociais verdadeiros e em ambiente absolutamente transparente e declarado a todas as autoridades e órgãos reguladores competentes, da qual resultou o registro contábil de ágios devidamente fundamentados na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida, com a posterior incorporação das *holdings* pela Recorrente, esses valores de ágios passaram a ser amortizáveis e dedutíveis para fins fiscais, nos exatos termos da Lei nº 9.532, de 10.12.1997 (“Lei 9.532/97”), base legal dos artigos 85 e 386 do Decreto nº 3.000, de 26.3.1999 (“RIR/99”), vigente à época e aplicável aos fatos em discussão.

88. Trata-se, portanto, de uma operação válida e legítima de aquisição de um negócio empresarial por meio de aquisições de participações societárias, e não de uma “*uma operação desprovida de substância essencial ao negócio*”, como equivocadamente supôs o Fisco, todavia confirmada pela I. DRJ, uma vez pontuado que “*o ágio existiu, uma vez que a operação se deu entre partes independentes e com o efetivo pagamento do preço suportado em laudo de avaliação*”.

89. Com todo o respeito sempre devido à D. Fiscalização e à I. DRJ, o que se verifica neste caso é uma interpretação absolutamente equivocada dos fatos e do Direito a eles aplicável, devendo ser prontamente corrigida por esse E. CARF.

90. Assim, nas razões de Direito a seguir, a Recorrente detalhará os aspectos jurídicos que confirmam o equívoco cometido pela r. decisão recorrida na análise deste caso, notadamente em relação à dedutibilidade das despesas de amortização fiscal do valor total de ágio registrado nas aquisições de participação societária na Recorrente.

21. Não bastasse o fato da operação ser regular, com substrato econômico válido, ante a regular criação de *holdings* brasileiras, importa anotar elementos adicionais para desconstituir o lançamento tributário relacionados à alegada amortização ilegal do ágio em questão.

22. O direito brasileiro admite a participação de companhias no quadro social de outras criadas para viabilizar operações lícitas com terceiros, como se vê do caso em

análise, onde não houve qualquer tipo de operação fraudulenta. O ágio decorrente dessas transações regulares, ainda que o investimento tenha decorrido da formação de um FIP, em nada modifica o contexto fático e jurídico relacionado ao aproveitamento fiscal do ágio decorrente das operações realizadas.

23. Sobre essa questão, a matéria já foi apreciada por esta Turma de Julgamento, em formação diversa, no acórdão 1201-001.267, razão pela qual, tratando de assunto idêntico e bem condensar o que fora debatido atualmente pelo atual Colegiado na sessão de julgamento, adoto a fundamentação do acórdão e a adoto como razões de decidir na presente análise, ao final complementada por esta Relatoria:

Pois bem, desde logo deve-se deixar claro que a fiscalização em momento algum alega que o ágio nasceu de uma operação realizada entre empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Ao contrário, pelo que se vê no TVF o ágio decorreu de uma transação entre partes independentes e em pé de igualdade (*arm's length transaction*). Resumindo, não se trata aqui de “*ágio interno*”.

São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.

Quanto à falta de propósito negocial, há que se distinguir dentre as operações levadas a efeito pelos interessados, aquelas que tiveram por objetivo ocultar o ganho de capital auferido pelos alienantes, daquelas cujo objeto foi a transferência do ágio para a autuada.

As primeiras não interessam ao presente processo, e são objeto do PA nº 10380.726.493/201018, que trata do ganho de capital.

As últimas foram realizadas com o propósito do aproveitamento do ágio na aquisição da participação societária, e estão amparadas na interpretação que esta Turma vem emprestando aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, qual seja, a de que a finalidade daquelas normas é incentivar a absorção do patrimônio de empresas nacionais por outras, sejam nacionais, sejam estrangeiras. Em outras palavras, o propósito negocial foi exatamente o aproveitamento do ágio, propósito esse amparado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial.

Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos.

Em relação ao emprego da chamada “empresa veículo” cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um “mal em si mesmo”.

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de “empresa veículo”, até porque

o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação.

Todavia, tendo em vista que existem algumas decisões do CARF mantendo a glosa da amortização do ágio justamente pelo emprego de "empresa veículo" (vide, por exemplo, o Acórdão 1101001.113), entendo cabível o exame da matéria.

Em breve síntese, aqueles que defendem a impossibilidade do aproveitamento do ágio nestas condições sustentam que o emprego de empresa veículo, que ao fim incorpora ou é incorporada pela investida, "oculta" o verdadeiro investidor, qual seja, aquele que fornece os recursos para que a empresa veículo faça o investimento.

Desse modo, dizem eles, não há incorporação entre o "verdadeiro investidor" e a investida, sendo portanto inaplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Pois bem, quanto a este argumento deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide também caso Celpe, Acórdão nº 1201-00.689).

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar dos disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica).

A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do

disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.

A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".

Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à idéia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada. No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para à qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

Registre-se que os casos que envolvem amortização do ágio por incorporações societárias não decorrem de uma invencionice do contribuinte para obter benefício tributário. Com efeito, é uma opção legislativa surgida em virtude da promulgação da Lei 9.532/97 – a qual permanece vigente – para assegurar a promoção do Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal.

24. Naquela ocasião – e já se vão longínquos 25 anos –, as privatizações das empresas estatais demandava investimentos estrangeiros no país, mediante aportes em companhias cujo valor contábil estava muito aquém dos possíveis investimentos em leilões de telecomunicações e que geraria imenso ágio entre o valor investido e o valor contábil das mesmas.

25. Como forma de estimular tais investimentos, o Poder Executivo da época publicou a MP nº 1.602, de 1997, posteriormente convertida da citada Lei 9.532/97, admitindo objetivamente que:

- a) Fosse criadas “empresas veículo” para receber o aporte internacional e participar efetivamente dos leilões, podendo essas, ao final do processo em que saíssem vencedoras, serem incorporadas pelas companhias estatais investidas (conforme regra do art. 8º, b, da citada lei);
- b) Em decorrência dessas operações, o ágio de tais investimentos pudesse ser amortizado do lucro real, à razão de 1/60 por mês em cada período de apuração, o que levava a um benefício tributário estimulado por decisão governamental (conforme art. 7º, III, da lei).

26. Importa transcrever os termos da Lei 9.532/97, para uma melhor visualização dos termos aqui tratados:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

27. Anote-se que a opção legislativa para a utilização desse modelo de negócios continua vigente no ordenamento brasileiro, inexistindo razões para demonizar sua utilização. É dizer: a opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio.

28. Entendo que não há elementos para vedar a amortização do ágio por considerar elusiva a instrumentalização de mecanismos previstos, autorizados e estimulados pela legislação consubstanciaria revogação tácita da Lei 9.532/97. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado.

29. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si, não havendo nos autos elementos que comportem tal providência, porquanto a parte haver demonstrado a intenção em promover mudanças no mercado lácteo brasileiro mediante investimentos em terceiros.

30. Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Carlos Augusto Daniel Neto, ex Conselheiro do CARF, importantes luzes à análise do aproveitamento do ágio, porquanto *“Compreende e, sobretudo, respeitar os efeitos tributários legítimos de uma LBO é, afinal, uma segurança e um estímulo aos crescentes investimentos em empresas brasileiras e ao próprio desenvolvimento econômico nacional, e demonstra a*

compreensão da relevância desse negócio para viabilizar a aquisição de participações societárias, o que, em muito, transborda as vantagens tributárias que lhe são acessórias”¹.

31. Calha à fiveleta trazer a análise doutrinária de Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira², acerca da interposição de empresas para assegurar o aproveitamento do ágio, sob o enfoque das holdings como as empresas veículo, chegando-se às mesmas conclusões até aqui demonstradas neste voto, a saber:

Lei nº 9.532/1997 expressamente veio a permitir a dedução do ágio, no caso da "incorporação reversa", algo que não estava claro na legislação anterior. Ou seja, o ágio passou a ser dedutível também no momento em que a investida incorpora a investidora. Trata-se, claramente, da incorporação da investidora direta. Essa permissão expressa que autoriza deduzir o ágio na "incorporação reversa" teve como objetivo estimular o interesse da iniciativa privada na aquisição de participação societária em empresas públicas em fase de privatização. (...)

A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida. Não apenas isso não foi proibido como foi expressamente autorizado, na medida em que a Lei permitiu a dedução do ágio no caso da incorporação reversa pela empresa investida na empresa que nela detém a participação acionária e estimulou os processos de privatização (...)

A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário as incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)

A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o

¹ DANIEL NETO, Carlos Augusto. A amortização do ágio gerado em operações de compra alavancada de participações societárias. _____. In: ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de (Coord.). Série Controvérsias Tributárias e os Precedentes do CARF: Tributação sobre a Renda (IPRJ/CSLL). Vol. I. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2022, p. 78.

² NEDER, Marcos Vinicius; JUNQUEIRA, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira. Análise do tratamento contábil e fiscal do ágio em estrutura de aquisição ou titularidade de sociedades quanto há a interposição de holding. In: Controvérsias Jurídico Contábeis, 4ª Volume. São Paulo: Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179.

tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei".

32. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

33. Apontar ilegalidade inexistente é tão deletério quanto a praticar!

34. Não obstante, as conclusões apriorísticas do fisco sobre as escolhas que levam companhias a buscarem estruturas societárias e instalação de operações lícitas em diversos países reflete muito mais o desconhecimento dos agentes administrativos quanto às demandas econômicas internacionais do que verdadeira relevância argumentativa. Com efeito, em excelente estudo doutrinário sobre *"O planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade"*, vê-se as seguintes e lúcidas conclusões:

Embora a tributação seja um influenciador na atração de empresas, não é ele o que prepondera. Quando o assunto é investimento estrangeiro direto (IED) genuíno, os tributos ocupam a quarta ou quinta posição na ordem do que é considerado pelos investidores. Antes, são apontados outros fatores tidos como mais importantes, a exemplo de: estabilidade política e instituições fortes, infraestrutura, acesso a mercados e matérias-primas e mão de obra qualificada.

No mesmo sentido, a OCDE estende que a política fiscal e seus incentivos ocupam um espaço limitado na tomada de decisão do local onde será alocado o IED. Assim, é errado analisar a questão a partir de uma lógica essencialmente do país, mas, numa perspectiva nacional, não é estatisticamente tão relevante, uma vez que isso não torna o país desinteressante a investimentos externos por si, o que parece ser verificado no mundo real.

(OLIVEIRA, José André Wanderley Dandas de; HOLMES, João Marcelo. *O planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade*. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 658).

35. Conhecer os senões que estão além da fria relação tributária demanda interesse pela investigação da realidade que cerca o intérprete e o aplicador do direito, que deve estar atento ao conteúdo interdisciplinar com áreas afins ao Direito Tributário, historicamente encaixotado no conforto de repetições apriorísticas. Seja porque, no mundo real, o direito mais se cumpre do que se descumpre, o propósito negocial mais existe do que se simula, mas conceber isso como uma realidade demanda escolha interpretativa que exige do ourives jurídico lapidar os porquês e os "praquês" da fenomenologia jurídica ao par da realidade econômica, nem sempre transparente às

lentes de quem a investiga. Cotejar a interdisciplinaridade destes senões, conforme notável lição do Professor – e também i. Conselheiro deste Colegiado – Jeferson Teodorovicz, “*Trata-se, portanto, de uma atitude de abertura epistemológica ou ‘abertura de pensamento’. O diálogo (recíproco) entre disciplinas é essencial para a efetivação da interdisciplinaridade. O cientista avança sobre o campo de interesse comum de outros ramos do conhecimento, permitindo-se receber contribuições de outras áreas.*” (TEODOROVICZ, Jeferson. *O Direito Tributário Brasileiro e a Interdisciplinaridade: Perspectivas, Possibilidades e Desafios*. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 578).

36. Ressalte-se, ainda, que as conclusões a que chegou a administração tributária para concluir por uma pretensa – e ao meu ver inexistente – artificialidade na conduta do contribuinte em manter a estrutura societária proposta para, supostamente, reduzir artificialmente a carga tributária como no caso em apreço, não encontra guarida na realidade indicada nos autos processuais, nem se justifica pelas teorias de escol que pretendem desconstituir negócios sob o prisma do dever de solidariedade que subjaz ao denominado *Dever Fundamental de Pagar Tributos*, conforme ensino do professor português José Casalta Nabais³.

37. É bem verdade que tal teoria, utilizada inadequadamente, pode levar o intérprete apressado a pressupor que, sendo fundamental o dever do contribuinte de pagar tributo, deve o mesmo organizar seus negócios de forma a sujeitar-se à opção tributária mais onerosa. Ora, se pagar é um dever, tudo aquilo que fosse contrário ao pagamento seria ilegal (reitere-se que é um argumento hipotético e equivocado).

38. Trata-se de equívoco interpretativo, até porque não é isso que a teoria prega. *Não se pode conceber um livro pela capa ou uma teoria pelo título!*

39. No Brasil, há grandes professores que defendem o dever de pagar tributos como algo ínsito às sociedades modernas, a exemplo do professores Ricardo Lobo Torres⁴, Marcus Abraham⁵, Marco Aurélio Greco⁶, Marciano Seabra de Godoi⁷, Sérgio André

³ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Almedina: Coimbra, 1998.

⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Solidariedade e justiça fiscal*, In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Estudos de Direito Tributário: Homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio: Forense, 1998; TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. In: BALEEIRO, Aliomar (Org.). *Tratado de direito tributário brasileiro*. t. II. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

⁵ ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁶ GRECO, Marco Aurélio. *Do Poder à Função Tributária*. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação* 2. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

⁷ GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sérgio André (Organizadores). *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

Rocha⁸, Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁹, Klaus Tipke¹⁰, Douglas Yamashita¹¹, dentre outros. Citam o dever de solidariedade social e as exigências ínsitas coexistência da vida comum como elemento que torna admissível um dever coletivo fundamental de pagar tributos.

40. Mas a doutrina nunca pretendeu justificar – e isso fica evidente em todas as obras citadas – pela opção da ilegalidade, do excesso, da desproporção ou da injustiça na cobrança de tributos, assim como não serve de parâmetro nem justifica qualquer tentativa de maximização de arrecadação, nem impõe ao contribuinte o exercício de escolha à tributação mais onerosa.

41. Note-se que os defensores da teoria do dever fundamental de pagar tributos *não afastam*, em nenhuma hipótese, todos os limites e travas do ordenamento jurídico ao exercício do poder de tributar¹². O próprio Prof. José Casalta Nabais dedica grande parte de sua obra para advertir que as limitações constitucionais e legais protetivas do contribuinte não são afetadas pelo reconhecimento desse dever coletivo.

42. É dizer: Não há dever fundamental de pagar *ilegalmente* tributo, tanto quanto inexistente dever fundamental do contribuinte de sujeitar-se a excessos ou a qualquer exigência que não esteja objetivamente parametrizada pela licitude.

43. Exatamente por isso, propõe-se aqui um novo olhar hermenêutico que afaste as amarras interpretativas sobre a teoria, passando a concebê-la não apenas sob a égide do dever fundamental de pagar tributos, mas sob a compreensão do dever fundamental de pagar (*legalmente*) tributos¹³.

⁸ ROCHA, Sérgio André. *Fundamentos do Direito Tributário Brasileiro*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Interpretação e Elusão Legislativa da Constituição do Crédito Tributário*. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (Coordenadores). *Direitos Fundamentais e Estado Fiscal: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

¹⁰ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹¹ Idem.

¹² Cite-se o Professor Marciano Seabra de Godoi, também, um dos grandes defensores da teoria, para quem “a afirmação das íntimas relações entre solidariedade e tributo e o reconhecimento da existência de um dever fundamental de pagar impostos poderão causar espécie e ser mal compreendidos. Poder-se-ia pensar que o reconhecimento de um dever fundamental de pagar impostos credenciaria o Estado a exigir dos contribuintes qualquer tipo de prestações tributárias, enfraquecendo os limites formais e materiais do poder de tributar. De outra parte, poder-se-ia concluir que a vinculação do tributo com a solidariedade constitui uma ‘desculpa’ ou um ‘pretexto’ para justificar a cobrança de exações com graves violações das limitações constitucionais do poder de tributar” (GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: _____ (Coords.) GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

¹³ Tais reflexões levaram este Relator a produzir texto acadêmico tratando do assunto, cf. ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. O Dever Fundamental de Pagar (legalmente) Tributos: Significado, Alcance e Análise de Precedentes do Carf. *Revista Direito Tributário Atual* nº 51. ano 40. p. 197-224. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2022.

44. Essa proposta autoriza admitir que todos estão conectados às demandas sociais exigidas pela solidariedade comunitária ínsita ao Estado Fiscal, exigindo de pessoas físicas e jurídicas o cumprimento do dever colaborativo tributário, porém, reforça que o dever fundamental de pagar tributo nunca nascerá da ilegalidade, em quaisquer de suas modalidades.

45. Dito de outro modo, nas circunstâncias em que, lícitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, ter-se-á como inválida a exigência da exação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar *ilicitamente* tributos. Trata-se da realização do *princípio da tributação conforme a lei*¹⁴, em última instância, o princípio da legalidade, como elemento basilar do ordenamento jurídico, cuja aplicação conjunta torna possível o reconhecimento do dever jurídico em apreço.

46. Assim, ainda que se admita que a existência do princípio da solidariedade social que justifica a existência do dever fundamental de pagar (legalmente) tributo, tal fato não tem a aptidão de afastar, limitar ou inviabilizar outros princípios e regras que integram a ordem constitucional e validam juridicamente o fenômeno da tributação, sobretudo, as limitações constitucionais ao poder de tributar e os direitos fundamentais do contribuinte. Em circunstâncias que desafiem o intérprete à derrotabilidade (*defeasibility*)¹⁵ de algum deles, o dever fundamental de pagar (legalmente) tributos não terá ascendência sobre os demais, sugerindo-se a solução a partir do sobreprincípio da proporcionalidade e da técnica do balanceamento (*balancing*), a fim de alcançar solução verdadeiramente justa, servindo de freios e contrapesos do próprio ordenamento jurídico.¹⁶

47. Penso ser essa a hipótese em análise, onde não é possível vislumbrar, a meu sentir, qualquer pecha de ilegalidade que justifique a desconsideração da realidade fática que levou a administração tributária de atribuir artificialidade à conduta do sujeito passivo. Não houve simulação, dolo, fraude, conluio, não se comprovou ausência de propósito negocial na composição societária em apreço, não houve omissão de registros contábeis nos balanços das companhias envolvidas, razão pela qual não é possível validar a pretensão fazendária de alcançar os fatos econômicos indicados nos autos de infração.

¹⁴ PONTES, Helenilson Cunha. *Revisitando o tema da obrigação tributária*. In: _____ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário – Homenagem a Alcides Jorge Costa*, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

¹⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights: *Proceedings of the Aristotelian Society*. Londres, XLIX, p. 171-194, 1948.

¹⁶ ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. *A proporcionalidade e os limites ao poder sancionador tributário*. In: _____ (Coords.) VIANA FILHO, Jefferson de Paula; CELESTINO JUNIOR, José Osmar; FILGUEIRAS, Ingrid Baltazar Ribeiro; GOMES, Priscilla Régia de Oliveira. *Novos tempos do direito tributário*. Curitiba: Editora Íthala, 2020, p.71;73.

48. Consigne-se que a administração tributária presume a artificialidade da estrutura sociedade da contribuinte a partir de um critério de abusividade e, ainda que não deixe claro, pretende justificar a autuação na norma geral antielisiva prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN, segundo o qual a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, *observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*.

49. Impende ressaltar que este julgamento não desconsidera o julgamento da ADI 2.446 pelo STF, que julgou constitucional o art. 1º da LC 104/2001, o qual acrescentou o parágrafo único do art. 116 do CTN. Em nenhum momento esta Relatoria entende ser inconstitucional tal texto normativo, apenas reconhece o fato de que a desconstituição de negócios jurídicos há de ser pautado mediante critérios jurídicos complementares, a serem definidos em lei ordinária (conforme textualmente prevê a norma).

50. Penso que inexistência atual de norma específica que discipline a pretensa desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário “abusivo” ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário. Cabe ao legislador – e somente a ele – indicar normas ordinárias de reação ou proibição a planejamentos tributários específicos (assim entendidos as “SAAR – *Special Anti Avoidance Rules*”) ou normas gerais de idêntica natureza (“GAAR – *General Anti Avoidance Rules*”), sob pena de se admitir que a generalidade da norma geral antielisiva, que possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária, autorize o fisco a indicar limites à regular prática de planejamento tributário lícito, que não representa qualquer prática de ato ilegal, não enseja presunção de abuso, não demanda ser combatido (até porque é lícito) ou justifica autuações subjetivas. Com efeito, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “*a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada*”¹⁷, cabendo ao legislador, portanto, discipliná-la e a administração cumprir a disciplina. Fora daí repousará o excesso!

51. Cito a doutrina de Marco Aurélio Greco em torno do tema do planejamento tributário, cuja obra é fruto de muita incompreensão, mas que busca compreender os limites a essa prática, mesmo que parametrizada por atos lícitos (sem patologias), porém, com a intenção exclusiva de obter economia tributária. O ilustre Professor *afasta a possibilidade de desconsideração primária dos negócios jurídicos*, sob o entendimento de que o CTN impõe a necessidade de promulgação de lei ordinária que fixe os limites ao agir estatal, nos seguintes termos:

¹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007, p. 196.

Ou seja, na medida em que o CTN, neste parágrafo único do artigo 116, prevê a necessidade de uma lei ordinária para disciplinar os procedimentos de aplicação do dispositivo, está determinando que *a competência em questão não pode ser exercida de modo e sob forma livremente escolhidos pela Administração Tributária. A desconsideração só poderá ocorrer nos termos que vierem a ser previstos em lei, como corolário da garantia individual do devido processo legal.*

Em suma, o CTN deferiu à lei ordinária a *disciplina indispensável*, de caráter procedimental (e não de direito material), para que a norma possa ser aplicada. Com isto, *não veiculou uma norma de eficácia plena, mas uma norma de eficácia limitada*, na medida em que a plenitude da eficácia somente será obtida após a edição da lei ordinária dispondo sobre tais procedimentos. Vale dizer, antes da mencionada lei ordinária, o conteúdo preceptivo do dispositivo não comporta aplicação.

Isso significa que, *enquanto não for devidamente editada a lei ordinária dispondo a respeito, falta um elemento essencial à aplicabilidade do parágrafo examinado, sendo ilegal o ato administrativo fiscal que, nesse interregno, pretender nele apoiar-se.* Enquanto não vier a ser editada a lei ordinária prevista no dispositivo, falta ao dispositivo a plenitude da produção dos seus efeitos e, por consequência, a autoridade administrativa não pode praticar ato de desconsideração nele fundamentado (o que não impede, porém, as reações já examinadas, nos casos de abuso ou fraude à lei)¹⁸. (Grifou-se)

52. Luís Eduardo Schoueri confirma tal entendimento, ao estatuir que “*não há lei que obrigue alguém a incorrer em fato jurídico tributário. Ao contrário, sob pena de caracterização de confisco, a hipótese tributária não pode ser conduta obrigatória. Ora, se ao particular é assegurado o direito de incorrer, ou não, naquela hipótese, então não se pode considerar fraudulenta a decisão do planejamento tributário*”¹⁹.

53. Não obstante, admite-se, sim, o combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja conduta específica. Nesses casos, o contribuinte transmuda artificialmente a realidade de forma simulada, como forma de obter proveito ilícito, cabendo nesses casos – *diferentes do que ora se julga* – a aplicação firme da lei para impedir a perpetuação da ilegalidade praticada. Neste sentido, cite-se decisão deste Colegiado, relatada pelo voto do i. Conselheiro Efigênio Freitas Junior (Relator do presente processo), neste sentido, a saber:

SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA

No cenário em que há cumprimento formal da lei - emissão de nota fiscal e respectiva contabilização - se analisados os fatos sob a lente restritiva do Direito Privado não há falar-se em simulação, afinal seguiu-se a letra da lei, a despeito da *artificialidade*. Analisar o conceito de simulação sob essa lente restritiva

¹⁸ GRECO, Op. Cit. p. 568.

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso. São Paulo: Revista Direito Tributário Atual, n. 24, 2010, p. 355.

significa, por via indireta, restringir a atuação do fisco; permitir que o sujeito passivo, a despeito do exercício de atividade empresarial, cubra-se com o manto da isenção. O que, além de ilegal, vai de encontro ao princípio da livre concorrência e ao cumprimento do *dever fundamental de pagar tributos*.

Arranjo tributário simulado, artificioso, com vistas a transparecer para o fisco inocorrência de ilegalidade ou descumprimento dos requisitos previstos no artigo 14 do CTN, e artigo 12 e parágrafos da Lei nº 9.532, de 1997. Agir com consciência e vontade, e modificar características essenciais da ocorrência do fato gerador, as quais impactam na redução do montante devido de tributo, é conduta que atrai a incidência da multa qualificada, prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430, de 1996 c/c art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. (Grifou-se)

54. A necessidade de se combater *atos ilícitos*, mediante elementos de controle ou de fiscalização que demandem do ente tributante afastar do mundo jurídico atos jurídicos eivados da pecha do dolo, fraude, simulação ou abuso, tem como fundamento da desconstituição do ato uma contrariedade objetiva à norma vigente e se justificam no dever geral de combate à evasão (ilícita). Existe um defeito do ato ou negócio jurídico por patologia invencível, seja por defeito forma, seja por vício da manifestação da vontade.

55. E quando o ato praticado leva a uma economia tributária? Nesse caso, entendo ter razão Sérgio André Rocha, em obra que versa sobre Planejamento Tributário e Liberdade Não Simulada, ao estatuir que “*O querer pagar menos tributo é ubíquo tanto na evasão quanto na elisão fiscal, não sendo, assim, critério relevante para separar uma situação da outra. Logo, é no campo da divergência objetiva entre o ato praticado e a realidade que deve ser identificada a simulação, não no campo das intenções subjetivas do contribuinte*”²⁰.

56. É no âmbito da simulação que se revolvem os problemas de planejamento tributário. Fora dele, não cabe ao intérprete desejar que o contribuinte pense como o Fisco, pois o parâmetro não é o Fisco, é a lei!

57. Todas as razões de mérito apontadas trazem a esta Relatoria conclusões contrárias a que chegou a administração tributária e a douta instância de piso, a ensejarem a desconstituição dos autos de infração, devendo-se dar provimento ao apelo administrativo do sujeito passivo.

58. Outrossim, consigne-se que há de se promover, em maior escala possível, o princípio constitucional da segurança jurídica, sob a égide da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade das normas jurídicas postas, *in casu*, nos reflexos jurídicos possíveis decorrente da aplicação da Lei 9.532/97, que continua vigente. Não se trata de princípio abstrato, pelo contrário, cabe ao intérprete conferir à norma, na análise do caso concreto, a maior realização possível da segurança jurídica, pautado nos

critérios acima apontados, considerando-se a acessibilidade do conteúdo normativo, sua anterioridade, inteligibilidade, continuidade e estabilidade.

59. Levando-se em consideração tais premissas, penso que a interpretação que melhor assegura a realização da segurança jurídica para os casos de amortização de ágio deve considerar como regra geral a licitude das operações, salvo as exceções onde a simulação (em sentido lato) seja comprovada. Com isso:

60. a) Assegura-se ao destinatário da norma a cognoscibilidade do conteúdo da expressa previsão normativa da Lei 9.532/97;

61. b) Modela-se a confiabilidade no texto normativo, que assegura ao contribuinte a escolha societária ora controvertida;

62. c) Viabiliza-se calcular os efeitos jurídicos das opções lícitas realizadas através de atos jurídicos autorizados pela norma.

63. Sobre o assunto, cite-se a notória contribuição acadêmica de Humberto Ávila, para quem *“Só se pode planejar e agir quando há segurança para planejar e para agir. Segurança é, deste modo, um meio à realização das liberdades individuais, uma espécie de princípio funcional relativamente àquelas. Afinal, quem não pode confiar nas condições jurídicas para a realização de seus atos guardará distância das grandes realizações, já que a liberdade significa, justamente, a possibilidade plasmar a própria via de acordo com os próprios projetos”*²¹. O autor ainda que controverte a necessidade de realização da segurança com foco nos três problemas interpretativos centrais:

O primeiro problema refere-se à falta de inteligibilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe exatamente qual é a regra válida. Se aquele sabe qual é esta última, não conhece bem o que ela determina, proíbe ou permite. As regras não são acessíveis, abrangentes, compreensíveis ou inclusive suficientemente determinadas. Elas não são, enfim, orientadas para o usuário, já que deixam de prever as informações relevantes para o comportamento que aquele deve adotar. Com isso, o Direito perde a sua função orientadora. O direito, para usar aqui uma expressão enfática, deixa de ser sério. O cidadão torna-se dominado por leis que desconhece, relevando o princípio de que a ignorância das leis não escusa o seu cumprimento quase um sarcasmo.

A segunda questão diz respeito à carência de confiabilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe se a regra, que era e é válida, ainda continuará válida. E, quando ele sabe disso, não está segundo se essa regra, embora válida, será efetivamente aplicada ao seu caso. Regras e decisões são, pois, inconstantes. O Direito não é sério – e também deixa de ser levado a sério.

²⁰ ROCHA, Sérgio André. Planejamento tributário e liberdade não simulada. 2ª ed. Belo Horizonte-MG: Letramento; Casa do Direito, 2022, p. 137.

²¹ ÁVILA, Humberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 80.

O terceiro entrave diz com a falta de calculabilidade do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o cidadão não sabe bem qual norma irá valer. As possibilidades de apreensão de informações sobre futuras decisões são muito pequenas. O Direito, por conseguinte, não é previsível nem calculável. O cidadão, assim, não sabe se o Direito, que já não é sério nem é levado a sério no presente, serão também levado a sério no futuro.

A ausência ou pouca intensidade dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito instalam a incerteza, a descrença, a indecisão no meio social, fazendo com que se coloquem dúvida até mesmo princípios tradicionais, como a segurança jurídica, a capacidade contributiva, a igualdade e a legalidade.

64. Penso que se faz necessário assegurar previsibilidade às relações jurídicas e, nesse contexto, não vejo problemas jurídicos em se admitir que a Lei 9.532/97 assegura ao contribuinte, como regra geral, a interposição de empresa veículo para estruturação de seus negócios que lhe assegure amortizar o ágio em decorrência de incorporação reversa para fins de apuração do lucro real. Portanto, as glosas demonstram-se indevidas, a ensejar a desconstituição das autuações.

65. Destaco, ainda, que o tema foi analisado por esta Turma de Julgamento em outras oportunidades, com entendimento favorável à amortização do ágio, conforme ementa abaixo transcrita, relacionada ao processo em que fui designado para produzir voto vencedor:

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si.

O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

DEVER LEGAL DE PAGAR (LICITAMENTE) TRIBUTOS. DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO LÍCITO. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DE DIREITO, ARTIFICIALIDADE DE FORMAS, FRAUDE, DOLO, CONLUÍO OU QUALQUER PATOLOGIA DO ATO JURÍDICO PRATICADO.

Nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, torna-se ilegítima a autuação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar ilicitamente tributos.

A inexistência norma jurídica específica que discipline a desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário abusivo ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário, de forma que a norma geral antielisiva do art. 116 do CTN possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária.

Admite-se combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja tipo infracional específico.

Considerando que este voto desconstitui as autuações em seu mérito principal, todos os acessórios caem por consequência lógica, sobretudo a qualificação da multa, que também resta afastada em razão da inexistência de simulação que justifique a majoração dos valores.

66. No mesmo sentido, outros julgados desta Turma de Julgamento:

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO APÓS CONFUSÃO PATRIMONIAL. A amortização do ágio na apuração do imposto sobre a renda da pessoa jurídica, nos termos do art. 7º e art. 8º da Lei nº 9.532/97, somente é admissível quando se observa confusão patrimonial entre a investidora e investida. (Acórdão nº 1201-006.197 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 18 de outubro de 2023, Redator Designado Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, maioria)

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. FRAUDE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. A utilização de uma empresa veículo, com existência meramente formal, não é suficiente, tomada isoladamente, para configurar uma fraude tributária. Para tanto, é necessário que fique demonstrado que a empresa veículo foi o meio utilizado para o contribuinte obter uma vantagem antijurídica, seja por falta de previsão legal, seja por ser defesa em lei, seja por desviar a finalidade da lei.

ÁGIO. AQUISIÇÃO ALAVANCADA. EMPRESA DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS. PROPÓSITO NEGOCIAL. OCORRÊNCIA. A empresa criada com o propósito específico de operacionalizar a aquisição de participação societária e que, para isso, capta recursos no mercado financeiro, realiza o seu objetivo econômico, demonstrando o propósito comercial da sua criação. (Acórdão nº 16561.720036/2020-40 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma

Ordinária, Sessão de 21 de fevereiro de 2024, Relator Neudson Cavalcante Albuquerque, maioria)

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EFETIVAMENTE PAGO NA AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA. PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º. da Lei 9.532 de 1997, são: (i) aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura; (ii) fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição; (iii) desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido; (iv) a amortização do ágio deve se processar com a união entre o acervo patrimonial investidor e o acervo patrimonial investido (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição); (v) absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

Nesse contexto não há espaço para glosa de despesas de ágio cuja origem não é simulada, notadamente quando a autuação não imputa aos agentes a prática de ato simulado.

Não há qualquer previsão legal pela qual a incorporação da detentora original do ágio por empresa intermediária promoveria a extinção do ágio de pleno direito. A transferência do ágio é admitida no Direito Brasileiro e a conclusão fiscal contraria as consequências basilares da sucessão empresarial decorrente do ato de incorporação (art. 227 da Lei nº 6.404/76), bem como enfrentaria a autorização contida no art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/76.

A adoção de empresas intermediárias alcunhadas pejorativamente de “veículo” como meio de viabilizar as operações societárias amparadas no direito de auto-organização empresarial que levem à transferência do ágio permitindo seu aproveitamento de maneira mais conveniente ao contribuinte não encontra vedação no Direito Brasileiro, ainda que a sua constituição no Brasil se dê por empresa estrangeira para centralizar (de maneira temporária ou perene) os investimentos adquiridos no Brasil.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, tampouco estabelecem qualquer limitação no sentido de que somente seriam aplicáveis às participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil e, contrariamente ao que se assevera, o termo “pessoa jurídica” não é restrito às entidades domiciliadas no Brasil, conforme se extrai do art. 52 do ADCT e de atos emanados pela própria RFB, como a IN nº 1.005/2010 (art. 9º, I). Os arts 146 e 147 do RIR/99, por sua vez, não restringem o conceito de pessoa jurídica às domiciliadas em solo pátrio, mas apenas criam restrição conceitual para definir os sujeitos passivos do IRPJ brasileiro. (Acórdão nº 1201-006.251 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 20 de fevereiro de 2024, Relator Lucas Issa Halah, maioria)

67. Assim, as autuações são improcedentes, devendo-se igualmente afastar a atribuição de corresponsabilidades solidárias, por consequência.

Fl. 74 do Acórdão n.º 1201-006.262 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 16561.720082/2020-49

CONCLUSÕES

68. Ante o exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário.
69. É a declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)
Fredy José Gomes de Albuquerque