



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

Processo n° 16561.720219/2016-89
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1302-003.474 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de abril de 2019
Matéria ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. DESPESAS FINANCEIRAS. DEDUTIBILIDADE
Recorrentes QUALICORP ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS S.A.
 FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

ÁGIO. REGISTRO. DECADÊNCIA

A condição para a constituição do crédito tributário reside no fato gerador e não no registro do ágio. É a influência que esse registro exercerá no lucro real, por ocasião de sua amortização, que marca o termo inicial do prazo decadencial de cinco anos. Havendo intimação nesse prazo, contado da amortização, não há que se falar em decadência.

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.

A regra da amortização do ágio, por se tratar de um benefício fiscal, deve ser interpretada de maneira restritiva. Não há espaço para alargamento das situações expressamente previstas em lei. A interpretação literal para a formação das normas contidas no artigo 7º, *caput*, e no artigo 8º, alínea “b”, da Lei nº 9.532/97, conduz ao entendimento de que o ágio a ser amortizado é aquele surgido nos termos do que previu o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Isto é, somente a empresa que "detenha participação societária adquirida" naqueles moldes poderá figurar como incorporadora ou incorporada no evento que resultará no encontro do seu patrimônio com o da empresa investida.

JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. INDEDUTIBILIDADE

As despesas com juros pagos na emissão de debêntures emitidas para a captação dos recursos a serem aplicados em aquisições societárias, são dedutíveis da base de cálculo do imposto (art. 398, Dec. 9.580/2018 - RIR/18).

ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA PROPORCIONAL.

Incabível a aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário. Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

MULTA QUALIFICADA. INEXISTÊNCIA DE SONEGAÇÃO OU FRAUDE PENAIS. INAPLICABILIDADE.

Em situações nas quais as partes deixam claras as formas jurídicas empregadas e inexistem condutas maculadas pelo falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos, é incabível a qualificação da multa aplicada, mesmo que o planejamento tributário seja inoponível ao Fisco, porque não se concretizam condutas como a sonegação ou a fraude penais.

JUROS SOBRE MULTA. POSSIBILIDADE.

De conformidade com a Súmula CARF nº 108, incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM. ART. 124, I, CTN

Somente se houver comprovado interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária haverá se falar em responsabilidade solidária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer integralmente do recurso voluntário interposto pela contribuinte, vencidos os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo e Maria Lúcia Miceli que não conheciam da matéria relativa à glosa de despesas financeiras com emissão de debêntures em face da existência de concomitância com ação judicial; por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de decadência; por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário quanto à glosa da amortização do ágio na apuração do IRPJ/CSLL, vencidos os conselheiros Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil (relator), Gustavo Guimarães da Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias. O Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado votou pelas conclusões do voto divergente neste ponto. E, por maioria, em dar provimento ao recurso voluntário para cancelar a exigência de glosa de despesas com emissão de debêntures e a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas de IRPJ/CSLL, vencidos os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Maria Lúcia Miceli e Luiz Tadeu Matosinho Machado e, quanto à multa qualificada, vencidos Paulo Henrique Silva Figueiredo e Maria Lúcia Miceli; e, em

negar provimento ao recurso voluntário quanto à incidência de juros sobre a multa, vencido o conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca. Por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário dos responsáveis solidários José Seripieri Filho, Fernando César Dantas Borges, Fernando de Oliveira Pinto, Juan Carlos Feliz Estupinam e BRL Trust Serviços Fiduciários e Participações Ltda. e em negar provimento ao recurso de ofício de Santander Securities Services Brasil Distribuidora de Títulos e Banco Santander (Brasil) S.A. O conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca solicitou a apresentação de declaração de voto. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Ricardo Marozzi Gregório.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(assinado digitalmente)

Rogério Aparecido Gil - Relator

(assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregório - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Ricardo Marozzi Gregório, Rogério Aparecido Gil, Maria Lúcia Miceli, Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto face ao Acórdão nº 02-73.802, de 30/06/2017, da 10ª Turma da DRJ de Belo Horizonte que, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte a impugnação, registrando-se a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

DECADÊNCIA. FATOS COM REPERCUSSÃO EM PERÍODOS FUTUROS.

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade.

DECADÊNCIA. MULTA ISOLADA.

Lançamento de multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimento de estimativa de IRPJ ou de CSLL submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I, do CTN.

JUROS PAGOS NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. INDEDUTIBILIDADE. As despesas com juros pagos na emissão de debêntures, quando a captação dos recursos não for utilizado na exploração do objeto da pessoa jurídica não são dedutíveis da base de cálculo do

imposto, tendo em vista a ausência dos requisitos de normalidade, usualidade e necessidade.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, constituída sem finalidade negocial, em cujo patrimônio constava registro de ágio em decorrência de participação na incorporadora com fundamento em expectativa de rentabilidade futura.

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

ÁGIO OU DESÁGIO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. LAUDO DE AVALIAÇÃO.

Para que o custo de aquisição da participação societária possa ser desdobrado em valor de patrimônio líquido e em ágio ou deságio com base em expectativa de rentabilidade futura, é condição indispensável que à época da aquisição o seu valor esteja devidamente lastreado em laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação.

LAUDO TÉCNICO PRODUZIDO POSTERIORMENTE Á AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO. INEFICÁCIA. O laudo acostado aos autos, elaborado após a operação de aquisição dos investimentos, para amparar o registro contábil dos ágios com fundamento na previsão de resultado de exercícios futuros, não é contemporâneo aos fatos, e não fundamenta os ágios. A dedutibilidade do ágio com base em expectativa de rentabilidade futura exige que o valor de aquisição do investimento esteja lastreado em laudo prévio.

MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. ESTIMATIVAS MENSAIS. IRPJ. CSLL. MULTA DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA.

A multa isolada prevista no inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, tem pressuposto de exigência diferente da multa de ofício prevista no inciso I do citado artigo. As penalidades decorrem de pressupostos diferentes e o lançamento delas no mesmo auto de infração não significa dupla penalização pela mesma conduta.

CSLL. DECORRÊNCIA. INFRAÇÕES APURADAS NA PESSOA JURÍDICA.

O decidido quanto ao lançamento principal, no caso de imposto sobre a renda, aplica-se aos lançamentos decorrentes dos mesmos fatos e elementos de prova.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - INTERESSE COMUM. ART. 124, I, DO CTN

São solidariamente obrigadas as pessoas físicas e jurídicas que tenham, comprovadamente, interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. As pessoas que participam da fase executiva da constituição do fato gerador manifestam esse interesse.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRAÇÃO DE BENS DE TERCEIROS. ART. 134, III, DO CTN

A responsabilidade de que trata o art. 134, III, do CTN, pressupõe a administração de bens de terceiros e não decorre da prática de ato ilícito.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR. ART. 135, III, DO CTN

A responsabilidade de que trata o art. 135, III, do CTN, requer que a pessoa arrolada seja diretora, gerente ou representada de pessoa jurídica de direito privado. Não basta que tenha a qualidade de sócio.

MULTA QUALIFICADA. ABUSO DE DIREITO.

Sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de abuso de direito, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO LANÇADA.

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

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011

ENVIO DE INTIMAÇÕES A ENDEREÇO DIVERSO DO DOMICÍLIO FISCAL DO SUJEITO PASSIVO

Não existe nenhuma disposição legal que autorize o envio de correspondência ou intimação ao domicílio do advogado do contribuinte, ainda que regularmente constituído, nem a qualquer outro endereço que não se caracterize como o domicílio fiscal eleito pelo sujeito passivo.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido

Acórdão

Acordam os membros da 10ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar procedente em parte a impugnação para:

- I - REJEITAR todas as preliminares arguidas e INDEFERIR o pedido de produção posterior de provas e o pedido de encaminhamento de intimações e notificações a endereço diverso do domicílio fiscal do sujeito passivo;
- II - MANTER integralmente as exigências do IRPJ e da CSLL, acrescidas de **multa** de ofício **qualificada** e dos juros de mora;
- III - MANTER integralmente as exigências de **Multa Isolada** a título de IRPJ e CSLL;
- IV - CONSIDERAR devida a incidência dos **juros** de mora **sobre as multas** aplicadas, se não pagas no vencimento;
- V - **AFASTAR a responsabilidade tributária** imputada às sociedades Banco Santander do Brasil S.A. e Santander Securities Services;
- VI - **MANTER a responsabilidade** tributaria a **José Seripieri Filho, Fernando César Dantas Borges, Fernando de Oliveira Pinto, Juan Carlos Feliz Estupinam**, bem como à sociedade **BRL Trust Serviços Fiduciários e Participações Ltda.**

Recurso de Ofício

Submeta-se à apreciação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (tão-somente quanto à exclusão da responsabilidade imputada às sociedades Banco Santander do Brasil S.A. e Santander Securities Services procedida neste acórdão), de acordo com o art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017, por força de **recurso necessário**. **A exclusão da responsabilidade tributária procedida por este acórdão só será definitiva após o julgamento em segunda instância.**

Síntese da Autuação

Os procedimentos de fiscalização visaram verificar se o sujeito passivo observou a legislação fiscal quanto à dedutibilidade tributária dos encargos de **amortização de ágio** decorrente da aquisição de participação na **Seripar Participações** (futura Qualipar - que não se confunde com a fiscalizada), em **2010**, pelo **BHCS Fundo de Investimento em Participações (FIP)**, por meio das empresas veículos **QC Holding I Participações, QC Holding II Participações** e de **incorporação reversa**, por parte da própria Qualipar (adquirida e antes denominada Seripar), e sua **posterior cisão em benefício da fiscalizada** e de **outra empresa do mesmo grupo**, seguida de amortização do ágio resultante da operação societária acima resumida, por parte da autuada e da outra empresa do grupo, autuada no processo também em julgamento nesta sessão.

As matérias em discussão podem ser resumidas nos seguintes itens:

a) **auto de infração - IRPJ e CSLL - 31/12/2011**, com indicação de responsabilidade de terceiros, segundo a aplicação do art. 124, inc. I e do 134, inc. III, do Código Tributário Nacional (CTN), por conta do aproveitamento das seguintes despesas na apuração do lucro real anual durante o exercício de 2011 pela Autuada:

- (i) **amortização de 9/60 avos do ágio por rentabilidade futura** gerado pelo pagamento de preço da aquisição de 72,96% das ações da empresa

Qualicorp Participações ("Qualipar") pela compradora QC Holding II Participações S.A ("QC II") no lucro real anual apurado em 31 de dezembro de 2011, executada após a realização de incorporação reversa da QC II pela Qualipar em 31 de março de 2011 e posterior cisão da Qualipar em quatro empresas diferentes com alocação proporcional do ágio, entre as quais a Autuada;

(ii) **juros pagos ou creditados pela QC II por força da emissão de debêntures** ocorrida em 17 de agosto de 2010.

b) **multa isolada de 50%** (art. 44, II, "b", da Lei nº 9.430/996), pela falta de pagamento do IRPJ e CSLL pelo método da estimativa exatamente por força do aproveitamento das despesas acima mencionadas, em função da escolha pela apuração anual dos tributos, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

c) **multa de ofício qualificada (150%)**, art. 72 do CTN, por considerar que as condutas dos sujeitos passivos teriam configurado ação deliberada - não casual nem necessária - que teria visado exclusivamente a obtenção de vantagens ilegais.

Da Ação Judicial movida pela Contribuinte. Períodos Futuros. Risco de Autuação

Em 06/02/2018, a recorrente, juntamente com a Qualicorp Corretora de Seguros S.A., **ajuizaram ação declaratória**, com pedido de **tutela provisória de urgência**, face ao **risco de não acolhimento pela fiscalização e DRJ da (i) dedução das despesas** havidas com **amortização do ágio**, pago pela empresa QC Holding II Participações S.A. ("QC II") na aquisição da Qualicorp Participações S.A. ("Qualipar"), bem assim de **(ii) despesas financeiras incorridas em razão da emissão de debêntures**, no tocante aos **períodos de apuração delimitados na inicial (de 2012 a 2017 para a Autora Qualicorp Administradora de Benefícios S.A.[este processo], e de 2015 a 2017, para a Autora Qualicorp Corretora de Seguros S.A. [Proc. 16561.700221/0216-58]) [estes autos referem-se a fatos geradores de março de 2011]**.

Obteve tutela provisória de urgência (Proc. 1018275-04.2017.4.01.3400, 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal) determinando a **suspensão da exigibilidade** do crédito tributário referente às glosas relativas à (i) amortização de ágio; e (b) juros pagos sobre debêntures, nos seguintes termos:

*Isso posto, DEFIRO o pedido de **tutela provisória de urgência** para, em caráter meramente declaratório, determinar a **suspensão da exigibilidade** dos valores a título de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica-**IRPJ** e Contribuição Social sobre o Lucro-**CSLL**: que seriam devidos caso não fosse **amortizado o ágio** surgido quando da aquisição de 72,95% da Qualicorp Participações SA pela QC Holding II Participações S.A., nos anos-calendário de 2012 a 2017 para a Autora **Qualicorp Administradora de Benefícios S.A.** e 2015 a 2017, para a Autora **Qualicorp Corretora de Seguros S.A.**; ii) correspondentes às **despesas financeiras** decorrentes das **debêntures** emitidas pela QC II; até ulterior decisão deste Juízo.*

[em pesquisa no site www.trf1.jus.br/PJ-e verifiquei que ainda não há julgamento de mérito e a liminar não foi cassada]

Outras matérias do recurso voluntário da contribuinte

A contribuinte alega que a ação judicial refere-se tão somente às cobranças de IRPJ e CSLL, **a partir de 2012**, enquanto que, os presentes autos referem-se a **2011**. Sustenta que não há que se falar em concomitância (Súmula CARF nº 1).

Assim, além das referidas matérias que a recorrente submeteu ao Poder Judiciário - visando a suspensão da exigibilidade em caso de cobranças relativas a 2012/2017 - seu **recurso voluntário** (fls. 5355/5525), de 15/08/2017 (fl. 6340) - intimação em 03/08/2017 (fl. 5354), tempestivo - **também contempla questionamentos ao acórdão da DRJ, relacionados com as seguintes matérias:**

- a) decadência total (5 anos);
- b) multa isolada (50%);
- c) multa de ofício qualificada (150%); e
- d) juros sobre a multa (Selic).

Recursos Voluntários dos Responsáveis Tributários

Além da contribuinte, interpuseram recurso voluntário os responsáveis tributários:

- a) **José Seripieri Filho**, intimado em 19/07/2017 (fl. 5343); recurso voluntário (fls. 6341/6391), protocolo em 15/08/2017 (fl. 6340);
- b) **Fernando César Dantas Borges**, intimado em 06/07/2017 (fl. 5765); recurso voluntário (fls. 6023/6166), protocolo em 07/08/2017 (fl. 6022) - (30 dias coincidiu com sábado, 05/08/2017; recurso protocolado na segunda-feira, 07/08/2017, tempestivo);
- b) **Fernando de Oliveira Pinto**, intimado em 06/07/2017 (fl. 5348); recurso voluntário (fls. 6169/6338), protocolo em 07/08/2017 (fl. 6168) - tempestivo;
- c) **Juan Carlos Feliz Estupinam**, intimado em 07/07/2017 (fl.); recurso voluntário (fls. 5862/6020), protocolo em 07/08/2017 (fl. 5861) - tempestivo; e
- d) **BRL Trust Serviços Fiduciários e Participações Ltda.**, não consta comprovante de recebimento de intimação; recurso voluntário (fls. 5784/5859), protocolo em 04/08/2017 (fl. 5767) - deve ser considerado tempestivo.

Tais recorrentes, em virtude da improcedência de suas impugnações, apresentaram recurso voluntário, tanto em relação ao mérito, em favor da empresa contribuinte, quanto para demonstrar a improcedência da manutenção da responsabilidade solidária pela DRJ.

Operações Societárias

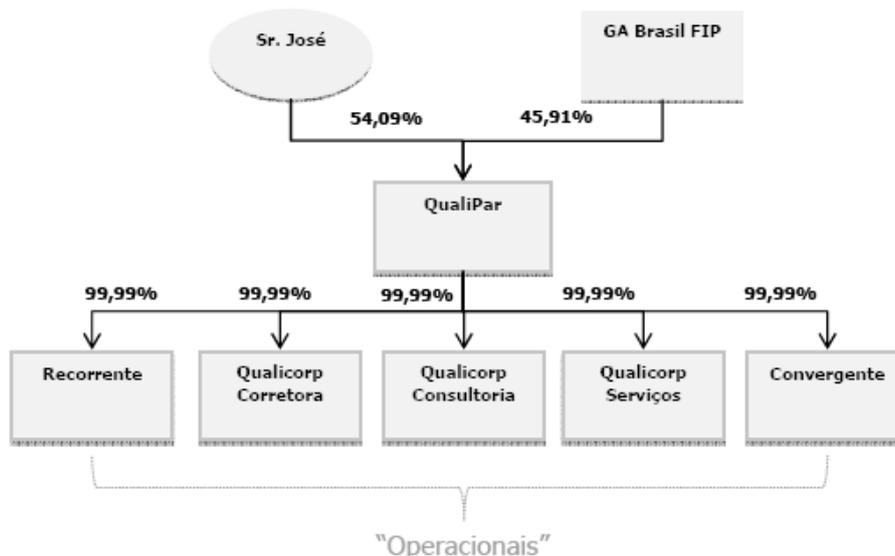
As operações societárias podem ser resumidas nos seguintes passos:

O **Grupo Qualicorp**, originalmente detido pelo **fundador José Seripieri Filho** ("Sr. José"), foi criado no Brasil em **1997** - administração, gestão e venda de planos de saúde coletivos, empresariais e coletivos por adesão, bem como serviços relacionados à área da saúde.

Em **novembro de 2008**, o **GA Brasil Fundo de Investimento em Participações** ("GA Brasil FIP") adquiriu **45,91%** do **Grupo Qualicorp**, o qual era **composto** por uma sociedade **holding** denominada **Qualicorp Participações S.A.** ("**QualiPar**") [recorrente] que, por sua vez, era detentora de **99%** da **participação societária de cinco sociedades operacionais** ("Operacionais"), quais sejam:

- (i) Qualicorp Administradora de Benefícios S.A. ("Qualicorp Benefícios", a Recorrente);
- (ii) Qualicorp Corretora de Seguros S.A. ("Qualicorp Corretora");
- (iii) Qualicorp Consultoria em Saúde Ltda. ("Qualicorp Consultoria");
- (iv) Qualicorp Administração e Serviços Ltda. ("Qualicorp Serviços") e
- (v) Convergente Consultoria e Corretora de Seguros Ltda. ("Convergente").

Nesse momento, tinha-se o seguinte quadro societário:



Início de 2010, o **Grupo Carlyle**, empresa norte-americana de gestão de fundos de *private equity*, adquiriu o **Grupo Qualicorp**, por meio das sociedades **holding QC Holding I Participações S.A.** ("**QC I**") e **QC Holding II Participações S.A.** ("**QC II**"), residentes no Brasil.

12/07/2010 - celebrado Contrato de Compra e Venda de Ações (fls. 52-154 dos autos), dispondo acerca da **alienação, pelo Sr. José e pela GA Brasil FIP (vendedores) à QC II (compradora), de participação equivalente a 72,95% na QualiPar.**

Enquanto o Sr. José alienou 2.252.494 ações ordinárias que detinha na QualiPar, correspondentes à metade de sua participação, o **GA Brasil FIP vendeu a integralidade das ações até então detidas** (3.824.184 ações ordinárias).

Ato subsequente à assinatura do Contrato de Compra e Venda de Ações, **as partes passaram a praticar os atos societários pertinentes para a operacionalização da aquisição.**

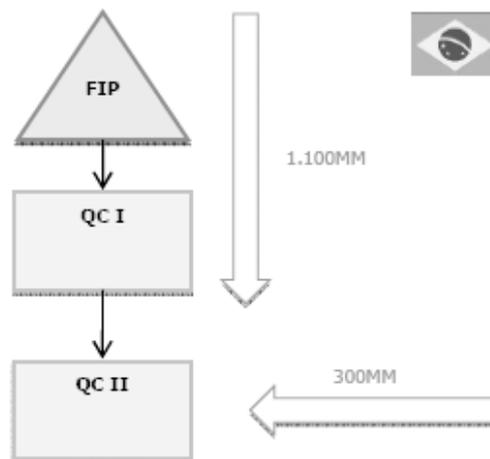
• **17/08/2010** - emissão de debêntures simples, não conversíveis em ações, pela QC II (fls. 246-283 dos autos), no valor nominal total de R\$ 308 milhões, tendo como intervenientes-garantidoras a Qualicorp Corretora, a Qualicorp Serviços, a QC II e a Recorrente.

01/09/2010 - na data do fechamento da operação, uma série de atos societários foram realizados, a fim de operacionalizar e finalizar a aquisição acordada:

o aumento de capital da QC I, de R\$ 1.000,00 para R\$ 1.107.705.146,98, integralmente subscrito e integralizado pelo BHCS FIP, fundo sediado no Brasil.

o aumento de capital da QC II, de R\$ 1.000,00 para R\$ 1.107.705.146,98, integralmente subscrito e integralizado pela QC I.

Desta forma, concluiu-se a estrutura de aquisição pretendida pelo Grupo Carlyle, uma vez que a QC II passou a deter a integralidade dos recursos que seriam utilizados para a aquisição do controle da QualiPar: (i) R\$ 1.100 milhões originários do aporte de capital do BHCS FIP na QC I; e (ii) R\$ 308 milhões decorrentes da emissão de debêntures.

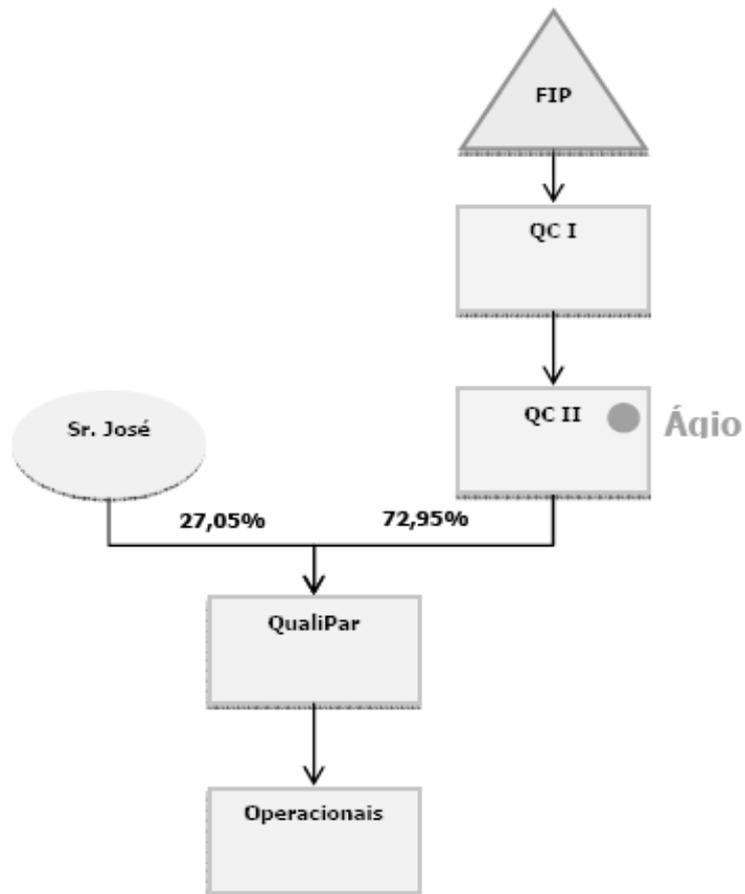


o fechamento da operação de aquisição da QualiPar pela QC II, mediante pagamento, em dinheiro, do montante de R\$ 1.407.133,198,49 ao Sr. José e ao GA Brasil FIP.

O Patrimônio Líquido (PL) da QualiPar, quando de sua aquisição pela QC II, era de R\$ 181.701,125,96. Como o preço pago pela aquisição de 72,95% da QualiPar excedeu o montante de seu PL proporcional a esta participação (R\$ 132.569.141,50), a QC II apurou ágio de R\$ 1.274.564.056,99 na operação.

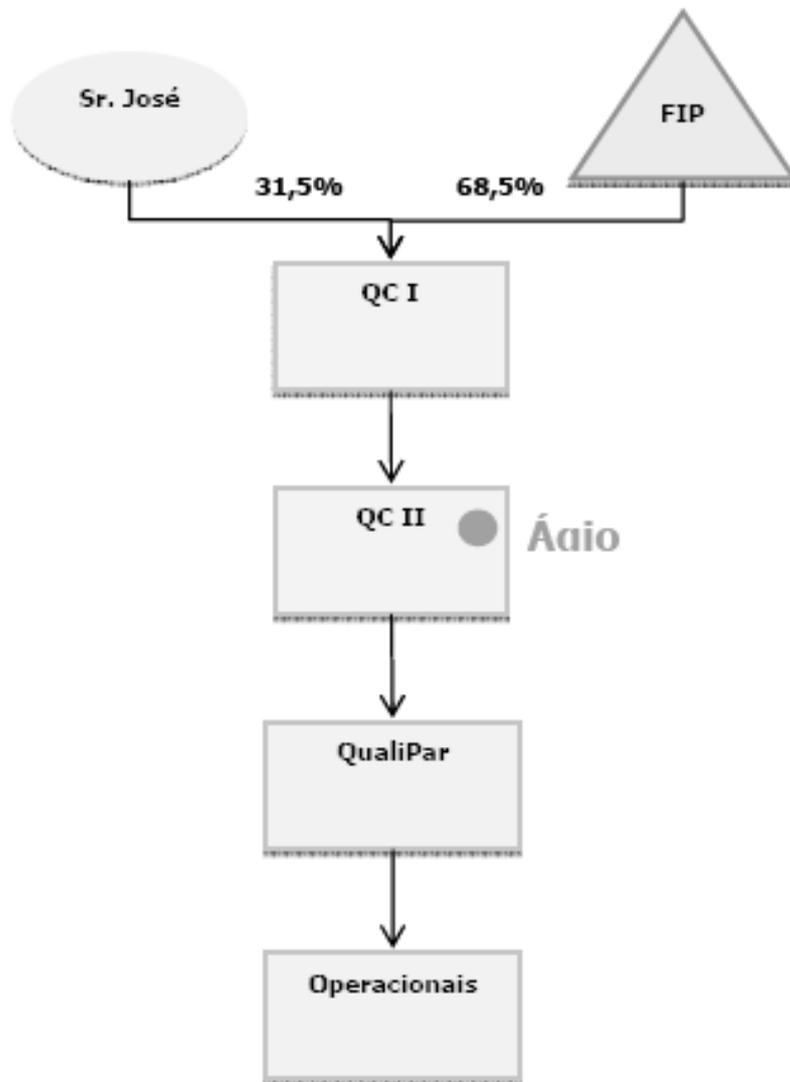
Nos termos do Laudo de Rentabilidade Futura elaborado pela KPMG, com base no método de fluxo de caixa futuro descontado a valor presente, avaliou-se que

o ágio registrado pela QC II tinha por fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura da QualiPar, nos termos da alínea "b" do § 2o do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77.



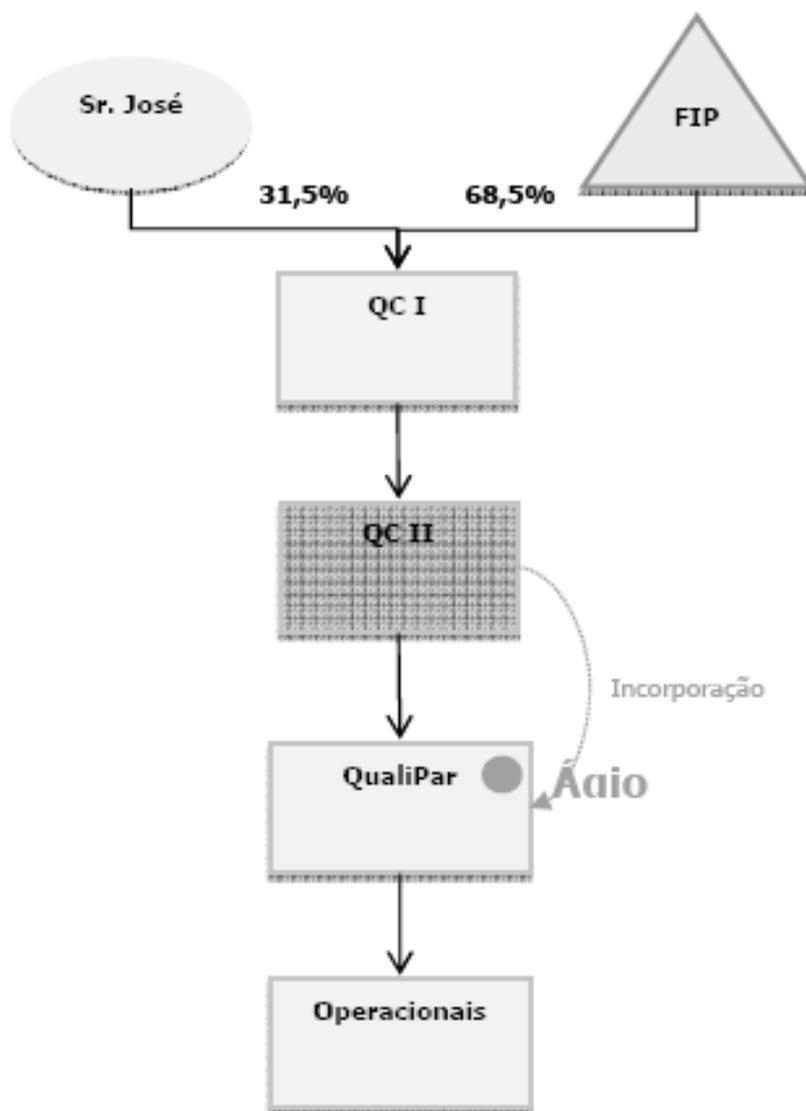
- incorporação da totalidade das ações de emissão da QualiPar pela QC II, a valor contábil. Na relação de substituição das ações, determinou-se que para cada ação da QualiPar de sua propriedade, o acionista Sr. José receberia 225,16 ações da QC II. Destarte, em contrapartida às 2.252.494 ações ordinárias incorporadas, o Sr. José recebeu 507.177.489 novas ações ordinárias de emissão da QC II.

A referida incorporação de ações visava uma consolidação das participações do Sr. José e da QC II em uma holding comum e, principalmente, a transferência das debêntures para o contexto de ambos os acionistas finais. Após a incorporação de ações, a estrutura societária verificada era a seguinte:



- por fim, foi deliberada a incorporação da totalidade das ações da QC II pela QC I, também a valor contábil. Para cada ação ordinária de emissão da QC II, foi emitida, em favor do acionista Sr. José, uma ação ordinária de emissão da QC I. Assim, em contrapartida às 507.177.489 ações ordinárias incorporadas da QC II, o Sr. José recebeu 507.177.489 novas ações ordinárias de emissão da QC I.

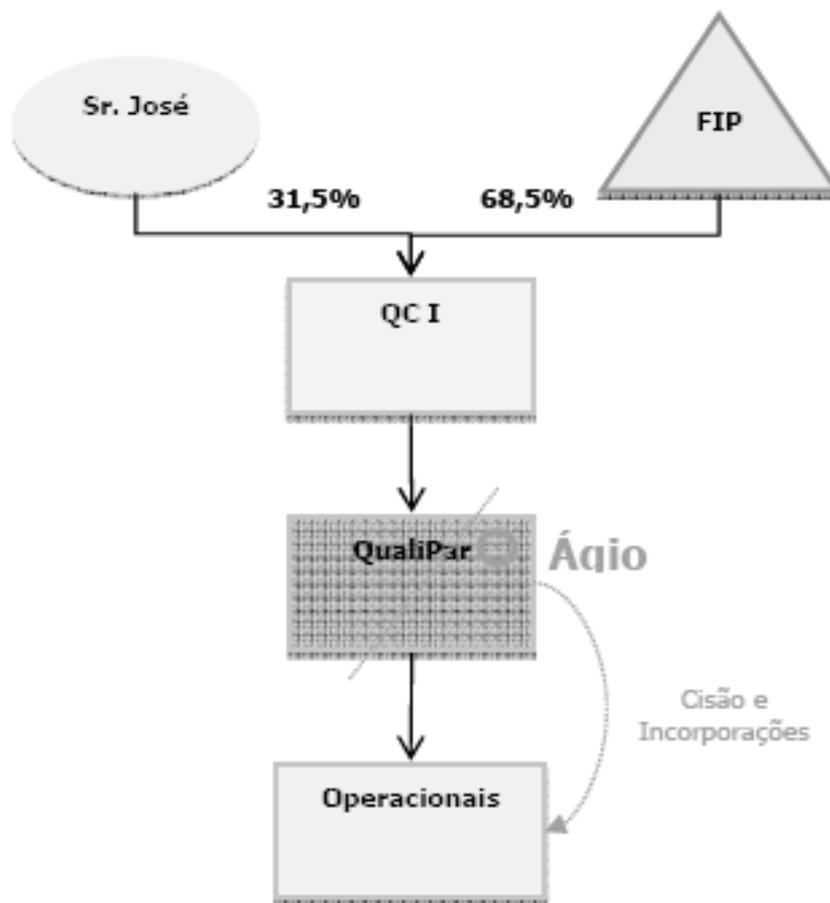
Com a segunda incorporação de ações, a QC I passou a ter como acionistas o Sr. José e o BHCP FIP, sendo a estrutura resultante representada da seguinte maneira:



Após a aquisição da QualiPar e das incorporações de ações, teve início uma **nova fase da reorganização societária**, tendo em vista **a oferta pública de ações que ocorreria em meados de 2011**.

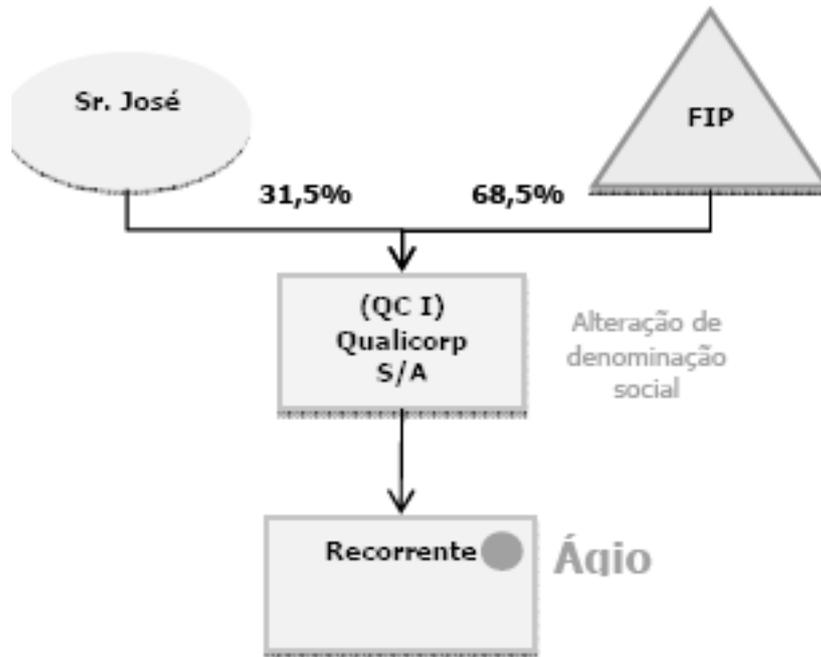
• **31/03/2011** - tendo em vista tal intuito, nesta data foram realizados os seguintes eventos societários:

- **incorporação da QC II pela QualiPar, que passou a sucedê-la em todos os seus bens, direitos e obrigações, incluindo o ágio e a obrigação de pagamento de juros relativos às debêntures, nos termos do artigo 227 da Lei nº 6.404/76 ("Lei das SA.")**.



Ainda, por ter se verificado, nesse momento, a incorporação da investidora (QC II) pela investida (QualiPar), com a unificação do investimento adquirido com o ágio pago na aquisição da QualiPar, fundamentado na sua expectativa de rentabilidade futura, **este último passou a ser dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, conforme disposto nos artigos 7o e 8o da Lei nº 9.532/97.**

o cisão total da QualiPar, com versão das parcelas cindidas para suas controladas, as Operacionais, quais sejam: a Recorrente, Qualicorp Corretora, Qualicorp Consultoria e Qualicorp Administração, que sucederam a QualiPar em seu bens, direitos e obrigações.

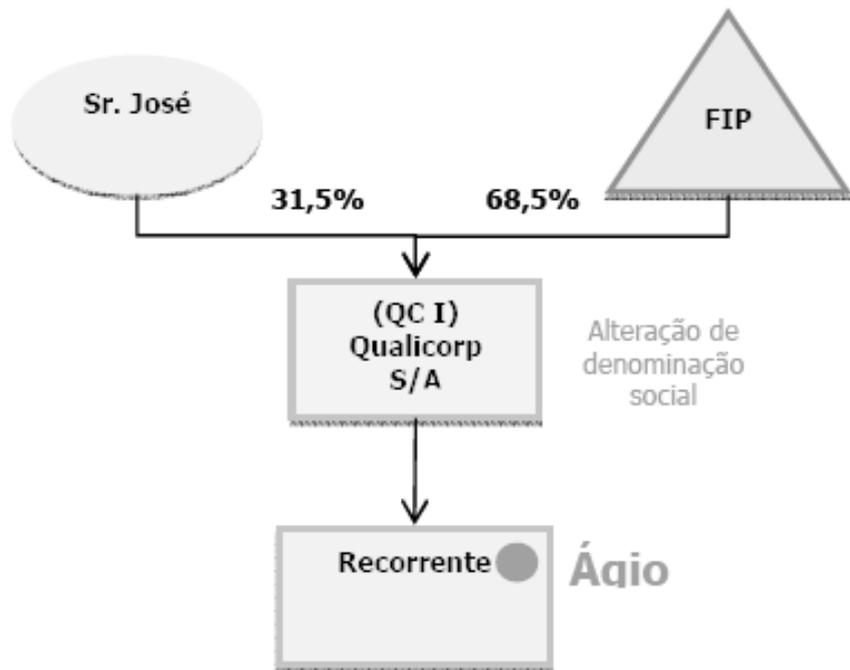


Nos termos do § 1o do artigo 229 da Lei das S/A, "a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão".

Coube à Recorrente o acervo cindido de R\$ 7.466.658,21 da QualiPar, elevando-se seu capital social para R\$ 11.966.658,21, com a emissão de 2.990.118 novas ações, sem valor nominal, em benefício da Qualicorp S.A. (nova denominação social da QC I). Também à Recorrente foi vertida a parcela equivalente a 48,71% do ágio anteriormente contabilizado na QC II e na QualiPar, no montante de R\$ 620.840.152,16.

Com a cisão total da QualiPar, seguida da incorporação das parcelas cindidas pelas suas controladas, as dívidas incorridas pela QC II foram transferidas às empresas operacionais do Grupo Qualicorp, quais sejam, a Qualicorp Corretora e a recorrente, anteriormente controladas pela QualiPar.

Abril/2011 - a Recorrente, como sucessora de parcela cindida e do ágio da antiga QC II, passa a amortizar mensalmente o ágio decorrente da aquisição da QualiPar pela QC II



Preliminar. Necessidade de observância da jurisprudência administrativa e judicial

A contribuinte tece extensas digressões sobre a necessidade de se observar julgamentos administrativos e judiciais, quando espelham casos iguais ao caso a ser julgado.

Síntese das Razões de Mérito da Contribuinte

À vista das operações societárias, passo a relatar as razões da contribuinte. Início pelos seguintes registros (fls. 2680/2775):

Legitimidade da Amortização Fiscal do Ágio

Legitimidade das Operações Realizadas e Posterior Aproveitamento Fiscal do Ágio pela Recorrente

- o real adquirente do controle da QualiPar não foi o investidor estrangeiro (Grupo Carlyle). A adquirente é a QC II, enquanto a QualiPar é a efetiva investida;

- não é correta a conclusão da fiscalização e da DRJ de que "não se pode considerar que a QC II é a investidora originária da QualiPar, não se observando a condição para que se amortizasse fiscalmente o ágio pago, de maneira que não há subsunção dos fatos à norma disposta no art. 386 do RIR/1999;

- não deve prevalecer a conclusão da fiscalização que desqualificou a QC II como investidora pelo fato de esta ter recebido parte dos recursos do BHCS FIP, do Grupo Carlyle, anteriormente à aquisição. Isto porque, o desembolso/sacrifício financeiro partiu, sim, da holding QC. II, na medida que tais valores, juntamente com o montante captado com a emissão de

debêntures, passaram a constituir seu patrimônio e, somente após isso, foram despendidos para a aquisição do controle da QualiPar.

- a QC II figurou como a real investidora da participação de 72,95% na QualiPar, tendo seguido estritamente as normas societárias e contábeis vigentes à época quando do registro do ágio, a respeito do que não houve qualquer questionamento por parte das autoridades competentes, dos auditores independentes e, tampouco, da Fiscalização.

- a aquisição deu-se entre partes independentes, QC II, de um lado, e GA Brasil FIP e o Sr. José, de outro, mediante o pagamento em dinheiro de R\$ 1.407.133,198,49. Neste momento, para fins fiscais, a adquirente desdobrou o valor total do custo de aquisição da participação societária de 72,95% da QualiPar em investimento pela equivalência patrimonial e ágio no valor de R\$ 1.274.564.056,99.

- nos termos do Laudo de Rentabilidade Futura da KPMG, com data-base em 31/08/2010 (antes, portanto, do fechamento da operação - 01/09/2010), tal ágio tem por fundamento justamente a expectativa de rentabilidade futura da QualiPar.

- com a posterior incorporação da QC II pela QualiPar, nasceu para esta o direito à amortização fiscal do ágio, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

- para que a despesa com amortização do ágio seja dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o legislador ordinário estabeleceu, apenas e tão somente (i) que ocorresse a aquisição, pela pessoa jurídica, de participação societária adquirida com ágio; (ii) que houvesse a absorção do patrimônio da investida em virtude de fusão, cisão ou incorporação (ou a absorção da investidora pela investida, consoante previsão expressa do artigo 8º); e que a fundamentação econômica do ágio fosse lastreada em expectativa de rentabilidade futura;

- esses requisitos foram cumpridos no presente caso:

(i) houve a efetiva aquisição das ações da QualiPar pela QC II, mediante pagamento integral em dinheiro;

(ii) foi efetivada a incorporação da QC II pela QualiPar (incorporação reversa, nos termos do artigo 8º da Lei nº 9.532/97); e

(iii) o ágio pago pela QC II foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da companhia investida (QualiPar), conforme Laudo de Rentabilidade Futura da KPMG.

- quando a Recorrente absorveu parcela cindida da QualiPar, incluindo 48,71% do ágio nela registrado, no montante de R\$ 620.840.152,16, sucedeu-a no direito à amortização fiscal do ágio, nos termos do § 1º do artigo 229 da Lei das S/A: "a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão".

- quando a contribuinte incorporou a parcela cindida da QualiPar, com a parcela de 48,71% do ágio, na qualidade de sucessora dos bens e direitos desta companhia, passou, então, a fazer jus à amortização fiscal do ágio;
- a sucessão do ágio pela contribuinte em razão da cisão total da QualiPar não foi objeto de questionamento pela Fiscalização, que **tratou somente de aspectos**, prévios, atinentes à formação do ágio e à possibilidade de sua dedução (quais sejam, demonstração de seu fundamento econômico, inoportunidade de confusão patrimonial, utilização de empresas veículos e propósito negocial);

Demonstração do Fundamento Econômico do Ágio

- a autoridade fiscal questionou o Laudo de Rentabilidade Futura apresentado, sob a justificativa de que este não estaria apto a comprovar o fundamento econômico do ágio pago pela QC II na aquisição da participação societária na QualiPar, por ser posterior ao Contrato de Compra e Venda de Ações e à efetivação do pagamento pela aquisição do investimento. A DRJ referendou esse entendimento. Concluiu que o laudo é inválido (fls. 86 e 87 do acórdão recorrido);
- o documento apresentado com a finalidade de comprovar a rentabilidade futura como fundamento econômico do ágio pago pela QC II na aquisição de participação societária na QualiPar, embora datado de 02/03/2011, foi produzido com base em informações disponíveis até 31/08/2010, i.e., antes do fechamento da operação (que se deu em 01/09/2010), como bem reconhecido na decisão recorrida;
- a jurisprudência administrativa aceita que o referido comprovante não precisa necessariamente, ser anterior à aquisição, podendo ser elaborado depois desta, desde que tomando por base informações contemporâneas. Cita os Acórdãos nº 1101-000.89 e 1201-001.507;
- os requisitos e prazo para apresentação de laudo apenas foram introduzidos no ordenamento jurídico por meio da Medida Provisória nº 627/201330, publicada em 11 de novembro de 2013, convertida na Lei nº 12.973/2014;
- embora seja datado de 02/03/2011, o Laudo de Rentabilidade Futura da QualiPar elaborado pela KPMG, como já mencionado, possui como data-base 31/08/2010. Portanto, ainda que seja posterior à operação, trata-se efetivamente de documento baseado em fatos que são a esta contemporâneos, devendo desta forma ser aceito para fins de comprovação do fundamento econômico do ágio;

Inexistência do Requisito Legal de "Confusão Patrimonial"

- a Fiscalização desconsiderou a aquisição da participação na QualiPar realizada pela QC II. Nos termos consignados no TVF, a "confusão patrimonial" não teria ocorrido por não ter o evento de incorporação se verificado entre investidor estrangeiro (o "real adquirente") e QualiPar (investimento adquirido).

- Segundo a fiscalização, a norma do artigo 386 do RIR/99 "impõe a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida"(fl. 45 do TVF). Logo adiante, esclarece-se que a Lei nº 9.532/97 traria como requisito à dedutibilidade fiscal do ágio "a ocorrência da extinção por incorporação da participação da investida pela investidora que efetivamente pagou pelo ágio (ou vice-versa) (fls. 45-46 do TVF), uma vez que em tal situação o investimento (ou a investidora) não mais poderia ser alienado, impossibilitando-se o aproveitamento do ágio como parte do custo de aquisição;

Diante do raciocínio adotado, **concluiu a Fiscalização:**

123. Dessa forma, cumpre descortinar a aparência emprestada pelo expediente artificioso e desqualificar, para efeitos fiscais, os negócios jurídicos desprovidos de substância econômica, para que se revele a situação encoberta, com toda sua repercussão econômica e tributária, qual seja o não aproveitamento tributário do ágio, cujo registro deveria estar no exterior.

124. De sorte que, mesmo tendo a Qualicorp Participações incorporado a empresa veículo QC II, não pode o ágio indevidamente internalizado gerar efeitos tributários.

125. Portanto, como o Fisco não está jungido aos efeitos jurídicos que o planejamento tributário abusivo tentou produzir, mas à verdadeira repercussão econômica dos fatos subjacentes, não se admite o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização do ágio, desde o momento de sua internalização artificiosa e ilícita, por meio de capitalização de empresas veículo, efetuada por investidores no exterior." (fl. 53 do TVF)

- a DRJ referendou esse entendimento da fiscalização. Baseou-se, ainda, no voto vencedor proferido no Acórdão nº 9101-002.312 (fls. 73 a 75 da decisão recorrida), bem como transcreveu trechos do TVF (fls. 67 a 73 da decisão recorrida);

- a alegada "confusão patrimonial" na operação, não se encontra positivado nas normas tributárias como condição para o aproveitamento do aludido benefício de amortização fiscal do ágio;

- o requisito da "confusão patrimonial", na verdade, foi inserido com o Acórdão nº 9101-002.312. Prevaleceu a interpretação: a investidora originária e investida **devem se transformar em uma só universalidade**. Nessa linha, sob o aspecto pessoal, a hipótese de incidência se "dirige à pessoa jurídica investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, e à pessoa jurídica investida".

- não há qualquer coerência na decisão recorrida, uma vez que em um momento se alega que as decisões administrativas "são ineficazes para conformar decisões neste momento do processo, pois não constituem normas complementares de Direito Tributário", para em outro momento extrair de

decisão administrativa a definição de condições que nem sequer as próprias normas tributárias prevêm;

- quando a QC II adquiriu a QualiPar, registrando um ágio, devidamente pago, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, e, posteriormente, foi incorporada pela adquirida, ocorreu a absorção do investimento e do ágio pela QualiPar ("confusão patrimonial"), possibilitando o início da amortização fiscal do ágio;

- tendo a aquisição ocorrido por meio dessas duas empresas (sobretudo a QC II), não pode a Fiscalização e a DRJ pretender desconsiderá-las, tampouco o próprio BHCS FIP, para fazer crer que a aquisição se deu diretamente pelo investidor estrangeiro, razão pela qual não teria havido a "confusão patrimonial";

- havendo a incorporação do investimento adquirido (ou a incorporação reversa), tecnicamente denominada absorção patrimonial, a "confusão patrimonial" terá ocorrido, devendo ser admitida a dedutibilidade da amortização fiscal do ágio, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97;

Demonstração do Propósito Negocial e da Necessidade da QC I e da QC II - Inexistência de "Empresas Veículo" no Presente Caso

- é indevida a interpretação da fiscalização, ratificada pela DRJ, de que tanto a QC I, quanto a QC II seriam "empresas veículo", desprovidas de propósito negocial e utilizadas visando exclusivamente a obtenção de economia tributária;

- a fiscalização, ora afirma que o negócio poderia ter sido realizado diretamente pelo BHCS FIP, ora afirma que poderia ter sido realizado diretamente pelo investidor estrangeiro (Grupo Carlyle), de modo que a utilização das duas pessoas jurídicas brasileiras revelaria a existência de um planejamento tributário abusivo;

- a DRJ recaiu no mesmo equívoco do agente fiscal, ao não analisar a integralidade da operação, com o contexto econômico e gerencial em que esta encontrava-se inserida, limitando-se a transcrever os trechos da operação que lhe pareceram mais convenientes (fls. 78 a 81 da decisão recorrida); ressalta que os atos praticados pelo contribuinte - para que sejam considerados válidos para fins fiscais - devem estar ligados à finalidade e à atuação desse contribuinte no mercado;

- as razões econômicas para a criação e utilização da QC I e, principalmente, da QC II, propostas pelo Grupo Carlyle, estão ligadas sobretudo aos aspectos negociais da estrutura de aquisição do controle da QualiPar, tais como forma de financiamento da operação (se com capital próprio, com a entrada de novos investidores ou com capital de terceiros), mitigação de riscos e contingências que eventualmente poderiam ser identificados no curso das negociações etc.

- a aquisição da QualiPar foi financiada parcialmente por capital próprio da QC II, decorrente de aporte oriundo do BHCS FIP, parcialmente por conta de endividamento, decorrente de emissão de debêntures;
- a legítima opção do comprador (Grupo Carlyle), de cunho estritamente negocial, era a de adquirir o controle da QualiPar, por meio de uma aquisição alavancada, de forma que a dívida contraída para adquirir parte da QualiPar seria paga pelos fluxos de caixa gerados pela própria empresa. Caberia à QualiPar, ao menos em parte, "se pagar";
- a aquisição via alavancagem foi viabilizada através da QC II, empresa que, como visto, foi indispensável para a conclusão negócio, a qual emitiu as debêntures - captando-se o valor remanescente para o investimento - e, desta forma, viabilizou a conclusão do controle da QualiPar;
- a opção pela forma de financiamento da aquisição de uma empresa é escolha estritamente negocial e de conveniência, a respeito da qual não pode o Fisco emitir juízos de valor. Por exemplo, não cabe à Fiscalização perquirir se o endividamento e a emissão de debêntures eram necessários, ou se os investidores possuiriam recursos disponíveis suficientes para fazer frente à aquisição da QualiPar sem a necessidade destas;
- a QC II não somente emitiu as debêntures como também atuou como uma das garantidoras, o que não seria possível ao BHCS FIP;

Despesas Financeiras - Empréstimo

Do Reconhecimento das Despesas Financeiras pela Contribuinte - Necessidade da Despesa e Possibilidade da Dedução

- as despesas decorrentes do empréstimo realizado pela QC II não seriam dedutíveis pela contribuinte, uma vez que o exame acerca da dedutibilidade de uma despesa dependeria da avaliação do ativo correspondente e **os ativos que corresponderiam às debêntures não seriam necessários** à atividade da QualiPar ou da Recorrente, pois beneficiariam apenas os seus acionistas/investidores;
- para que se reconheça a dedutibilidade fiscal das despesas de juros, impõem-se o confronto do critério de sua necessidade com os objetivos sociais da empresa;
- a fiscalização e a DRJ (i) deixaram de observar previsão legal expressa de dedutibilidade (artigo 374 do RIR/99); (ii) não consideraram corretamente os efeitos da incorporação; (iii) interpretaram incorretamente o disposto no artigo 299 do RIR/99; e (iv) deixaram de observar que as despesas com os juros das debêntures emitidas pela QC II eram dedutíveis para a Recorrente, eis que necessárias ao desenvolvimento da sua atividade;
- despesas com juros oriundos de empréstimo contraído para financiar a aquisição do controle do Grupo Qualicorp, constitui-se em despesa operacional, logo, dedutível;

- os dispêndios decorrentes da obtenção de empréstimo são despesas operacionais - e, portanto, são dedutíveis - independentemente de sua vinculação direta com a aquisição do bem, sem atribuir qualquer requisito ou premissa, como fez a DRJ, ao alegar que tais dispêndios só serão despesas operacionais se referirem "ao ônus financeiro na aquisição de bem do imobilizado";

- em razão da existência de dispositivo legal específico (artigo 374 do RIR/99 - atual Dec. nº 9.580/2018) que autoriza a dedução de juros decorrentes de empréstimos das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, independentemente do disposto no artigo 299 do RIR/99, conclui-se que as despesas financeiras ora em debate são dedutíveis para a Recorrente;

Da Multa Isolada por Falta ou Insuficiência de Recolhimento por Estimativa

- 177. No ano-calendário de 2011, a fiscalizada apurou estimativa mensal de IRPJ e de CSLL com base em balanço ou balancete de suspensão ou redução. Conforme se observa na PARTE A dos correspondentes LALURs, a partir de abril de 2011 as bases de cálculo assim estimadas, tanto do Imposto de Renda quanto da Contribuição Social, sofreram exclusões de valores referentes a Amortização de Ágio. Tratam-se dos ágios da QC II. Já se demonstrou que não há respaldo legal para tais exclusões, devendo-se revertê-las. Os montantes amortizados a cada mês estão sumarizados no Anexo 1 ao final do presente TERMO.

- 178. Relativamente às antecipações, são agora autuadas justamente as multas isoladas incidentes sobre essas diferenças a maior.

- (...)

Da Multa de Ofício

- 184. Portanto, cabe a exigência dos valores de IRPJ e reflexos (CSLL) apurados a menor, acrescidos da multa de ofício a que se refere o dispositivo legal transcrito, por meio do presente lançamento de ofício.

Da Multa Qualificada.

(...)

- 189. A situação já caracterizada indiscutivelmente se subsume à hipótese prevista na norma acima (art. 72 da Lei 4.502/64). A operação planejada entre adquirente e alienante que permaneceu na sociedade após vender parte de sua participação foi engendrada com o evidente intuito único de "criar" despesas de amortização na empresa remanescente e suas sucessoras, diminuindo ilegalmente sua base tributável.

(...)

- 191. As empresas veículos QC I e QC II não protagonizaram nenhuma ação no mundo real, sendo meras carreadoras de recursos para aquisição da Qualicorp Participações, com a intenção de aproveitamento do ágio gerado nessas operações.

(...)

- 195. Os fatos acima descritos evidenciam a simulação de operações envolvendo 7 empresas e um FIP sediados no Brasil e um FIP no exterior, com a finalidade de reduzir ilicitamente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL das sucessoras da Qualicorp Participações, inclusive da fiscalizada, após incorporação da empresa veículo e cisão da incorporadora.

(...)

- 198. Assim, a conduta dos atores envolvidos configurou ação deliberada - não casual nem necessária - visando exclusivamente a obtenção de vantagens fiscais ilegais. Portanto, ação dolosa, visto que não se pode negar que não tivessem consciência de que concorriam para a prática de ilícito. (...).

- 199. Desta forma, fica caracterizada, em tese, a ocorrência do crime de FRAUDE, definido no artigo 72 da Lei nº 4.502/64:

(...)

- 200. Devemos observar, finalmente, que o processo não foi conduzido por uma só pessoa. Pelo contrário, contou com a participação de múltiplos agentes.

- 201. (...). Dessa forma, resta caracterizada, em tese, a ocorrência do crime de CONLUÍO, definido no artigo 73 da Lei nº 4.502/64:

(...)

Da Impossibilidade de Adição a Base de Cálculo da CSLL das Despesas não Dedutíveis da Base de cálculo da CSLL

- não poderia a fiscalização ter adicionado à base de cálculo da CSLL as despesas consideradas indedutíveis, inclusive as despesas decorrentes da amortização do ágio, por falta de previsão legal que autorize tal conduta. Citou o Acórdão nº 101-94286;

- a única adição permitida ao resultado do exercício, para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, é a adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido;

- deve-se ter em conta que (i) a base de cálculo da CSLL é o lucro líquido com ajustes expressamente previstos; e (ii) a base de cálculo do IRPJ, por sua vez, é o lucro real, para o qual existem previsões específicas relativamente à necessidade de adição de determinadas despesas e provisões;

Da Decadência

- a fiscalização não poderia questionar a legalidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, que surgiu em **01/09/2010**, eis que transcorreu o prazo decadencial de cinco anos entre (i) o fato que propiciou o seu surgimento e (ii) a ciência, pela Recorrente, dos autos de infração em questão (**13/12/2016**);

- embora o ágio tenha sido amortizado no ano-base de 2011, conforme informado pela autoridade fiscal, o **fato contábil-societário**, que deu origem ao referido ágio, ocorreu no ano-base de **2010**;

- a fiscalização e a DRJ entenderam que a ocorrência do fato imponible previsto na hipótese de incidência tributária é que dá nascimento à obrigação tributária. Nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, é a partir de então que a autoridade tributária tem cinco anos para constituir o respectivo crédito tributário, via lançamento. Na

situação em apreço, em relação ao ágio, o fato gerador de IRPJ e CSLL de um ano-calendário específico somente é afetado quando e se houver a sua amortização. Antes disso, não há o que lançar nem se pode cogitar em fruição do prazo para decadência;

- a fiscalização ainda ressaltou que não prosperam os argumentos apresentados pela contribuinte, uma vez que as despesas de amortizações com ágio glosadas na presente ação fiscal referem-se ao período de **apuração do ano-calendário de 2011**, ou seja, fatos geradores ocorridos em 31.12.2011, tendo em vista a opção do contribuinte pela apuração do imposto e da contribuição pelo lucro real anual. Como os sujeitos passivos foram **cientificados das autuações em 13.12.2016** e em **14.12.2016, não se verificou a decadência**, ou seja, não se implementou o prazo de cinco anos a partir da ocorrência dos fatos geradores, na hipótese de aplicação do art. 150, § 4º, nem do primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado, no caso do art. 173, I, ambos do CTN;

Da Ilegalidade da Cobrança de Juros sobre a Multa

- Súmula Carf nº 108.

Multa Isolada. Impossibilidade de Cobrança em razão da falta de recolhimento de IRPJ e CSLL por estimativa

- a contribuintes também foi autuada por ter, supostamente, deixado de recolher valores devidos a título de estimativas mensais de IRPJ e CSLL no período fiscalizado, conforme se constata das fls. 65 a 76 do TVF;

- a DRJ ratificou o entendimento da fiscalização de que, a multa isolada prevista no art. 44. Inciso II. da Lei nº 9.430, de 1996. é devida sempre que houver falta de recolhimento de estimativa, ainda que o período de apuração tenha se encerrado.

Isso porque tais penalidades decorrem de infrações distintas, ou seja, pela falta de recolhimento da estimativa aplica-se a multa isolada e sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição. As estimativas mensais configuram obrigações autônomas, que não se confundem com a obrigação tributária decorrente do fato gerador anual. Ademais, não há previsão legal para afastar a multa isolada em razão da aplicação da multa de ofício vinculada ao tributo anual que deixou de ser recolhido. Acatar tal entendimento seria esvaziar o sentido e conteúdo da lei, que pretendeu punir os contribuintes que não recolhessem antecipadamente o IRPJ e a CSLL impactando o fluxo de arrecadação do Estado.

As estimativas mensais e a multa isolada pela falta de seu recolhimento não se confundem com o tributo devido, que deve ser apurado somente no final do período anual, pelo lucro real anual. Tanto é assim, que, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/1996. essa obrigação existe mesmo que a pessoa jurídica tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a CSLL. Ou seja, existe ainda que não haja tributo devido.

- a contribuinte defende que, como os autos de infração objeto do presente processo foram lavrados após o encerramento do ano-base de 2011, eventuais insuficiências de recolhimento do IRPJ e da CSLL não mais poderiam ser punidas pela exigência da multa isolada;

- caso fosse possível lançar, após o encerramento do ano-base, multa isolada em razão do não recolhimento dessas estimativas, o que se alega a título de

argumentação, não poderia haver, sobre a mesma base de cálculo, a cumulação da multa isolada com qualquer outra penalidade;

- analisando-se os autos de infração lavrados, verifica-se que há cobrança cumulativa da multa isolada com a multa de ofício, uma vez que os valores adicionados pela Fiscalização nas bases mensais, para cálculo da multa isolada pela suposta falta de recolhimento das estimativas de IRPJ e de CSLL, foram exatamente os mesmos incluídos no cálculo do ajuste anual para a cobrança da multa de ofício sobre os valores supostamente não recolhidos desses tributos;

- o CARF aprovou o enunciado da Súmula nº 105, onde restou firmado o entendimento de que na multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir multa de ofício;

- a fiscalização autou a contribuinte, sob a alegação de que a alteração introduzida pela Lei nº 11.488/07 produziu um cenário diverso daquele a que se reporta a Súmula CARF nº 105, o que, supostamente, justificaria a aplicação cumulativa da multa isolada com a multa de ofício;

Multa de Ofício Qualificada

- alega a contribuinte que, caso seja mantida a multa isolada e a multa qualificada e tal decisão seja por voto de qualidade, que se considere que há dúvida quanto ao cabimento das multas;

- alega que não há comprovação de fraude ou conlui. Portanto, não há a possibilidade de haver multa qualificada;

- a fiscalização concluiu que houve dolo à vista da: (i) a falta de autonomia da QC I e da QC II; (ii) inexistência de atividade operacional e substância nas referidas holding, e (iii) permanência de um dos alienantes no Grupo após o negócio;

- a contribuinte sustenta que evidenciou que a operação foi realizada entre partes não relacionadas, com efetivo pagamento do preço e sustentado em laudo de rentabilidade futura, tendo a contribuinte;

- a contribuinte (i) prestou informações e forneceu documentos à fiscalização, sem retardar, impedir, atrapalhar, nem confundir o trabalho fiscal; (ii) registrou e arquivou todos os atos societários nas respectivas juntas comerciais; e (iii) diligenciou para conferir a maior transparência nas informações referentes à operação;

- optou, voluntariamente, por se inserir no segmento da BM&F Bovespa denominado Novo Mercado, no qual a empresa adota práticas de governança corporativa altamente diferenciadas, dentre elas um elevado padrão de transparência, que vai bastante além do que exige a legislação;

- a Qualicorp S.A. detalhou a operação examinada nestes autos em suas demonstrações financeiras de 2010 a 2012, as quais foram devidamente publicadas no seu sítio eletrônico (onde estiveram e permanecem à disposição do público) e enviadas à CVM (que também disponibiliza tais arquivos por intermédio do seu sítio eletrônico);

- quem age de má fé, quem dissimula, quem simula, perpetra fraude, oculta fatos geradores de tributos, quem quer sonegar tributo certamente não é aquele que (i)

leva a registro todos os atos societários relacionados à operação; (ii) apresenta todas as informações ao Fisco Federal, por meio das declarações e obrigações acessórias; (iii) adota voluntariamente medidas que aumentam a transparência de seus atos; (iv) presta todos os esclarecimentos requeridos pela Fiscalização e (v) oferece à Autoridade Fiscal todos os documentos necessários à investigação;

- o Grupo Carlyle realizou a aquisição do controle do Grupo Qualicorp dentro de um planejamento empresarial, visando cumprir as normas de natureza tributária, societária e regulatória, bem como reduzir os riscos a que seu investimento estava exposto;

- a Autoridade Fiscal (i) não encontrou qualquer entrave para acessar todos os documentos, dados, declarações e registros contábeis; respeitada a legislação e todas as normas dos órgãos envolvidos (CADE, CVM, BACEN, RFB, entre outros); (iii) a QC I e a QC II tiveram claros propósitos negociais; (iv) os instrumentos particulares firmados foram objeto dos devidos registros; e (v) o ágio foi efetivamente pago, oriundo de operação entre partes independentes e respaldado em laudo de avaliação econômico-financeira, assim as despesas com juros foram efetivamente incorridas e estão relacionadas às atividades do Grupo Qualicorp;

Da Responsabilidade Solidária

Passo a relatar as questões que envolvem a responsabilidade pessoal de pessoas relacionadas com a operação.

Sobre esse ponto, o acórdão recorrido assim registrou:

A autoridade atuante pontuou (TVF) que as infrações lavradas resultaram de ação conjunta, contínua e coordenada tanto dos Investidores, através de seus agentes, quanto também do Sr. José Seripieri Filho.

Pontuou que o BHCS FIP foi constituído pelo Banco Santander Brasil, CNPJ nº 90.400.888/0001-42, tendo figurado como Administradora em 2010 e parte de 2011. A gestão ficou a cargo da BRL Trust Serviços Fiduciários e Participações Ltda.

Registrou que para exercer a administração do Fundo, a instituição é remunerada anualmente a título de taxa de administração correspondentes a percentuais sobre o valor do Patrimônio Líquido do Fundo.

Consignou que também foram eleitos, para o **comitê gestor do BHCS FIP** as pessoas abaixo discriminadas (responsáveis tributários segundo a fiscalização. Entendimento ratificado pela DRJ):

- a) Fernando de Oliveira Pinto;
- b) Juan Carlos Felix; e
- c) Fernando César Dantas Porfirio Borges

1. Foram indicados, nomeados e eleitos pelos quotistas, como membros do Comitê Gestor e de Investimento, no termos do artigo 28 do regulamento do Fundo:
 - a) Fernando de Oliveira Pinto, brasileiro, solteiro, empresário, inscrito no CPF/MF sob o nº 151.228.354-45, residente e domiciliado na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Alameda Casa Branca, 1030, apartamento 32, CEP 01408-000;
 - b) Juan Carlos Felix Estupinan, equatoriano, casado, economista, inscrito no CPF/MF sob o nº 228.571.718-03, residente e domiciliado na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua Diego Jacome, 518, apartamento 91, CEP 04512-001; e
 - c) Fernando Cezar Dantas Porfirio Borges, brasileiro, casado, economista, inscrito no CPF/MF sob o nº 485.440.641-34, residente e domiciliado na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua Pedroso Alvarenga, 772, apartamento 22D.

Evidenciou que a **Santander Securities**, questionada acerca da complexa operação societária, em substituição a uma simples aquisição de participação societária, respondeu que **não participava de decisões**, apenas **executando ordens** emanadas da **Carlyle**, por meio do **Comitê Gestor**.

Apontou que o Sr. **Fernando Cezar Dantas Porfirio Borges**, **além de ser membro** do Comitê Gestor do BHCS FIP, também figurava como **procurador** da TCG FBIE MANAGER (DELAWARE), L.L.C. E DA TCG FBIE ADVISORY SERVICES (DELAWARE), L.L.C., únicas sócias da TCG Gestor, que por sua vez, afirmara que não participou de qualquer decisão quanto à aquisição do Grupo Qualicorp.

Relatou que a **Santander Securities** também afirma não ter contratado os escritórios de advocacia mencionados em documentação apresentada (por engano em sua avaliação), declarando expressamente que tal contratação foi efetuada pelo TCG Gestor, porém que a TCG Gestora nega ter contratado os escritórios de advocacia mencionados.

Registrou que a partir de julho de 2011 a administração do fundo passou a ser conduzida pelo **CRV Distribuidora de Títulos e Valores Imobiliários**, que, posteriormente, teve sua denominação alterada para **Santander Securities**, que, por sua vez, afirma que a **gestão do fundo** nunca foi exercida por ela, mas pelo **Grupo Carlyle** por meio do Comitê Gestor, do qual faziam parte as pessoas físicas e jurídicas abaixo, e por meio da TCG Gestor.

Ou seja, segundo o Regulamento do FIP, não cabia à Fiscalizada – Administradora e Gestora – a análise e a aprovação dos investimentos e desinvestimentos realizados pelo FIP, mas apenas a mera execução das orientações e das deliberações emanadas dos quotistas, por meio da AGQ, e do Comitê Gestor e de Investimentos, os quais eram compostos pelos seguintes membros:

Qualificação	Nome	CNPJ/CPF
Quotistas	America HC do Sul Investimentos (Delaware) LLC	12.248.775/0001-60
	Brazil HC Buyout Coinvestment (Delaware) LLC	12.248.776/0001-04
	Brazil HC Investments B, LLC	12.248.777/000159
	Carlyle HC South America Buyout Fund (Delaware) LLC	12.248.778/0001-01
	CP V HC Coinvestment A Brazil, LLC	12.248.780/0001-72
	CP V HC Coinvestment B Brazil, LLC	12.248.781/0001-17
	CPVA HC, LLC	12.248.782/0001-61
	CQ Coinvestment LLC	12.318.518/0001-57
	SA Partners HC (Delaware) LLC	12.248.784/000150
	SOAM HC Investments II, LLC	12.248.785/0001-03
	South American HC V2, LLC	12.248.786/0001-40
	Membros do Comitê Gestor e de Investimentos	Fernando de Oliveira Pinto
Juan Carlos Felix Estupinan		228.571.718-03
Fernando Cezar Dantas Porfirio Borges		486.440.641-34

Esclareça-se que os membros do Comitê Gestor e de Investimentos, assim como os quotistas do FIP, eram integrantes do Grupo Carlyle (grupo norte americano de gestão de recursos financeiros) (Doc. 07), que atua no Brasil por meio da TCG Gestor Ltda. (CNPJ nº 10.632.282/0001-01, e foi responsável pela aquisição do Grupo Qualicorp, conforme amplamente divulgado em publicações da época, algumas das quais estão copiadas abaixo:

Responsáveis Solidários

Assim, em razão das afirmações retro, a autoridade autuante arrolou os seguintes sujeitos como responsáveis tributários no "Demonstrativo de Responsáveis Tributários":

BRL TRUST SERVIÇOS FIDUCIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA
Responsabilidade Solidária de Direito. Motivação conforme Termo de Verificação anexo ao presente processo, notadamente parágrafos 206 a 217. Do presente caso, Administrador de Fundo Significa também Gestor do Fundo. Enquadramento: arts. 124, I e 134, I da Lei 5.172/66 (CTN).

SANTANDER SECURITIES SERVICES BRASIL DISTRIBUIDORA
Responsabilidade Solidária de Direito. Motivação conforme Termo de Verificação anexo ao presente processo, notadamente parágrafos 206 a 217. Do presente caso, Administrador de Fundo Significa também Gestor do Fundo, tendo em vista que a instituição atuou de ambas as formas. Enquadramento: art. 124, I e 134, I da Lei 5.172/66 (CTN).

BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A - Responsabilidade Solidária de Direito - Motivação conforme Termo de Verificação anexo ao presente processo, notadamente parágrafos 206 a 217. Enquadramento: art. 124, I e 134, I da Lei 5.172/66 (CTN).

FERNANDO DE OLIVEIRA PINTO - Responsabilidade Solidária de Direito - Motivação conforme Termo de Verificação anexo ao presente processo, notadamente parágrafos 206 a 217. Do presente caso, a pessoa **integrou o Comitê Gestor do Fundo** de onde emanavam as **decisões sobre a operação societária** abordada no presente Auto de Infração. Enquadramento: art. 124, I e 134, I da Lei 5.172/66 (CTN).

JUAN CARLOS FELIX ESTUPINAN - Responsabilidade Solidária de Direito - Motivação conforme Termo de Verificação anexo ao presente processo, notadamente parágrafos 206 a 217. Do presente caso, a pessoa integrou o Comitê Gestor do Fundo de onde emanavam as decisões sobre a operação societária abordada no presente Auto de Infração. Enquadramento: art. 124, I e 134, I da Lei 5.172/66 (CTN).

FERNANDO CEZAR DANTAS PORFIRIO BORGES - Responsabilidade Solidária de Direito - Motivação conforme Termo de Verificação anexo ao presente processo, notadamente parágrafos 206 a 217. No presente caso, a pessoa integrou o Comitê Gestor do Fundo de onde emanavam as decisões sobre a operação societária abordada no presente Auto de Infração. Enquadramento: art. 124, I e 134, I da Lei 5.172/66 (CTN).

JOSE SERIPIERI FILHO - Responsabilidade Solidária de Direito - Motivação conforme Termo de Verificação anexo ao presente processo. Enquadramento: art. 124, I e 135, III da Lei 5.172/66 (CTN).

Exoneração de dois responsáveis tributários pela DRJ (objeto de recurso de ofício)

A DRJ afastou a responsabilidade somente em relação à **SANTANDER SECURITIES SERVICES BRASIL DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS e BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.**, julgando-se procedentes suas impugnações. Quanto aos demais responsáveis, **julgou improcedentes as impugnações.**

Afastado o art. 134, III do CTN pela DRJ. Mantido art. 124, inc. I, CTN

A DRJ afastou o enquadramento das ações dos responsáveis solidários das disposições do art. 134, inc. III do CTN

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

(...)

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

Todavia, a DRJ manteve a responsabilidade solidária de tais recorrentes, com base nas disposições do art. 124, inc. I do CTN. As razões dos responsáveis solidárias serão avaliadas no voto, à frente.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Rogério Aparecido Gil - Relator

Recurso Voluntário da Contribuinte

O exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso voluntário da contribuinte, no caso, deve considerar a seguinte situação, previamente ao conhecimento do recurso.

Na forma relatada, a contribuinte, juntamente com a Qualicorp Corretora, ajuizaram ação declaratória, com pedido de tutela provisória de urgência, face ao não acolhimento pela fiscalização e DRJ da (i) dedução das **despesas** havidas com **amortização do ágio**, pago pela empresa QC Holding II Participações S.A. ("QC II") na aquisição da Qualicorp Participações S.A. ("Qualipar") (de 2012 a 2017 para a Autora Qualicorp Administradora de Benefícios S.A., e de 2015 a 2017, para a Autora Qualicorp Corretora de Seguros S.A.), bem assim de (ii) **despesas financeiras** incorridas em razão da **emissão de debêntures**, no tocante aos períodos de apuração delimitados na inicial.

Em 06/02/2018, a contribuinte obteve tutela provisória de urgência (Proc. 1018275-04.2017.4.01.3400, 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal) determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente às glosas relativas à (i) amortização de ágio; e (b) juros pagos sobre debêntures, nos seguintes termos:

Isso posto, DEFIRO o pedido de tutela provisória de urgência para, em caráter meramente declaratório, determinar a suspensão da exigibilidade dos valores a título de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica-IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro-CSLL: que seriam devidos caso não fosse amortizado o ágio surgido quando da aquisição de 72,95% da Qualicorp Participações SA pela QC Holding II Participações S.A., nos anos-calendário de 2012 a 2017 para a Autora Qualicorp Administradora de Benefícios S.A. e 2015 a 2017, para a Autora Qualicorp Corretora de Seguros S.A.; ii) correspondentes às despesas financeiras decorrentes das debêntures emitidas pela QC II; até ulterior decisão deste Juízo.

[em pesquisa no site www.trf1.jus.br/PJ-e verifiquei que ainda não há julgamento de mérito e a liminar não foi cassada]

Tal **decisão** foi trazida aos autos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, em 08/03/2018 (fls. 6570/6591).

Nova petição foi apresentada pela PFN, em **18/03/2019** (fls. 6595/6656), por meio da qual junta a petição inicial da referida ação judicial e **requer a declaração de concomitância** em relação às matérias e períodos tratados no presente processo administrativo (2011), coincidentes com as matérias e períodos submetidos ao Poder Judiciário (2012/2017).

Arguiu-se que, somente em relação às questões que envolvem a dedutibilidade das despesas de amortização de ágio, haveria delimitação temporal (2012 a 2017) na petição inicial de ação declaratória ajuizada pela contribuinte. Tal cautela para a não caracterização de concomitância (Súmula CARF nº 1) não teria havido, no que diz respeito às despesas financeiras decorrentes da referida emissão de debêntures. Sendo assim, sustenta a PFN que haveria concomitância, quanto a esse último ponto.

Das Despesas de Amortização de Ágio

Verifica-se, portanto, que a contribuinte manteve em seu recurso voluntário matérias que coincidem com o objeto da citada ação judicial, **diferenciando-se somente no que diz respeito ao período abrangido na esfera administrativa da via judicial.**

Não obstante o referido destaque quanto à diferenciação temporal, observa-se que a contribuinte registrou que os pedidos apresentados em juízo, referem-se às **mesmas operações societárias, objeto deste processo administrativo.** Veja-se os seguintes termos específicos da petição inicial:

3. Direito

Apresentado todo o contexto e considerando que **as operações que deram ensejo à amortização do ágio no ano-calendário de 2011 são exatamente as mesmas que implicaram a amortização do ágio nos anos seguintes - e dos anos que ainda estão por vir - já se tem como certos os pontos de dissenso entre as Autoras e a Ré.**

De qualquer forma, a contribuinte **pretende afastar a concomitância**, com base no argumento de que, **embora as discussões decorram das mesmas operações societárias, mesmo objeto, mesma causa de pedir e mesmas partes, o fato de se referirem a períodos distintos, afastaria a concomitância:** nesta via administrativa, exclusivamente 2011; e na via judicial, 2012 a 2017.

Dessa forma, chegar a uma conclusão segura sobre a pertinência desse argumento (questão temporal) é fundamental para se decidir sobre o conhecimento ou não do recurso voluntário, quanto às matérias que envolvem as glosas de amortização de ágio e de juros sobre debêntures. Veja-se o seguinte trecho da petição inicial:

Em vista da postura anterior do Fisco [autuação nos presentes autos] já é possível antever com clareza a resistência da Ré [Fazenda Nacional] quanto ao direito de **dedução das despesas** havidas com a **amortização do ágio**, bem como de **despesas financeiras** incorridas em razão da **emissão de debêntures.**

Voltando-se à análise. Não há dúvida quanto à delimitação temporal. Nestes autos administrativos a discussão cinge-se aos fatos geradores ocorridos em 2011. A discussão judicial, refere-se a períodos posteriores (2012/2017).

Nesse ponto específico, a petição inicial citada assim destacou:

Considerando o recorte ora posto (refletido nos pedidos formulados na presente exordial), tem-se a observância ao quanto dispõe o Parecer Normativo COSIT nº 7/14, que trata da **concomitância entre processos administrativo fiscal e judicial com o mesmo objeto** (nesse caso, há prevalência do processo judicial e consequente renúncia às instâncias administrativas).

Em relação à expressão "mesmo objeto", o Parecer dispõe ser a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. De modo que, **havendo divergência quanto aos períodos em discussão, evidente não se estar diante de mesmo pedido, motivo pelo qual não há qualquer concomitância entre a presente demanda e os processos administrativos acima referidos.**

Analisando esse ponto específico, entendo que a referida delimitação temporal, no caso, **afasta a concomitância**, isto é, **não há como considerar** que teria havido renúncia tácita pela contribuinte à esfera administrativa, **em relação a 2011**, ainda que o objeto da discussão judicial seja coincidente com o pedido, a causa de pedir e as partes, neste processo administrativo.

Assim, vejo que cumpre **conhecer do recurso voluntário** quanto à discussão sobre a possibilidade jurídica de, nesse caso concreto (especificamente no que diz respeito aos fatos geradores verificados no ano calendário 2011) considerar-se dedutível as despesas de **amortização do ágio**.

Das Despesas de Juros sobre Debêntures

Analisando esse último ponto da decisão judicial de tutela provisória de urgência, verifica-se que não houve expresso registro, tanto na petição inicial como na decisão, de que, a decisão só deveria refletir sobre os anos de 2012 e 2017, não somente em relação às questões relativas às despesas de ágio, mas também no que se refere às despesas financeiras decorrentes das debêntures.

No entanto, não obstante a falta de expresso registro, é possível concluir que a delimitação temporal deve ser considerada, tanto para a discussão sobre as despesas de ágio, como para as despesas financeiras decorrentes das debêntures. Pois, se a contribuinte frisou que, os efeitos jurídicos de tal decisão só devem refletir sobre os anos 2012 a 2017 e de forma alguma, poderia coincidir com o ano de 2011, cujos fatos são discutidos, exclusivamente, nos presentes autos de processo administrativo fiscal, não há como negar que a discussão sobre as despesas financeiras decorrentes da emissão de debêntures, também se restringe aos respectivos anos de 2012 a 2017.

Nessa linha, cumpre conhecer do recurso voluntário da contribuinte, também nesse ponto.

Outras Matérias conhecidas do recurso da contribuinte

Verifica-se que **a contribuinte restringiu unicamente ao recurso voluntário**, as matérias a seguir relacionadas, citadas no relatório retro:

- a) decadência total (5 anos);
- b) multa isolada (50%);

c) multa de ofício qualificada (150%); e

d) juros sobre a multa (Selic).

Assim, conheço integralmente do recurso voluntário da contribuinte, eis que tempestivo e em conformidade com os demais pressupostos de admissibilidade.

Recursos Voluntários dos Responsáveis Tributários

Os recursos voluntários dos responsáveis solidários foram interpostos tempestivamente e atendem aos demais requisitos de admissibilidade.

Não houve ajuizamento de ação judicial por parte responsáveis solidários. Portanto, não houve alegação de concomitância em relação a esses recorrentes.

Assim, também **conheço** integralmente dos recursos voluntários de: a) **BRL Trust Serviços Fiduciários e Participações Ltda.**; b) **Juan Carlos Felix Estupinan**; c) **Fernando Cezar Dantas Porfírio Borges**; d) **Fernando de Oliveira Pinto**; e e) **José Seripieri Filho**.

Razões da Contribuinte

Preliminar de Mérito

Decadência

Em relação à decadência, o acórdão recorrido fundamentou sua decisão nos seguintes termos:

Com base no art. 150, §4º, do CTN, a defesa invoca a decadência, em síntese, sustentando que o Fisco não poderia no ano de 2016 questionar operações realizadas em 01.09.2010, as quais geraram o direito ao aproveitamento do ágio.

Entretanto, as teses de decadência levantadas pelas defesas não prosperam.

Senão veja-se.

A decadência constitui uma das hipóteses de extinção do crédito tributário a que se refere o art. 156 do CTN, cuja regra geral foi definida no art. 173, nos seguintes termos:

Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Nos casos em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar-se o pagamento do tributo sem prévio exame da Autoridade Administrativa, o prazo decadencial foi definido em cinco anos a contar da data do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, transcrito em seguida:

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 4º - Se a lei não fixar o prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Os fatos geradores tributários (fatos imponíveis previstos nas hipóteses de incidência tributárias) não se confundem com os atos jurídicos que culminam na formação de ágio, bem como de seus respectivos registros contábeis. Assim, não se cogita o início do prazo decadencial antes de a contribuinte amortizar o ágio e reduzir o lucro real tributável. É a partir da amortização fiscal do ágio que se inicia a contagem do prazo decadencial para constituir o lançamento, seja pela regra do art. 150, § 4º, seja pela regra do art. 173, § 1º, ambos do CTN.

A ocorrência do fato imponível previsto na hipótese de incidência tributária é que dá nascimento à obrigação tributária. Nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, é a partir de então que a autoridade tributária tem cinco anos para constituir o respectivo crédito tributário, via lançamento. Na situação em apreço, em relação ao ágio, o fato gerador de IRPJ e CSLL de um ano-calendário específico somente é afetado quando e se houver a sua amortização. Antes disso, não há o que lançar nem se pode cogitar em fruição do prazo para decadência.

Nesta mesma linha, esta 2ª Turma já julgou essa matéria (decadência em amortização de ágio) e concluiu por não acolher a pretensão da recorrente, com base nos seguintes fundamentos:

Acórdão: 1302-002.793

Número do Processo: 16561.720063/2016-36

Data de Publicação: 08/08/2018

Processo nº 16561.720219/2016-89
Acórdão n.º **1302-003.474**

S1-C3T2
Fl. 36

Contribuinte: AMBEV S.A.

Relator(a): CARLOS CESAR CANDAL MOREIRA FILHO

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

Ementa:

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. O instituto da decadência tributária diz respeito à ocorrência do fato gerador e sua posterior constituição por lançamento. Não havendo lançamento não há que se falar em decadência.

(...)

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de decadência suscitada (...)

Acórdão: 1302-002.786

Número do Processo: 10855.724094/2011-70

Data de Publicação: 18/06/2018

Contribuinte: FABRICA DE PECAS ELETRICAS DELMAR LTDA

Relator(a): GUSTAVO GUIMARAES DA FONSECA

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

Ementa:

DECADÊNCIA - ÁGIO - PRAZO QUE SE INICIA DO FATO GERADOR E NÃO DOS ATOS QUE CONTRIBUÍRAM PARA A SUA OCORRÊNCIA - A jurisprudência deste Conselho é uníssona a afirmar que a decadência ocorre quanto ao fato-signo presuntivo de riqueza, ensejador da obrigação tributária, e não dos atos/fatos pretéritos (...)

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de decadência suscitada (...)

Acórdão: 1302-002.694

Número do Processo: 15563.720356/2013-98

Data de Publicação: 14/05/2018

Contribuinte: SENDAS DISTRIBUIDORA S/A

Relator(a): GUSTAVO GUIMARAES DA FONSECA

Ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2009, 2010

DECADÊNCIA - ÁGIO - PRAZO QUE SE INICIA DO FATO GERADOR E NÃO DOS ATOS QUE CONTRIBUÍRAM PARA A SUA OCORRÊNCIA - A jurisprudência deste Conselho é uníssona a afirmar que a decadência ocorre quanto ao fato-signo presuntivo de riqueza, ensejador da obrigação tributária, e não dos atos/fatos pretéritos (...)

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de decadência (...)

Em tais casos, concluiu-se que só poderia haver a constituição de crédito tributário, à vista da existência de obrigação tributária, que surge com o fato gerador do tributo e da respectiva dedução das despesas de amortização de ágio. Assim, a condição para a constituição do crédito tributário reside no fato gerador e não no registro do ágio. É da data utilização (dedução) das despesas de amortização de ágio e da sua influência no lucro real, que se considera o prazo para fins decadência e não do simples registro do ágio.

Desse modo, não há fundamento para a arguição de decadência, sem que tenha ocorrido o fato gerador do tributo e sem a efetiva amortização do ágio (isso só ocorreu em 31/12/2011, IRPJ e CSLL). À cada amortização do ágio, corresponde a um suposto fato gerador, uma vez que a despesa influencia negativamente a tributação e, no caso, verifica-se que a intimação da recorrente deu-se dentro do prazo de cinco anos.

Pelo exposto, voto por **negar provimento ao recurso da empresa contribuinte, no que diz respeito à decadência.**

Das Despesas de Amortização de Ágio

O acórdão recorrido ratificou a conclusão da fiscalização de que teriam sido excluídas indevidamente, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL referentes ao ano-calendário de 2011, as referidas despesas de amortização do ágio pago pela empresa QC Holding II Participações S.A. ("QC II") na aquisição da Qualicorp Participações S.A. ("QualiPar").

A autoridade fiscal concluiu que o referido ágio decorreria de operação desprovida de propósito negocial, com a indevida utilização de empresas veículo, e na qual não teria ocorrido a necessária "confusão patrimonial" entre real adquirente e empresa adquirida, condição ao aproveitamento fiscal do ágio supostamente presente nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/72.

Ainda consignou que não estaria comprovado, no caso concreto, que o fundamento econômico do ágio pago decorreria da expectativa de rentabilidade futura da QualiPar, uma vez que o demonstrativo apresentado, i.e., o Relatório Final de Avaliação Econômico-Financeiro, elaborado pela KPMG ("Laudo de Rentabilidade Futura"), datado de 02/03/2011 e com data-base em 31/08/2010, seria posterior à aquisição desta empresa.

Vejam-se os seguintes trechos do TVF:

Como restou demonstrado ao longo deste Termo, a real adquirente se situa fora do Brasil e, portanto, no caso da Fiscalizada, o ágio não poderia ser aproveitado

tributariamente no país, pois não houve a 'confusão' patrimonial, condição básica para o seu aproveitamento fiscal, conforme preceitua o artigo o artigo 386 do RIR/99.

O que se constatou foi uma tentativa ilícita de internalizar o ágio, por meio de incorporações de empresa veículo com o único propósito de reduzir as bases tributáveis do IRPJ e da CSLL." (fl. 23 do TVF)

Em face de todo o exposto, conclui-se estar-se diante de uma sequência de operações societárias abusivas e desprovidas de motivação extra tributária, cujas características não atendem aos requisitos legais para o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização do ágio, de modo que se reputam indedutíveis as despesas de amortização do ágio computadas na apuração do IRPJ e da CSLL do sujeito passivo, referente ao ano-calendário de 2011." (fl. 27 do TVF)

Além do que já foi apontado acima, resta ainda ressaltar que a fiscalizada apresentou, mesmo após ser reintimada, apenas um Laudo de Avaliação, datado de março de 2011, ou seja, de 8 meses após ser efetuado o contrato de compra e venda de participação societária e 6 meses após a efetivação do pagamento da referida participação, ilegitimando dessa forma o ágio amortizado.

Portanto, na sua origem, não há prova de que o ágio foi pago sob o fundamento econômico da rentabilidade futura da Qualicorp Participações, condição exigida pelo inc. III do art. 386 do RIR/99 para fins de amortização. A justificativa de rentabilidade futura foi buscada em momento posterior ao em que o ágio foi gerado." (fls. 27-28 do TVF)

De seu lado, a contribuinte apresenta os seguintes fundamentos, com base nos quais sustenta que as amortizações de ágio em questão preenchem as exigências formais para serem consideradas despesas dedutíveis:

- todos os atos societários que acarretaram o aproveitamento do ágio pela Recorrente deram-se de forma lícita e adequada para atingir os objetivos de todas as partes, bem como com o conhecimento dos órgãos competentes envolvidos, motivo pelo qual não há como prevalecer a tese da Autoridade Fiscal, mantida pela DRJ, de que este ágio não poderia ser amortizado para fins fiscais
- os atos societários não podem ser analisados e considerados isoladamente como fez, equivocadamente, o Sr. Auditor Fiscal;
- muito embora, a decisão recorrida tenha reconhecido que os "fatos não podem ser vistos isoladamente, verifica-se que a decisão recorrida recaiu no mesmo equívoco do Sr. Agente Fiscal, qual seja não analisou a integralidade da operação, contexto econômico e gerencial em que esta encontrava-se inserida;
- o acórdão recorrido, ao realizar a análise da efetiva operação demonstrada pela Recorrente no tópico II.2 da Impugnação, transcreveu apenas alguns trechos da operação que lhe pareceram convenientes (fls. 78 a 81 da decisão recorrida), ou seja, considerou fatos isolados da operação, na busca de justificar a glosa da amortização fiscal do ágio, o que não pode ser admitido por este E. CARF;
- não se pode analisar a operação "quadro a quadro", é necessário analisá-la como um todo. Vale dizer: não basta ver os fatos tais como descritos, fotografia a fotografia, mas sim analisar o filme como um todo;

- faz-se necessária a busca pela verdade dos fatos, por meio da análise histórica e cronológica das operações praticadas com vistas à aquisição da QualiPar pelo Grupo Carlyle, ou seja, a análise do "filme", para se compreender o propósito negocial e econômico das operações societárias efetivamente realizadas e que, como consequência, ensejaram as deduções da amortização dos ágios ora discutidos;

- sobre a necessidade de se observar qualquer operação em conjunto com as demais operações relacionadas (análise do "filme" inteiro), serve-se a Recorrente do entendimento do Professor Marco Aurélio Greco [In *Planejamento Tributário*. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 345-346], *in verbis*:

"A questão fundamental é saber como devemos enxergar a realidade, pois ela comporta mais de uma perspectiva. Pode ser vista fotograficamente, quadro a quadro e, com isto, chegaremos a uma conclusão positiva ou negativa em relação a cada quadro isolado. Mas também pode ser vista cinematograficamente, vale dizer, o filme inteiro. Qual das perspectivas adotar? Normalmente só sabemos qual é a história quando chegamos ao final, só no final entendemos o significado real de tudo que aconteceu. Esta é uma pergunta-chave porque fotograficamente uma determinada opção pode ser plenamente protegida e até mesmo querida pelo ordenamento jurídico, mas da perspectiva do filme ela pode aparecer como instrumento para um planejamento inaceitável. Da mesma forma, os vários tipos de contrato de compra e venda ou as operações de reorganizações societárias como a incorporação podem aparecer como instrumentos de planejamentos inaceitáveis." (g.n.)

- destacou as principais "fotografias", reproduzidas de maneira simplificada, que compõem o "filme" das operações societárias implementadas, nas quais sustenta que é possível ver a validade de cada um dos passos adotados, bem como o sentido econômico e o propósito negocial de todas essas operações;

- o Grupo Qualicorp, originalmente detido pelo fundador José Seripieri Filho ("Sr. José"), foi criado no Brasil em 1997, figurando como pioneiro e, desde então, líder, no segmento de administração, gestão e venda de planos de saúde coletivos, empresariais e coletivos por adesão, bem como serviços relacionados à área da saúde;

- em novembro de 2008, o GA Brasil Fundo de Investimento em Participações ("GA Brasil FIP") adquiriu 45,91% do Grupo Qualicorp, o qual era composto por uma sociedade holding denominada Qualicorp Participações S.A. ("QualiPar") que, por sua vez, era detentora de 99% da participação societária de cinco sociedades operacionais ("Operacionais"), quais sejam: (i) Qualicorp Administradora de Benefícios S.A. ("Qualicorp Benefícios", a Recorrente); (ii) Qualicorp Corretora de Seguros S.A. ("Qualicorp Corretora"); (iii) Qualicorp Consultoria em Saúde Ltda. ("Qualicorp Consultoria"); (iv) Qualicorp Administração e Serviços Ltda. ("Qualicorp Serviços") e (v) Convergente Consultoria e Corretora de Seguros Ltda. ("Convergente");

- No início de 2010, o Grupo Carlyle, empresa norte-americana de gestão de fundos de *private equity*, que naquele ano já havia iniciado a aquisição de outros investimentos no Brasil¹², demonstrou interesse em adquirir o controle do Grupo Qualicorp;

- conforme amplamente noticiado à época, pretendia-se, com a entrada do Grupo Carlyle, o crescimento no Grupo Qualicorp por meio da aquisição de novas empresas e expansão no oferecimento de produtos para a classe média13:

De acordo com o comunicado conjunto sobre o negócio, a venda do controle para o Carlyle vai permitir que a empresa tenha caixa suficiente para crescer por meio de aquisições - até agora, a maior parte do crescimento da Qualicorp foi orgânico.

- como a Qualicorp já é conhecida no mercado por oferecer planos de saúde coletivo a preços, em média, 40% inferiores aos individuais, a entrada do novo sócio deve reforçar o caráter "popular" da empresa. Uma das metas do Carlyle Group é aumentar a oferta de produtos para as classes C e D. Segundo comunicado das companhias, o atendimento à classe média emergente é um segmento que se mostra "promissor" nos próximos anos";

- após as tratativas e negociações entre as partes, o Grupo Carlyle propôs o modelo que seria adotado na aquisição. A despeito de o Grupo Carlyle ser cotista do BHCS Fundo de Investimento em Participações ("BHCS FIP"), domiciliado no Brasil, entendeu-se que a aquisição direta da participação na holding QualiPar por esse fundo de investimento não seria a alternativa mais adequada, uma vez que poderia trazer limitações quanto a: (i) captação de recursos de terceiros; (ii) prestação de garantia; (iii) limitação da responsabilidade/dos riscos dos cotistas; e (iv) liberdade de negociação;

- Por esse motivo, a estrutura proposta pelo Grupo Carlyle, pelas razões estritamente negociais acima apontadas, previa que a aquisição ocorreria por meio das sociedades holding QC Holding I Participações S.A. ("QC I") e QC Holding II Participações S.A. ("QC II"), residentes no Brasil.

- a QC I e a QC II, apontadas ao longo de todo o TVF e da decisão recorrida como "empresas veículo", desprovidas de propósito negocial, decorreram de legítimas razões negociais, que serão explicadas adiante;

12/07/2010 - celebrado Contrato de Compra e Venda de Ações (fls. 52-154 dos autos), dispondo acerca da alienação, pelo Sr. José e pela GA Brasil FIP (vendedores) à QC II (compradora), de participação equivalente a 72,95% na QualiPar;

- enquanto o Sr. José alienou 2.252.494 ações ordinárias que detinha na QualiPar, correspondentes à metade de sua participação, o GA Brasil FIP vendeu a integralidade das ações até então detidas (3.824.184 ações ordinárias);

- cumpre mencionar que a operação acordada nessa data se deu entre partes absolutamente independentes, quais sejam, de um lado o Grupo Carlyle, representado pela QC II, e de outro lado o Grupo Qualicorp, na figura dos vendedores Sr. José e GA Brasil FIP;

- equivocou-se o Sr. Agente Fiscal ao apontar que, no Contrato de Compra e Venda de Ações, a QCI e a QCII não são mencionadas como compradoras, e sim o Grupo Carlyle e seus advogados, reforçando seu papel de empresas veículo"(fl. 7 do TVF).

- evidente que QC II é mencionada como compradora no referido contrato, como inclusive já havia sido reconhecido pelo próprio Sr. Agente Fiscal:

11. No contrato acima mencionado figuram como: a. Vendedores: José Seripieri Filho (alienante de 27,05% por R\$ 549.044.691,34) e G.A.Brasil FIP

(alienante de 45,91%, por R\$ 785.665.385,47) b. Compradora: QC II" (fls. 5-6 do TVF).

- a decisão recorrida, a esse respeito, reconhece que "fora celebrado o contrato de compra e venda de 72,95% da Qual/par com a QCIe QCII"14.

- a menção ao Grupo Carlyle como destinatário de notificações não tira a natureza de real adquirente da QC II, apenas denota que esta empresa faz parte daquele grupo econômico - o que, repise-se, é de pleno conhecimento do Sr. Agente Fiscal;

- ato subsequente à assinatura do Contrato de Compra e Venda de Ações, as partes passaram a praticar os atos societários pertinentes para a operacionalização da aquisição;

17/08/2010 - emissão de debêntures simples, não conversíveis em ações, pela QC II (fls. 246-283 dos autos), no valor nominal total de R\$ 308 milhões, tendo como intervenientes-garantidoras a Qualicorp Corretora, a Qualicorp Serviços, a QC II e a Recorrente.

- parte dos recursos utilizados na aquisição da QualiPar (cerca de 20%) originou-se da emissão de debêntures em comento. Trata-se aqui, como bem apontado pela Fiscalização, da chamada aquisição alavancada (ou compras alavancadas ou "Leveraged Buyoufou apenas "LBO"), a qual consiste na tomada de empréstimo (capital de terceiro) para o pagamento de parte do preço de aquisição, comumente garantida por ativos da própria empresa alvo ou por ações desta detidas pelos seus investidores, sendo usual e normal, ainda, estruturas em que os pagamentos dos empréstimos são efetuados com os fluxos de caixa gerados pela empresa adquirida.

- o fato de as controladas da QualiPar atuarem como garantidoras das debêntures emitidas pela QC II não "reforça o caráter de empresa veículo da QCI e da QCII"(fl. 7 do TVF), como indevidamente entende o Sr. Agente Fiscal, mas diz respeito à própria natureza de que normalmente se reveste a aquisição alavancada15, sendo expediente comum a esse tipo operação.

- a despeito da alegação do Sr. Agente Fiscal de que a aquisição alavancada seria "artifício" que atuaria "reduzindo indevidamente o montante dos impostos devidos em exercícios futuros, por meio da dedução indevida de despesa de juros"(fl. 8 do TVF), certo é que a aquisição alavancada não possui qualquer vedação legal na legislação pátria, sendo uma estrutura comum no mercado na medida em que permite aos investidores a aquisição da companhia alvo sem o desembolso da integralidade dos recursos, possibilitando a sua utilização em outros investimentos;

- tem-se uma opção de financiamento de aquisição que consiste em análise de viabilidade e oportunidade pelo adquirente, revestindo-se de caráter estritamente negocial, que não poderia ser questionada pela Fiscalização, como se apontará adiante;

01/09/2010 - na data do fechamento da operação, uma série de atos societários foram realizados, a fim de operacionalizar e finalizar a aquisição acordada:

- aumento de capital da QC I, de R\$ 1.000,00 para R\$ 1.107.705.146,98, integralmente subscrito e integralizado pelo BHCS FIP, fundo sediado no Brasil;

- aumento de capital da QC II, de R\$ 1.000,00 para R\$ 1.107.705.146,98, integralmente subscrito e integralizado pela QC I.

-
- conclui-se a estrutura de aquisição pretendida pelo Grupo Carlyle, uma vez que a QC II passou a deter a integralidade dos recursos que seriam utilizados para a aquisição do controle da QualiPar: (i) R\$ 1.100 milhões originários do aporte de capital do BHCS FIP na QC I; e (ii) R\$ 308 milhões decorrentes da emissão de debêntures;
 - fechamento da operação de aquisição da QualiPar pela QC II, **mediante pagamento, em dinheiro**, do montante de R\$ 1.407.133,198,49 ao Sr. José e ao GA Brasil FIP;
 - o Patrimônio Líquido (PL) da QualiPar, quando de sua aquisição pela QC II, era de R\$ 181.701,125,96. Como o preço pago pela aquisição de 72,95% da QualiPar excedeu o montante de seu PL proporcional a esta participação (R\$ 132.569.141,50), a QC II apurou ágio de R\$ 1.274.564.056,99 na operação;
 - nos termos do Laudo de Rentabilidade Futura elaborado pela KPMG, com base no método de fluxo de caixa futuro descontado a valor presente, avaliou-se que o ágio registrado pela QC II tinha por fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura da QualiPar, nos termos da alínea "b" do § 2º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77;
 - o Laudo de Rentabilidade Futura, embora seja datado de 02/03/2011, tinha como data-base 31/08/2010, i.e., baseava-se nas informações contemporâneas ao fechamento da operação de aquisição da QualiPar;
 - incorporação da totalidade das ações de emissão da QualiPar pela QC II, a valor contábil. Na relação de substituição das ações, determinou-se que para cada ação da QualiPar de sua propriedade, o acionista Sr. José receberia 225, ações da QC II. Destarte, em contrapartida às 2.252.494 ações ordinárias incorporadas, o Sr. José recebeu 507.177.489 novas ações ordinárias de emissão da QC II;
 - a referida incorporação de ações visava uma consolidação das participações do Sr. José e da QC II em uma *holding* comum e, principalmente, a transferência das debêntures para o contexto de ambos os acionistas finais;
 - por fim, foi deliberada a incorporação da totalidade das ações da QC II pela QC I, também a valor contábil. Para cada ação ordinária de emissão da QC II, foi emitida, em favor do acionista Sr. José, uma ação ordinária de emissão da QC I. Assim, em contrapartida às 507.177.489 ações ordinárias incorporadas da QC II, o Sr. José recebeu 507.177.489 novas ações ordinárias de emissão da QC I;
 - com a segunda incorporação de ações, a QC I passou a ter como acionistas o Sr. José e o BHCP FIP;
 - após a aquisição da QualiPar e das incorporações de ações, teve início uma nova fase da reorganização societária, tendo em vista a oferta pública de ações que ocorreria em meados de 2011 e já era noticiada, meses antes, pelos veículos de comunicação:

"A Qualicorp, corretora de planos de saúde comprada por fundos da gestora de fundos de participação Carlyle em julho do ano passado, vai abrir o capital na bolsa de valores, em uma oferta de ações que deve sair em meados deste ano.

Segundo o Valor apurou, a Qualicorp planeja captar recursos com investidores para fazer a aquisição de concorrentes em um setor bastante pulverizado. Entretanto, além do dinheiro novo que ingressará na empresa, os sócios atuais também aproveitarão a oferta para vender parcela de suas ações."

- Buscou-se, nessa nova fase, a racionalização e unificação das atividades então exercidas pelas companhias, resultando na simplificação operacional, no melhor aproveitamento das sinergias e na redução de custos e gastos, com otimização da estrutura administrativa do Grupo Qualicorp, facilitando o acesso ao mercado de capitais;

31/03/2011 - tendo em vista tal intuito, nesta data foram realizados os seguintes eventos societários:

- incorporação da QC II pela QualiPar, que passou a sucedê-la em todos os seus bens, direitos e obrigações, incluindo o ágio e a obrigação de pagamento de juros relativos às debêntures, nos termos do artigo 227 da Lei nº 6.404/76 ("Lei das SA.");

- ainda, por ter se verificado, nesse momento, a incorporação da investidora (QC II) pela investida (QualiPar), com a unificação do investimento adquirido com o ágio pago na aquisição da QualiPar, fundamentado na sua expectativa de rentabilidade futura, este último passou a ser dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, conforme disposto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97;

- note-se que a Fiscalização, a este respeito, alega não ter havido a requerida unificação patrimonial, autorizadora da dedutibilidade fiscal do ágio, e parece demonstrar espanto ao alegar que " (...) se fez surgir na Qualicorp Participações o ágio que havia sido pago na sua própria aquisição"(fl. 48 do TVF);

- não pode subsistir o argumento de que não teria ocorrido a unificação ou "confusão patrimonial". No que diz respeito ao fato de a QualiPar passar a ser detentora do ágio pago na sua própria aquisição, ressalte-se que se trata da mera aplicação do artigo 8º da Lei nº 9.532/97, que expressamente reconhece o aproveitamento do ágio também na hipótese de incorporação da investidora, que pagou o ágio, pela investida - a chamada incorporação reversa;

- cisão total da QualiPar, com versão das parcelas cindidas para suas controladas, as Operacionais, quais sejam: a Recorrente, Qualicorp Corretora, Qualicorp Consultoria e Qualicorp Administração, que sucederam a QualiPar em seu bens, direitos e obrigações;

- nos termos do § 1º do artigo 229 da Lei das S/A, "a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão";

- coube à Recorrente o acervo cindido de R\$ 7.466.658,21 da QualiPar, elevando-se seu capital social para R\$ 11.966.658,21, com a emissão de 2.990.118 novas ações, sem valor nominal, em benefício da Qualicorp S.A. (nova denominação social da QC I). Também à Recorrente foi vertida a parcela equivalente a 48,71% do ágio anteriormente contabilizado na QC II e na QualiPar, no montante de R\$ 620.840.152,16.

- com a cisão total da QualiPar, seguida da incorporação das parcelas cindidas pelas suas controladas, as dívidas incorridas pela QC II foram transferidas às empresas operacionais do Grupo Qualicorp, quais sejam, a Qualicorp Corretora e a Recorrente, anteriormente controladas pela QualiPar.

Abril/2011 - a Recorrente, como sucessora de parcela cindida e do ágio da antiga QC II, passa a amortizar mensalmente o ágio decorrente da aquisição da QualiPar pela QC II;

- da análise do "filme" das operações efetivamente ocorridas, constata-se que as operações societárias ("várias fotografias") que culminaram no aproveitamento fiscal dos ágios pela Recorrente visavam, desde sempre, a aquisição do controle da QualiPar pelo Grupo Carlyle, conforme estrutura por este adotada, por meio de pessoas jurídicas sediadas no Brasil, em razão de seus legítimos propósitos negociais;
- a dedutibilidade fiscal do ágio é a consequência do conjunto das operações analisadas, com o efetivo propósito negocial, motivo pelo qual não merecem prosperar as alegações feitas pelo Sr. Agente Fiscal, as quais foram indevidamente reproduzidas pela DRJ.

À vista de tais fatos e fundamentos, entendo que assiste razão à contribuinte. Além do que, o fato de os recursos advirem de empresa no exterior, em si, não constitui fundamento para o não aproveitamento do ágio. Também não desnatura a ocorrência de confusão patrimonial. Não encontro em tal interpretação da fiscalização, mantida pela DRJ, descumprimento às disposições do artigo 386 do RIR/99, vigente à época (atual Lei nº 9.580/2018). Não tentativa ilícita de se internalizar o ágio, por meio de incorporações de empresa veículo. Não se vê abusividade ou operações desprovidas de motivação.

O Laudo de Avaliação, datado de março de 2011, elaborado pela KPMG, com base no método de fluxo de caixa futuro descontado a valor presente, certificou que o ágio registrado pela QC II tinha por fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura da QualiPar, nos termos da alínea "b" do § 2º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Assim, ainda que datado de 02/03/2011, tinha como data-base 31/08/2010. Ou seja, baseava-se nas informações contemporâneas ao fechamento da operação de aquisição da QualiPar.

Verifica-se, ainda, que a operação se deu entre partes independentes, quais sejam, de um lado o Grupo Carlyle, representado pela QC II, e de outro lado o Grupo Qualicorp, na figura dos vendedores Sr. José e GA Brasil FIP.

O fato de as controladas da QualiPar atuarem como garantidoras das debêntures emitidas pela QC II não "reforça o caráter de empresa veículo da QCI e da QCII" (f. 7 do TVF), como indevidamente entende o Sr. Agente Fiscal, mas diz respeito à própria natureza de que normalmente se reveste a aquisição alavancada, sendo expediente comum a esse tipo operação.

Observa-se que, a incorporação da investidora (QC II) pela investida (QualiPar), com a unificação do investimento adquirido com o ágio pago na aquisição da QualiPar, fundamentado na sua expectativa de rentabilidade futura, este último passou a ser dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, conforme disposto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Destaca-se, nesse ponto, a ocorrência da unificação patrimonial, autorizadora da dedutibilidade fiscal do ágio. Assim, não subsiste o argumento de que não teria ocorrido a unificação ou confusão patrimonial.

No que diz respeito ao fato de a QualiPar passar a ser detentora do ágio pago na sua própria aquisição, ressalte-se que se trata da mera aplicação do artigo 8º da Lei nº 9.532/97, que expressamente reconhece o aproveitamento do ágio também na hipótese de incorporação da investidora, que pagou o ágio, pela investida - a chamada incorporação reversa.

Assim, é possível concluir que as operações societárias realizadas resultaram validamente na possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio pela contribuinte. Pois, desde o início, visou-se a aquisição do controle da QualiPar pelo Grupo Carlyle e, para tanto, (i) houve aquisição, pela contribuinte, de participação societária adquirida com ágio; (ii) houve absorção da investidora pela investida, consoante previsão expressa do referido artigo 80; e a fundamentação econômica do ágio está lastreada em expectativa de rentabilidade futura.

Pelo exposto, voto **por dar provimento** ao recurso voluntário, neste ponto.

Despesas Financeiras. Emissão de Debêntures. Captação de Recursos. Investimento

O acórdão recorrido, manteve a conclusão da fiscalização de que não seriam dedutíveis as despesas financeiras decorrentes de emissão de debêntures. Pois, não seriam necessárias, normais e usuais para a manutenção da fonte produtora de receitas da contribuinte (art. 299, Dec. 3.000/1999, vigente à época). Registrou, ainda, que os efeitos da captação de recursos por meio da emissão de debêntures operam, exclusivamente, em favor dos Investidores, não das sucessoras da Qualicorp Participações, entre elas a fiscalizada. Vejam-se os seguinte fundamentos da DRJ:

(...) com a utilização de empresa veículo, o passivo correspondente às debêntures foi transferido para as sucessoras da Qualicorp Participações, entre elas a fiscalizada, de tal modo que esta passou a figurar contratualmente como responsável pelo pagamento dos encargos devidos. Entretanto, é preciso primeiramente observar que, conforme evidenciam os fatos relatados no presente Termo, a incorporação não teve em conta exclusiva ou especialmente os interesses da Qualicorp Participações ou suas sucessoras.

A incorporação foi decidida pelos seus novos controladores, os Investidores, visando atender aos seus interesses, não aos da investida. Logo, essa obrigatoriedade jurídica não é um efeito colateral, uma consequência derivada e inevitável de uma genuína atuação empresarial das sucessoras da Qualicorp Participações, mas sim um efeito provocado deliberadamente por seus novos controladores em benefício próprio, sendo que dentre tais benefícios figuram vantagens fiscais ilegais.

A recorrente sustentou que, não haveria fundamento para a glosa de despesas financeiras decorrentes da remuneração paga pela QC II ao Bradesco S.A., único adquirente das debêntures simples, não conversíveis em ações, que emitiu, em 17/08/2010 (fls. 246/283), para levantar R\$308 milhões que seriam necessários à complementação do valor pago para a aquisição societária da Qualicorp Participações (Qualipar). Deduziu-se, como despesas financeiras (juros anuais) o montante de R\$16.700.630,27, objeto de autuação nos autos em questão.

Ressalta que, com a incorporação da QC II, a Qualipar passou a sucedê-la em todos os seus bens, direitos e obrigações, incluindo o ágio e a obrigação de pagamento de juros relativos às debêntures (art. 227 da Lei nº 6.404/76).

Assim, a aquisição da Qualipar foi financiada parcialmente por capital próprio da QC II, decorrente de aporte oriundo do BHCS FIP, parcialmente por conta da referida emissão de debêntures.

A recorrente destaca que, para a sua "alavancagem", utilizou-se da QC II, que teria sido indispensável para a conclusão do negócio, por meio da emissão de debêntures, captando-se o valor remanescente para o investimento.

A contribuinte ressaltou que, ao caso, também seriam aplicáveis às disposições do art. 374 do RIR/99, vigente à época, atual art. 398, Dec. 9.580/2018:

Dec. 3000/1999. Art. 374. Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 17, parágrafo único): (...)

Dec. 9.580/2018. Art. 398. Sem prejuízo do disposto no art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis como custo ou despesa operacional, observado o disposto nesta Subseção (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 17, § 1º).

À vista das razões da DRJ e da recorrente, verifico que assiste razão à contribuinte, quando salienta que as despesas com juros oriundos de empréstimo contraído para financiar a aquisição do controle do Grupo Qualicorp, constitui-se em despesa operacional, portanto, dedutível, independentemente de sua vinculação direta com a aquisição do bem. Não cabe a atribuição de requisito ou premissa, como o de que tais dispêndios só seriam despesas operacionais, caso se referissem "ao ônus financeiro na aquisição de bem do imobilizado", como concluiu a DRJ.

Dessa forma, a existência de previsão legal específica (artigo 374 do RIR/1999, atual art. 398, RIR/2018) que autoriza a dedução de juros decorrentes de empréstimos das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, independentemente do disposto no artigo 299 do RIR/99, vigente à época; e considerando que, no caso, a emissão de debêntures simples, para a aquisição de um único credor, o banco Bradesco S.A., caracteriza-se, em realidade como a empréstimos (endividamento) para a expansão empresarial da contribuintes, entendo que referidas despesas financeiras são dedutíveis nas bases do IRPJ e da CSLL.

Pelo exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário, também nesse ponto.

Multa Isolada. Multa Qualificada. Juros sobre Multa

Com esse entendimento, ficam afastadas as seguintes matérias: a) multa isolada (50%); multa de ofício qualificada (150%); juros sobre a multa (Selic).

Da Responsabilidade Tributária

Diante das conclusões acima, quanto à dedutibilidade, no caso, tanto das despesas de amortização de ágio, quanto as despesas financeiras decorrentes da emissão de debêntures, não mais caberia a acusação confirmada pela DRJ de que teria havido interesse comum, por parte das pessoas indicadas, na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal (art. 124, inc. I, CTN).

No entanto, considerando que poderá haver divergência em relação às conclusões retro, passo ao exame das razões dos responsáveis tributários, com o intuito de

verificar, caso a conclusão final, por maioria, seja por negar provimento ao recurso voluntário da contribuinte, se subsistiria as responsabilidades solidárias consignadas no acórdão recorrido.

O acórdão recorrido registrou as seguintes conclusões a respeito:

I - afastamento da responsabilidade tributária imputada às sociedades **Banco Santander do Brasil S.A. e Santander Securities Services**; não identificado interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária (art. 124, I, do CTN) e pelo fato de tais sociedades não serem administradoras de bens da autuada (art. 134, III, do CTN). São administradores de bens dos investidores estrangeiros. Ademais, tal dispositivo não decorre da prática de ato ilícito;

II - manutenção da responsabilidade tributária imputada a **José Seripieri Filho, Fernando César Dantas Borges, Fernando de Oliveira Pinto, Juan Carlos Feliz Estupinam, bem como à sociedade BRL Trust Serviços Fiduciários e Participações Ltda.**, com fundamento no **art. 124, I, do CTN**, por entender que participaram da constituição do fato gerador do obrigação tributária, na fase executiva, manifestando-se o interesse comum de que trata o referido dispositivo;

III - Exclusão do art. 135, III do CTN, do fundamento legal da responsabilidade tributária imputada a **José Seripieri Filho** e do **art. 134, III, do CTN**, do fundamento legal da responsabilidade tributária imputada a **BRL Trust Serviços Fiduciários e Participações Ltda, Banco Santander do Brasil S.A, Santander Securities Services Brasil, Fernando César Dantas Borges, Fernando de Oliveira Pinto e Juan Carlos Felix Estupinam.**

No primeiro caso, por inexistir prova de que, na época do fato gerador, José Seripieri Filho era diretor, gerente ou representante de pessoas jurídicas de direito privado.

No segundo caso, pelo fato de a responsabilidade de que trata o art. 134, III, do CTN, não decorrer de ato ilícito.

O **art. 135, inc. III do CTN foi afastado** pelo fato de que não há nos autos evidência de que o Sr. Jose Seripieri seria diretor, gerente ou responsável pela fiscalizada, na época dos fatos geradores. Também não haveria demonstração de ato praticado com excesso de poderes, dolo, culpa ou com infração à lei, contrato social ou estatutos na fiscalizada, para imputar a responsabilidade com base em tal dispositivo.

Em relação ao **art. 134, inc. III, CTN, o acórdão recorrido afastou** sua aplicação, com base no fato de que as pessoas arroladas fazem parte de comitê gestor de fundo pertencente aos investidores estrangeiros, especificamente o "BHCS Fundo de Investimento em Participações - BHCS FIP". Portanto, são administradoras de bens dos investidores estrangeiros, não da autuada. Por serem os responsáveis relacionados pela autoridade fiscal **administradores de bens da autuada**, concluiu que não deveria subsistir o art. 134, inc. III, do CTN, como fundamento legal da responsabilidade tributária a eles atribuída.

No que diz respeito ao **art. 124, inc. I, CTN**, o acórdão recorrido assim registrou:

Os impugnantes refutaram a imputação da responsabilidade tributária com fundamento no art. 124, I, do CTN, em síntese, por considerarem que não tinham interesse comum na situação que constituísse o fato gerador da obrigação principal e

por **não terem cometido a infração tributária**, que consiste na **dedução das despesas consideradas indedutíveis**.

Por outro lado, a Autoridade Autuante, após relatar as operações realizadas que envolveram a reorganização societária, concluiu que houve **ação conjunta, contínua e coordenada tanto dos investidores**, através de seus agentes, **quanto do Senhor José Seripieri Filho**, na prática da infração tributária.

Nesse contexto, de acordo com a Autoridade Autuante, **a criação de duas empresas veículo, a capitalização em cascata** das empresas veículo QC I e QC II pelo BHCS FIP (em primeira instância capitalizado pelos investidores do grupo Carlyle, sediados no exterior) e, logo após da aquisição da participação societária da Qualicorp Participações, a incorporação reversa da QC II, **teriam substituído uma simples aquisição que poderia ter sido efetuada diretamente pelo BHCS FIP**.

(...)

Primeiramente, é necessário compreender do que se trata o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, previsto no art. 124, I, do CTN.

Para Maria Rita Ferragut¹, é a ausência de interesses jurídicos opostos na situação que constitua o fato jurídico tributário, somada ao proveito conjunto dessa situação.

Diferencia-se da hipótese prevista no art. 124, II, do CTN, em razão, nesta hipótese, da ausência de interesse comum (entre as pessoas designadas em lei) no fato jurídico tributário.

Para Marcos Vinicius Neder , o interesse jurídico surge a partir da existência de direitos e deveres comuns entre pessoas situadas no mesmo lado de uma relação jurídica privada que constitua o fato jurídico tributário. E ainda "as pessoas portadoras de interesses comuns são vinculadas por pessoas externas formadoras de solidariedade (consciência de grupo) que as une; enquanto, nos interesses coincidentes, o vínculo pessoal visa apenas atender a uma necessidade específica (tarefa) [...]. A situação a despertar o interesse comum referido no art. 124 do CTN é aquela consubstanciada na relação jurídica privada subjacente ao fato gerador do tributo [...]"

Destarte, o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal **é aquele que envolve duas ou mais pessoas na constituição do fato gerador**. Assim, para imputação de tal responsabilidade, deve ser medida a **conjugação de esforços entre as pessoas arroladas que tipifique tal interesse**.

Pode-se dizer que a imputação de responsabilidade solidária por interesse comum exige a demonstração cabal e inequívoca da relação do sujeito com o fato gerador.

Os fatos geradores objeto do lançamento são a amortização fiscal do ágio e a dedução da despesa com juros pagos na emissão de debêntures.

Conforme já decidido anteriormente, a reorganização societária, nos moldes em que ocorreu, decorreu de **abuso de direito**. Dessa forma, os referidos fatos geradores não se resumem às deduções indevidas das referidas parcelas, são, também, compostos/formados pelos atos que permitiram que tais parcelas se enquadrassem na norma de contorno (incorporação da suposta investidora pela investida), esquivando-se da norma contornada.

(...)

No caso concreto, **José Seripieri Filho, BRL Trust Serviços Fiduciários e Participações Ltda, Fernando César Dantas Borges, Fernando de Oliveira Pinto e Juan Carlos Felix Estupinam** participaram da ocorrência do fato gerador na medida que **estavam presentes na fase de execução, embora ausentes na fase de consumação**. Aquela foi iniciada quando da aquisição do investimento por meio de empresas veículos, para que, ao final, houvesse a incorporação reversa e, finalmente, a amortização fiscal do ágio pela impugnante (fase consumativa). Da mesma forma, considerando que a QC II foi considerada empresa veículo, a emissão de debêntures por ela e a sua efêmera extinção, juntamente com os demais atos subseqüentes já relatados, acabou por transferir para a impugnante a despesas com juros pagos na emissão de debêntures, que foram indevidamente deduzidos.

Destarte, rechaça-se o argumento de que apenas o contribuinte poderia responder pelo crédito tributário decorrente das deduções indevidas. Veja-se que:

I - Há nexos de causalidade entre as condutas realizadas pelos responsáveis e o resultado obtido (amortização fiscal do ágio e dedução de despesas com juros pagos na emissão de debêntures); e

II - Há conhecimento e vontade dos responsáveis no resultado fiscal final, já que, mesmo diante da inexistência de propósito negocial na utilização de empresas veículos, agiram para que o investimento fosse realizado por meio dessas empresas.

Essas conclusões são possíveis após a análise, tanto da sequência de atos e datas em que ocorreram, sob suas autorizações, quanto do papel que cada um deles teve no processo de reorganização societária.

Nesse contexto, **quanto ao ágio**, os atos relacionados com **o ilícito** estão presentes tanto executiva quanto consumativa, indo desde a decisão de investir na Qualipar, por meio de empresa veículo, passando pela decisão de a QC I incorporar a QC II e de se realizar a incorporação reversa da investidora pela investida, com a subsequente cisão da sociedade, até, finalmente, a amortização fiscal do ágio pela impugnante.

No que se refere aos juros pagos na **emissão de debêntures, o ilícito** vai desde a decisão de sua emissão na empresa veículo até a dedução das despesas com juros pagos.

À vista de tais conclusões da DRJ, os responsáveis solidários apresentaram as seguintes razões:

BRL Trust Serviços Fiduciários e Participações Ltda.

A BRL Trust alega que o auto de infração é nulo por falta de motivação, com base nos seguintes fatos e fundamentos:

- o acórdão recorrido não apresenta ato algum praticado pela BRL Trust que pudesse ser considerado como motivo para mantê-la como responsável solidária da empresa contribuinte;
- a decisão recorrida afastou a responsabilidade dos administradores do BHCS HP, que possuíam cargos e funções com as mesmas limitações quanto ao poder de decisão, em relação aos investimentos do fundo e à administração da principal atuada. O afastamento da responsabilidade dos administradores do BHCS FIP obrigatoriamente **implicaria a exclusão da BRL Trust** do polo

passivo do Auto de Infração, por possuírem **poder idêntico** de decisão perante as decisões de investimento do Fundo;

- não haveria como verificar qual a lógica de responsabilização externada pelo julgador tributário para configurar a responsabilidade tributária da recorrente e demais coobrigados;

- o julgador tributário entendeu que "o abuso de direito" que evitou a ocorrência do fato gerador do IRPJ e CSLL e criou as conexões necessárias para aplicação da norma de responsabilização do art. 124, inc. I, do Código Tributário Nacional dividiu-se em dois momentos temporais:

"fase de execução", em que foram executadas as várias e sucessivas etapas de aquisição, cisão e incorporação necessárias para compra de parte das ações da autuada pelo BHCS FIP, que geraram o ágio posteriormente utilizada na fase posterior;

"fase de consumação", em que o ágio contabilizado pela aquisição do investimento foi efetivamente utilizado, com a inclusão das parcelas amortizáveis desse ágio na apuração do IPRJ e CSLL calculado pela empresa em **31 de dezembro de 2011**.

- os participantes da "fase de execução" foram considerados responsáveis pelo pagamento do crédito tributário, por supostamente terem poder decisório para desencadear todos os atos societários e contratuais que deram origem ao ágio que serviu para abater o valor de IRPJ e CSLL a pagar em 31 de dezembro de 2011;

- o preenchimento do interesse comum constante do art. 124, inc. I, do Código Tributário Nacional, exige a vontade dos responsáveis e sua autorização para que sejam considerados como devedores solidários ao sujeito passivo. É necessária a "decisão de investir", a "decisão de a QC I incorporar a QC II", a "decisão de realizar a incorporação reversa da investidora pela investida, com a subsequente cisão da sociedade";

- a realização de investimentos pelo Fundo é aprovada pelo Comitê Gestor e de Investimento. **A BRL Trust não detinha poderes para deliberação.** Conforme se observa, cabe ao Comitê Gestor e de Investimento decidir sobre os investimentos do Fundo, definindo o voto a ser proferido pelo Administrador, procuradores ou conselheiros indicados pelo Fundo. Portanto, toda a decisão relacionada aos investimentos parte do referido Comitê.

- não entendeu **porque a decisão recorrida não estendeu à BRL Trust (aplicou somente em relação às duas empresas Santander exoneradas) o seguinte entendimento da DRJ:** "não se identificou, de fato, nenhum dispositivo no regulamento do fundo e tampouco na Instrução CVM nº 391/03, que atribuísse a competência ao administrador do fundo no sentido de avaliar e questionar os investimentos definidos pelo Comitê e de Investimento, ou seja, de vetar que investimento pretendido fosse realizado por meio de empresa veículo".

Juan Carlos Felix Estupinan

O responsável solidário, **Juan Carlos Felix Estupinan**, alega que **o auto de infração é nulo por falta de motivação**, com base nos seguintes fatos e fundamentos:

-
- a imputação de responsabilidade solidária ao recorrente, bem como aos Srs. Fernando de Oliveira Pinto e Fernando Cezar Dantas Porfírio Borges, decorreu exclusivamente do fato de serem integrantes do Comitê Gestor e de Investimento do BHCS (fundo de investimento com cotistas não residentes geridos pelo Grupo Carlyle);
 - no entender da fiscalização, esse fundo de investimento, com a participação das pessoas físicas integrantes de seu Comitê Gestor e de Investimento, teria realizado a operação societária simulada para aquisição de investimento na QUALIPAR visando unicamente à redução do pagamento de tributos, através da dedução das despesas de amortização do ágio gerado nessa operação e das despesas com o pagamento de juros originados em operação de emissão de debêntures realizada para pagamento do preço de aquisição desse investimento;
 - também alegou **nulidade do auto de infração por falta de motivação**, sob o argumento de que não há demonstração de ato praticado pelo recorrente que pudesse caracterizar interesse comum;
 - subsidiariamente, **nulidade material** insanável, por afronta ao disposto no artigo 142, do Código Tributário Nacional, em razão de **erro na indicação do sujeito passivo**, na medida que ao recorrente não se aplicam as hipóteses de responsabilidade tributária previstas nos artigos 124, inciso I, e 134, inciso III, ambos do Código Tributário Nacional;
 - a **decisão recorrida inovou** nos fundamentos fáticos para sustentar a imputação de responsabilidade tributária com base no artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, trazendo novas justificativas e fundamentações, contra as quais o recorrente não teve oportunidade de se defender, importando em supressão de instância e em cerceamento do seu direito de defesa, o que ocasiona a sua nulidade, nos termos do artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72;

* Justamente em razão da fragilidade dos argumentos utilizados no Termo de Verificação Fiscal para imputar responsabilidade tributária ao Recorrente, a decisão recorrida pretendeu alegar que **essa responsabilidade decorreria não apenas do fato de o Recorrente ser membro do Comitê Gestor e de Investimento do BHCS, mas também sob o novo argumento de que, apesar de o Recorrente não ter participado da "fase de consumação" do ato ilícito, qual seja: dedução das despesas com ágio e despesas financeiras, o Recorrente teria participado de "atos executórios" da operação que culminou com a consumação deste ato ilícito, configurando, assim, seu interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária em questão.**

Esse entendimento pode ser verificado no trecho a seguir transcrito:

"No caso concreto, **José Seripieri Filho, BRL Trust Serviços Fiduciários e Participações Ltda., Fernando César Dantas Borges, Fernando de Oliveira Pinto e Juan Carlos Felix Estupinam participaram da ocorrência do fato gerador na medida que estavam presentes na fase de execução, embora ausentes na fase de consumação.** Aquela foi iniciada quando da aquisição do investimento por meio de empresas veículos, para que, ao final, houvesse a incorporação reversa e, finalmente, a amortização fiscal do ágio pela impugnante (fase consumativa). Da mesma forma, considerando que a

QCII foi considerada empresa veículo, a emissão de debêntures por ela e a sua efêmera extinção, juntamente com os demais atos subseqüentes já relatados, acabou por transferir para a impugnante a despesas com juros pagos na emissão de debêntures, que foram indevidamente deduzidos.

- ocorre que, em momento algum, a fiscalização questionou qualquer ato que o recorrente supostamente pudesse ter praticado fora da condição de membro do Comitê Gestor e de Investimento do BHCS, isto é, a fiscalização, seja no Termo de Verificação Fiscal, seta no Termo de Responsabilidade Tributária, não fez qualquer juízo de valor a respeito de qualquer relação que o Recorrente pudesse ter com quaisquer pessoas jurídicas, além do fundo de investimento BHCS;

- assim, alega inovação, cerceamento de defesa; e supressão de instância;

- não há que se falar na existência de interesse comum do Recorrente enquanto participante de supostos atos executórios que levaram à posterior realização dos fatos geradores autuados, na medida que os atos praticados pelo Recorrente referem-se à regular administração de uma pessoa jurídica, no caso a QC I e a QC II, e no interesse do BHCS, que está realizando um investimento, **tendo o recorrente atuado estritamente até o momento da efetiva aquisição, com ágio, do investimento na QUALIPAR**. Diferentemente do alegado pela decisão recorrida, até esse momento, não houve a prática de qualquer ato ilícito, sendo certo que todos os atos praticados foram devidamente registrados e refletiram a exata operação realizada, sem qualquer redução no pagamento de tributos. Ou seja, até onde restou demonstrada a participação do Recorrente, o que existiu foi uma **regular operação** de aquisição de investimento. Posteriormente, no ano seguinte à aquisição, quando o Recorrente já não participava da gestão da QCI e da QC II houve uma operação de incorporação da QC II pela QUALIPAR, seguida de cisão da QUALIPAR com versão de parte do acervo para a QUALICORP ADMINISTRADORA que, segundo a decisão recorrida, teriam como **único objetivo a dedutibilidade das despesas de amortização de ágio e das despesas financeiras com debêntures**, bem como a efetiva **dedutibilidade de tais despesas** pela QUALICORP ADMINISTRADORA. Neste momento, é certo que o Recorrente já não tinha mais qualquer relação com esses fatos, não podendo ser a ele atribuído interesse comum. Como poderia o Recorrente ter interesse comum sobre os supostos benefícios fiscais em questão se ele não interferia nas decisões que levaram a tal dedutibilidade e também não auferiria qualquer benefício econômico com a dedução?

- **inaplicabilidade da multa qualificada** no percentual de 150%, na medida que a fiscalização e a decisão recorrida não lograram êxito em comprovar que a empresa autuada e, muito menos, o recorrente, tenham cometido qualquer fraude e/ou ilicitude nos atos do qual participou, mas **limitaram-se a alegar meramente que operações regulares teriam sido praticadas para obtenção de economia fiscal**, configurando apenas divergência quanto à interpretação dos efeitos fiscais de operações regulares;

- fundamenta, ainda, com base na Constituição Federal, art. 5º, inc. LV e art. 37; e Lei nº 9.789/99, art. 50;

Fernando César Dantas Borges e Fernando de Oliveira Pinto

Fernando César Dantas Borges, Fernando de Oliveira Pinto, apresentaram as mesmas razões de recurso de Juan Carlos Felix Estupinam;

José Seripieri Filho

José Seripieri Filho, ratificou e reiterou as razões de recurso da empresa contribuinte e apresentou as mesmas razões de Fernando César Dantas Borges, Fernando de Oliveira Pinto e Juan Carlos Felix Estupinam, quanto à **falta de motivação** da responsabilidade solidária atribuída ao recorrente e **inovação**. Alega que a fiscalização teria atribuído tal responsabilidade ao recorrente, com base, na verdade, em fatos praticados por outras pessoas físicas e jurídicas;

- (i) não existe qualquer fundamento ou motivação da razão pela qual foi imputada a responsabilidade tributária do Recorrente nos parágrafos 206 a 217; e (ii) não há qualquer tipo de elo, vínculo, ou citação do Recorrente com a companhia autuada (Qualicorp Benefícios);
- não deve prevalecer a pretensão de se exigir o cumprimento da obrigação tributária do recorrente que não participou dos atos supostamente infracionais que teriam sido praticados pela Qualicorp Benefícios (i) de amortização do ágio durante o ano-calendário de 2011; e (ii) a dedutibilidade das despesas com o pagamento de juros relativos às debêntures emitidas;
- não há no TVF a necessária demonstração da relação entre o Recorrente e a companhia autuada que autorizaria a sua responsabilização/inclusão no polo passivo da autuação fiscal;
- a falta de motivação da responsabilidade solidária, isto é, a falta de prova de interesse comum por parte do recorrente, impõe a declaração de nulidade do termo de sujeição passiva;
- pelos mesmos motivos defendidos pelos demais responsáveis solidários, alega que a **DRJ inovou** e por isso provocou a supressão de instância a e o cerceamento de defesa;
- impossibilidade de aplicação da multa qualificada (150%), pois **não teria havido ocorrência de fraude e conluio** nas operações de amortização de ágio e dedutibilidade de despesas com juros de debêntures realizadas pela Qualicorp Benefícios;
- o **dolo é elemento imprescindível** para que se caracterize a sonegação e a fraude, e, portanto, devem ser minuciosos e cabalmente comprovados pela Autoridade Fiscal, é notório que no presente caso a multa qualificada é tão indevida como a solidariedade, em razão da absoluta ausência de comprovação da prática dolosa do Recorrente, por inexistência de atribuição direta de atos por ele cometidos de forma ilícita, estes que devem ser acompanhados das devidas provas por parte da Fiscalização;

À vista dos fatos e fundamentos arguidos pelos responsáveis solidários e das razões de decidir da DRJ, considerando, principalmente, a alegação dos recorrentes que a DRJ teria inovado, verificamos os pontos específicos consignados no TVF e nos autos de infração e observamos que, de fato, a fiscalização centrou-se em fatos que, em seu entendimento, caracterizariam fraude (art. 72, Lei nº 4.502/64) e conluio (art. 73, Lei nº 4.502/64), por parte dos investidores e alienantes.

Observa-se que, a fiscalização partiu do pressuposto de que a estruturação de uma operação societária, independentemente de haver efetivo fluxo financeiro e respectiva tributação, além do atendimento de outros requisitos dispostos nos arts. 385 e 386 do Dec. nº 3.000/1999, vigente à época, já seria uma fraude, só pelo fato de resultar em dedutibilidade de amortizações de ágio. Sabemos, de qualquer forma, que esse entendimento não encontra embasamento legal.

Assim, à vista dos exatos fundamentos da fiscalização, analisamos a arguição de inovação apresentada pelos recorrentes, responsáveis solidários, e concluímos que a DRJ realmente inovou, ao fundamentar sua conclusão de que a responsabilidade solidária, disposta no art. 124, inc. I, CTN, estaria caracterizada no fato de que os agentes teriam participado da **fase de execução** da operação e que, mesmo não tendo colhido frutos da **fase de consumação**, teriam agido com interesse comum com a situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal. Também apresentou extensa digressão sobre fatos históricos e movimentos societários que envolveram as empresas e os responsáveis solidários, sem contudo, aproximar do ponto em questão, isto é, se estaria por eles caracterizada a situação prevista no art. 124, inc. I, CTN.

Entendo, portanto, que se trata de um entendimento totalmente distante dos fundamentos da fiscalização. Não vejo, nos autos a demonstração e enquadramento dos fatos nas disposições do art. 124, inc. I, CTN. Sendo assim, a conclusão é a de que **assiste razão aos devedores solidários**, tendo em vista a evidenciação de que não houve, por parte de nenhum deles, interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal.

Pelo exposto, voto por dar provimento aos recursos voluntários dos recorrentes, José Seripieri Filho, Fernando César Dantas Borges, Fernando de Oliveira Pinto, Juan Carlos Felix Estupinam e BRL Trust Serviços Fiduciários e Participações Ltda.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por rejeitar a preliminar de decadência e, no mérito, voto por dar provimento aos recursos voluntários da contribuinte e dos responsáveis solidários, José Seripieri Filho, Fernando César Dantas Borges, Fernando de Oliveira Pinto, Juan Carlos Feliz Estupinam e BRL Trust Serviços Fiduciários e Participações Ltda.

Recurso de Ofício

O acórdão recorrido afastou a responsabilidade solidária das empresas SANTANDER SECURITIES SERVICES BRASIL DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS e BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A., julgando-se procedentes suas impugnações. Veja-se o respectivo trecho:

Submeta-se à apreciação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (tão-somente quanto à exclusão da responsabilidade imputada às sociedades Banco Santander do Brasil S.A. e Santander Securities Services procedida neste acórdão), de acordo com o art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017 (exonerações acima de R\$2.500.000,00), por força de recurso necessário.

Verifico que a exoneração é superior ao limite de R\$2.500.000,00, e que houve afastamento de responsabilidades, conforme prevê a Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017. Dessa forma, conheço do recurso de ofício.

A DRJ examinou os documentos e informações apresentados pelas referidas empresas e concluiu que:

No que se refere ao Banco Santander do Brasil S.A. e Santander Securities Services Brasil, alegam que não têm interesse jurídico e tampouco econômico na constituição do fato gerador da obrigação tributária.

É certo que os administradores devem zelar para que o fundo cumpra com suas obrigações e ter diligência na contratação de terceiros.

No entanto, não se identificou, de fato, nenhum dispositivo no regulamento do fundo e tampouco na Instrução CVM nº 391/03, que atribuísse a competência ao administrador do fundo no sentido de avaliar e questionar os investimentos definidos pelo Comitê e de Investimento, ou seja, de vetar que investimento pretendido fosse realizado por meio de empresa veículo.

(...)

Conforme se verifica, somente a partir de julho de 2011 a administração e gestão do fundo passou a ser conduzida pela CRV Distribuidora de Títulos e Valores Imobiliários que, posteriormente, teve sua denominação alterada para Santander Securities.

Na referida data, o investimento, nos moldes realizados, já havia sido efetivado, de modo que **não se pode identificar** qualquer ação coordenada do Santander Securities Services Brasil Distribuidora relacionado com o ilícito. É dizer, a fase executória do ilícito já havia se encerrado e a fase consumativa estava sendo operacionalizada pela fiscalizada.

(...)

Dessa forma, por não ter identificado poder de influência ou de veto na avaliação de investimentos propostos pelo Comitê Gestor e de Investimento, não se pode concluir que houve ação coordenada do Banco Santander do Brasil S.A. e Santander Securities Services Brasil para realização do ilícito, o que ainda é mais evidente neste último, já que assumiu a administração e gestão do fundo somente a partir de julho de 2011.

Destarte, afasta-se a responsabilidade imputada ao Banco Santander do Brasil S.A. e Santander Securities Services Brasil, com fundamento no art. 124, I, do CTN, por inexistência de prova quanto ao interesse comum de que trata o referido artigo.

Conclusão

Afastamento da responsabilidade tributária imputada às sociedades Banco Santander do Brasil S.A. e Santander Securities Services, já que não identificado interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária (art. 124, I, do CTN) e tampouco pelo fato de tais sociedades não serem administradores de bens da auçada (art. 134, III, do CTN). São administradores de bens dos investidores estrangeiros. Ademais, tal dispositivo não decorre da prática de ato ilícito.

Com base em tais fatos e fundamentos, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)
Rogério Aparecido Gil

Voto Vencedor

Ricardo Marozzi Gregório - Redator designado

Sem embargo da excelente fundamentação contida no voto do ilustre relator, a maioria da turma entendeu que deveria **divergir de suas conclusões quanto ao cancelamento da glosa das despesas de amortização de ágio**.

O relator entendeu que o fato de os recursos advirem do exterior não constitui fundamento para o não aproveitamento do ágio e que não desnatura a ocorrência da confusão patrimonial. Nada obstante, a utilização de empresas veículos (a QC I e a QC II) para internalizar aqueles recursos faz com que o ágio seja criado no âmbito patrimonial de quem não foi a real adquirente das participações societárias alienadas. Daí que não se observa a confusão patrimonial entre a real adquirente e o objeto da aquisição.

A regra da amortização do ágio, por se tratar de um benefício fiscal, deve ser interpretada de maneira restritiva. Não há espaço para alargamento das situações expressamente previstas em lei. Por oportuno, veja-se a transcrição do artigo 7º, *caput*, e do artigo 8º, alínea “b”, da Lei nº 9.532/97:

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: (grifei)

(...)

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

(...)

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

A interpretação literal para a formação da norma conduz ao entendimento de que o ágio a ser amortizado é aquele surgido nos termos do que previu o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Isto é, somente a empresa que "detenha participação societária adquirida" naqueles moldes poderá figurar como incorporadora ou incorporada no evento que resultará no encontro do seu patrimônio com o da empresa investida.

Em termos econômicos, tal como era antes regulado no âmbito do artigo 34 daquele mesmo Decreto-Lei, trata-se de permitir, em razão da confusão patrimonial estabelecida, a dedução da perda de capital que era do investidor (só que, agora, garantindo-se sua expressão na totalidade do ágio contabilizado). Por isso, há que se exigir a presença do real investidor no evento da incorporação, melhor dizendo, quem efetivamente suportou a perda de capital.

Contra esse entendimento, não importa que a operação tenha sido efetuada entre partes independentes. A previsão legal só permite que o ágio seja aproveitado pela real adquirente. Não é possível transferir para uma empresa veículo a formalidade da aquisição com o propósito preponderante de se obter a economia tributária. O negócio jurídico formalizado nessas condições não é oponível ao Fisco.

A alegação de que a QC II possuía um propósito negocial (o de emitir as debêntures que possibilitaram a alavancagem financeira da operação) não se sustenta. Por mais que se alegue que o BHCS FIP não poderia contrair o empréstimo, essa vedação não existia para a QC I. Ela estava numa relação mais direta com os investidores e, depois das operações de incorporação de ações, passou a atuar como uma verdadeira holding (chegaram a alterar a sua denominação para Qualicorp S/A) ao ter seu capital aberto na oferta pública realizada em 2011.

De qualquer maneira, mesmo que não houvesse essa outra empresa (a QC I) intermediando o investimento do Grupo Carlyle, é certo que a ordem de grandeza da alavancagem em relação ao total do investimento (de, aproximadamente, R\$ 300 milhões / R\$ 1.400 milhões) gera dúvidas acerca da existência da "relevância" desse propósito no contexto de toda a operação. Afinal, qual o montante relativo do empréstimo que seria suficiente para caracterizar essa "relevância". A se admitir qualquer quantia como "relevante", poder-se-á estar criando uma jurisprudência perigosa, onde qualquer grau de alavancagem seria suficiente para caracterizar o propósito negocial. A meu ver, para contornar esse problema, seria até possível permitir a dedução do ágio na medida da relação do empréstimo sobre o total do investimento (no caso 300/1400). Ou seja, o propósito da empresa veículo seria atestado na medida da necessidade do empréstimo. No caso presente, entretanto, entendo que a possibilidade de este ter sido contraído pela QC I (empresa que passou a atuar como uma holding, portanto, mais próxima dos investidores) macula essa possibilidade.

Noutro giro, o fato de o laudo de avaliação ter sido elaborado em data posterior à constituição do ágio (pela QC II) acabou sendo um reforço argumentativo para alguns componentes da maioria vencedora. Para estes, a exigência legal não permite a mera utilização de informações contemporâneas ao fechamento da operação. Há que se elaborar o demonstrativo da rentabilidade futura antes desse fechamento.

E a glosa deve ser mantida também com relação à CSLL.

Mesmo que se reconheça a autonomia legislativa que essa contribuição possui em relação ao IRPJ, uma vez ocorrido o encontro do patrimônio da empresa investidora com o da empresa investida, através da operação de incorporação, o ágio se transforma em perda de capital e, com isso, desaparece o elemento contábil para a sua amortização.

Assim sendo, cumpre investigar se seria possível considerar como dedutível a amortização de um item do ativo diferido, contabilizado a título de ágio exclusivamente por determinação da regra contida no § 2º, "a", do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97. Para isso, há que se

invocar o comando que consolidou a questão da dedutibilidade em matéria de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, o artigo 13 da Lei nº 9.249/95:

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

(...)

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

(grifei)

Trata-se, assim, de uma vedação de caráter geral, aplicável no caso presente à CSLL, na medida em que não se pode considerar que a amortização do item do ativo diferido, contabilizado como condição de aproveitamento de um benefício fiscal, seja intrinsecamente relacionado com a produção ou comercialização de bens ou serviços.

Destarte, a amortização não seria dedutível da base de cálculo da CSLL mesmo que o ágio fosse considerado válido e dedutível para fins do IRPJ.

Com a prevalência desse entendimento sobre o voto do relator, impõe-se enfrentar as questões relacionadas às seguintes matérias que haviam sido afastadas: multa qualificada, multa isolada e juros sobre multa.

No que concerne às multas qualificadas, há que se recordar que a hipótese de qualificação da multa aplicada está contida no artigo 44, I, e seu § 1º, da Lei nº 9.430/96¹, *verbis*:

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

¹ A redação original desse dispositivo, abaixo transcrita, apesar de um pouco distinta, não altera o entendimento pronunciado na sequência.

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

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

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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."

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

(...)

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

Por sua vez, os referidos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 são os que abaixo se reproduz:

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Portanto, a qualificação (duplicação) da multa não decorre de nova infração. Ela surge quando a falta de pagamento ou recolhimento, a falta de declaração ou a declaração inexata estiver associada a uma das condutas típicas definidas como sonegação, fraude ou conluio. Tais condutas supõem a inequívoca constatação de dolo, elemento essencial do tipo, no seu mais puro sentido penal. Nas palavras de Marco Aurélio Greco²:

Se não houve intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e

² Cf. Marco Aurélio Greco ..., p. 253.

certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido - que levava ao enquadramento em regime ou previsão legal tributariamente mais favorável -, *não se trata de caso regulado pelo § 1º do artigo 44, mas de divergência na qualificação jurídica dos fatos*; hipótese completamente distinta da fraude e da sonegação a que se referem os dispositivos para os quais o § 1º remete.

A fraude penal não se confunde com a fraude à lei (ou fraude civil) acima invocada. Nesta última, o contribuinte enquadra sua conduta numa norma, mas vem o Fisco e o faz em outra. É um problema de qualificação jurídica. Por sua vez, a fraude penal, assim como a sonegação, são condutas típicas do direito penal também caracterizadas como crimes contra a ordem tributária (artigos 1º e 2º, I, da Lei nº 8.137/90). Tanto é que o § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 ressalva a aplicação de outras penalidades criminais.

Quanto à sonegação, não há dúvidas. Só se concretiza depois de ocorrido o fato gerador da obrigação tributária. Isso porque sua hipótese prevê uma conduta voltada para impedir ou retardar o “conhecimento”, pelo Fisco, “da ocorrência do fato gerador” ou “das condições pessoais de contribuinte”.

A fraude, por outro lado, suscita mais dúvidas. A redação do artigo 72 da Lei nº 4.502/64 pode ser dividida em duas partes.

Na primeira parte, tem-se as condutas de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. “Impedir ou retardar” é diferente de “não realizar”. Nos casos de planejamentos tributários, o contribuinte julga que sua conduta é alcançada por outro enquadramento legal e não pela hipótese do fato gerador. Como ensina Marco Aurélio Greco, essa parte do dispositivo legal tem sua aplicação restrita às situações em que “tiverem sido realizados atos que, substancialmente, representem o núcleo da definição do fato gerador, de modo que a sua ‘ocorrência’ seja mera etapa subsequente, e quase que inexorável, a introdução pelo contribuinte (ou outrem) de atos ou omissões que não permitam o aperfeiçoamento daquele fato gerador que iria ocorrer”. Afinal, só se impede ou se retarda algo que está em curso³.

Na segunda parte, quando há alusão a excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador, novamente, tem-se condutas que só se concretizam depois que este tenha ocorrido. É que só se pode excluir ou modificar algo que já exista⁴.

O conceito de simulação, por sua vez, pode ser orientado pelo vício de vontade ou pelo vício de causa. São duas situações claramente distintas.

Na simulação por vício de vontade, há o requisito do falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos. As partes declaram algum aspecto que seja falso, portanto, uma vontade aparente ou simulada (simulação absoluta), ou algum aspecto que tem por objeto encobrir outro de natureza diversa, portanto, uma vontade aparente ou simulada que encobre uma vontade real ou dissimulada (simulação relativa ou dissimulação). Trata-se, com efeito, das hipóteses em que se concretizam condutas como a sonegação ou a fraude penais. Estamos fora do campo dos planejamentos tributários propriamente ditos.

³ Cf. Marco Aurélio Greco ..., p. 258.

⁴ Cf. Marco Aurélio Greco ..., p. 259.

Por outro lado, na simulação por vício de causa, situações em que se verificam os planejamentos tributários inoponíveis ao Fisco, inexistem condutas maculadas pelo falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos. As partes deixam às claras as formas jurídicas empregadas.

No presente caso, não se aponta qualquer falseamento ou manipulação de aspectos relevantes nessa situação. Por isso, não posso concordar com a qualificação da conduta nas figuras da sonegação ou da fraude penais. A aquisição de participação societária pela empresa veículo está maculada pelo vício da causa. Mas daí não decorre que houve falsidade material na sua execução. Muito menos que houve conduta concretizada após a ocorrência do fato gerador (sonegação ou segunda parte da fraude) ou conduta concretizada no iter formativo do fato gerador (primeira parte da fraude).

Por tais razões, deve-se afastar a qualificação das multas aplicadas.

Quanto às multas isoladas, prevaleceu o entendimento que rejeita a aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário. Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.

Nesse sentido, pela clareza da argumentação empreendida, peço vênias para reproduzir trecho, conquanto extenso, do voto proferido pela ilustre Conselheira Karem Jureidini Dias no julgamento realizado em 15/08/2012 (*Acórdão nº 9101-01.455*):

A MULTA ISOLADA POR NÃO RECOLHIMENTO DAS ANTECIPAÇÕES

A multa isolada, aplicada por ausência de recolhimento de antecipações, é regulada pelo artigo 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, *verbis*⁵:

“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:

(...)

⁵ Redação Original:

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

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

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

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.”

A norma prevê, portanto, a imposição da referida penalidade quando o contribuinte do IRPJ e da CSLL, sujeito ao Lucro Real Anual, deixar de promover as antecipações devidas em razão da disposição contida no artigo 2º da Lei nº 9.430/96, *verbis*:

“Art.2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.

§1º O imposto a ser pago mensalmente na forma deste artigo será determinado mediante a aplicação, sobre a base de cálculo, da alíquota de quinze por cento.

§2º A parcela da base de cálculo, apurada mensalmente, que exceder a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ficará sujeita à incidência de adicional de imposto de renda à alíquota de dez por cento.

§3º A pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano, exceto nas hipóteses de que tratam os §§1º e 2º do artigo anterior.

§4º Para efeito de determinação do saldo de imposto a pagar ou a ser compensado, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido o valor:

I - dos incentivos fiscais de dedução do imposto, observados os limites e prazos fixados na legislação vigente, bem como o disposto no § 4º do art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995;

II - dos incentivos fiscais de redução e isenção do imposto, calculados com base no lucro da exploração;

III - do imposto de renda pago ou retido na fonte, incidente sobre receitas computadas na determinação do lucro real;

IV - do imposto de renda pago na forma deste artigo.”

A natureza das antecipações, por sua vez, já foi objeto de análise do Superior Tribunal de Justiça, que manifestou entendimento no sentido de considerar que as antecipações se referem ao pagamento de tributo, conforme se depreende dos seguintes julgados:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. CSSL. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. ESTIMATIVA. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE.

1. “É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96” (AgRg no REsp 694278RJ, relator Ministro Humberto Martins, DJ de 3/8/2006).

2. A antecipação do pagamento dos tributos não configura pagamento indevido à Fazenda Pública que justifique a incidência da taxa Selic.

3. Recurso especial improvido.”

(Recurso Especial 529570 / SC Relator Ministro João Otávio de Noronha Segunda Turma Data do Julgamento 19/09/2006 DJ 26.10.2006 p. 277)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO CSSL APURAÇÃO POR ESTIMATIVA PAGAMENTO ANTECIPADO OPÇÃO DO CONTRIBUINTE LEI N. 9430/96.

É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96. Precedentes:

REsp 492.865/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ25.4.2005 e REsp 574347/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 27.9.2004. Agravo regimental improvido.”

(Agravo Regimental No Recurso Especial 2004/01397180 Relator Ministro Humberto Martins Segunda Turma DJ 17.08.2006 p. 341)

Do exposto, infere-se que a multa em questão tem natureza tributária, pois aplicada em razão do descumprimento de obrigação principal, qual seja, falta de pagamento de tributo, ainda que por antecipação prevista em lei.

Debates instalaram-se no âmbito desse Conselho Administrativo sobre a natureza da multa isolada. Inicialmente me filiei à corrente que entendia que a multa isolada não poderia prosperar porque penalizava conduta que não se configurava obrigação principal, tampouco obrigação acessória. Ou seja, mantinha o entendimento de que a multa em questão não se referia a qualquer obrigação prevista no artigo 113 do Código Tributário Nacional, na medida em que penalizava conduta que, a meu ver à época, não podia ser considerada obrigação principal, já que o tributo não estava definitivamente apurado, tampouco poderia ser considerada

obrigação acessória, pois evidentemente não configura uma obrigação de caráter meramente administrativo, uma vez que a relação jurídica prevista na norma primária dispositiva é o “pagamento” de antecipação.

Nada obstante, modifiquei meu entendimento, mormente por concluir que trata-se, em verdade, de multa pelo não pagamento do tributo que deve ser antecipado. Ainda que tenha o contribuinte declarado e recolhido o montante devido de IRPJ e CSLL ao final do exercício, fato é que caberá multa isolada quando o contribuinte não efetua a antecipação deste tributo. Tanto assim que, até a alteração promovida pela Lei nº 11.488/07, o *caput* do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, previa que o cálculo das multas ali estabelecidas seria realizado “sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição”.

Destaco trecho do voto proferido pelo Ilustre Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, no julgamento do Recurso nº 105-139.794, Processo nº 10680.005834/2003-12, Acórdão CSRF/01-05.552, *verbis*:

“Assim, o tributo correspondente e a estimativa a ser paga no curso do ano devem guardar estreita correlação, de modo que a provisão para o pagamento do tributo há de coincidir com valor pago de estimativa ao final do exercício. Eventuais diferenças, a maior ou menor, na confrontação de valores geram pagamento ou devolução do tributo, respectivamente. Assim, por força da própria base de cálculo eleita pelo legislador – totalidade ou diferença de tributo – só há falar em multa isolada quando evidenciada a existência de tributo devido”.

É bem verdade que melhor seria se a penalidade em comento fosse tratada como uma pena aplicada pela postergação do pagamento de imposto ou contribuição, mas existe regra específica para o caso de ausência de pagamento ou pagamento a menor de antecipação devida de IRPJ e CSLL, sobrepondo-se, portanto, à regra da postergação.

Adotada a premissa de que a imputação da multa isolada tem por fundamento norma primária sancionadora, em cuja hipótese está o descumprimento de obrigação principal, então a multa isolada é prevista para as hipóteses de não recolhimento ou recolhimento a menor do tributo na forma antecipada. Entendo que não há como se admitir que o valor da antecipação seja, após o encerramento do ano-calendário, um tributo isolado. A antecipação não é inconstitucional, nem ilegal. Isto porque, como o próprio nome enseja, é mera antecipação de tributo – IRPJ e CSLL – apurado de forma definitiva após o encerramento do ano-calendário, no caso de apuração na forma de lucro real anual.

O disposto no artigo 44, inciso II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96 veicula norma que estabelece a imputação de penalidade isolada pelo não recolhimento de IRPJ e CSLL, de forma antecipada. Dado o fato do não recolhimento do tributo no prazo estipulado para sua antecipação, deve ser imputada a multa isolada.

No conseqüente desta norma resta claro que, como critério pessoal, tem-se de um lado o contribuinte sujeito ao pagamento da antecipação, de outro a União como sujeito ativo. Como critério quantitativo tem-se o percentual atual de 50% do tributo devido e não pago. Utiliza-se o termo tributo porque a sanção é aplicada sobre o descumprimento de obrigação principal.

Neste passo, até o encerramento do ano-calendário o que se tem por tributo devido é o IRPJ e a CSLL, apurados conforme cálculo previsto para antecipação. Já após o encerramento do ano-calendário e apuração do IRPJ e CSLL pelo lucro real, não há como negar que o montante do tributo devido é aquele definitivamente apurado, após as adições, exclusões e compensações previstas em lei.

Considerando que o IRPJ e a CSLL são auferidos ao final do ano-calendário, sendo provisório o montante calculado nas antecipações, conclui-se que:

i) Quando a multa isolada é aplicada durante o ano-calendário, a base é o tributo até então apurado, conforme cálculo das antecipações, já que outro não existe a substituí-lo por definitividade naquele momento.

ii) Quando a multa isolada é imputada após o encerramento do ano-calendário e apuração definitiva do tributo devido, sem dúvida a hipótese de aplicação é a mesma, falta de recolhimento das antecipações, não obstante, sua base de incidência terá por limite o valor do tributo definitivamente apurado.

Nem há que se imaginar que se nega vigência à norma em questão. O que ocorre é a eliminação, pela interpretação, de eventual contrariedade. Ressalte-se que não se trata sequer de contradição, mas de mera e aparente contrariedade. Isto porque, tanto a multa isolada, quanto a multa de ofício têm seu lugar, bem como a multa isolada pode ser aplicada inclusive após o encerramento do ano-calendário, mas, em se tratando de multa de natureza tributária, a base é o tributo que deixou de ser recolhido. Este tributo – IRPJ e CSLL – é aquele apurado conforme cálculo de antecipação até o encerramento do período e é aquele apurado pelo lucro real após o encerramento do período.

Neste ponto, peço vênica para novamente transcrever trecho do voto do brilhante Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, proferido no julgamento do recurso nº 105-139.794, já mencionado anteriormente, *verbis*:

“(...) Vale dizer, após o encerramento do período, o balanço final (de dezembro) é que balizará a pertinência do exigido sob a forma de estimativa, pois esse acumula todos os meses do próprio ano-calendário.

Nesse momento, ocorre juridicamente o fato gerador do tributo e pode-se conhecer o valor devido pelo contribuinte. Se não há tributo devido, tampouco há base de cálculo para se apurar o valor da penalidade.(...)”

Se o lançamento é efetuado antes do fim do exercício – portanto antes dos ajustes / apuração do lucro, base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos – a base para imposição da sanção é aquela devida por antecipação e calculada até aquele momento. Naquele momento, inclusive, não há autorização para constituição de obrigação principal definitiva – tributo – especialmente porque o mesmo ainda não se quantificou definitivamente porque não concluído o fato gerador. Nestes termos dispõe o *caput* do artigo 15 da Instrução Normativa nº 93/97, *verbis*:

“Art. 15. O lançamento de ofício, caso a pessoa jurídica tenha optado pelo pagamento do imposto por estimativa, restringir-se-á à multa de ofício sobre os valores não recolhidos.”

De outra feita, em momento posterior ao encerramento do ano-calendário, já existe quantificação do tributo devido definitivamente pelos ajustes determinados em legislação de regência, então esta é a limitação ao critério quantitativo da imposição de multa isolada.

Vale destacar a lição de Marco Aurélio Greco a respeito do tema, *verbis*:

“(...) mensalmente o que se dá é apenas o pagamento por imposto determinado sobre base de cálculo estimada (art. 2º, caput), mas a materialidade tributada é o lucro real apurado em 31 de dezembro de cada ano (art. 3º do art. 2º). Portanto, imposto e contribuição verdadeiramente devidos, são apenas aqueles apurados ao final do ano. O recolhimento mensal não resulta de outro fato gerador distinto do relativo período de apuração anual; ao contrário, corresponde a mera antecipação provisório de um recolhimento, em contemplação de um fato gerador e uma base de cálculo positiva que se estima venha ou possa vir a ocorrer no final do período. Tanto é provisória e em contemplação de evento futuro que se reputa em formação – e que dele não pode se distanciar – que, mesmo durante o período de apuração, o contribuinte pode suspender o recolhimento se o valor acumulado pago exceder o valor calculado com base no lucro real do período em curso (art. 35 da Lei nº 8.891/95)”. (In: “Multa Agravada em Duplicidade” São Paulo, Revista Dialética de Direito Tributário nº 76, p. 159).

Tampouco é de se questionar esta interpretação com base no fato de que a multa em questão é aplicável até mesmo em casos de apuração de base negativa da CSLL e de prejuízo fiscal no ano-calendário correspondente, conforme dispõe a alínea “b”, do inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96, anteriormente capitulado no § 1º do citado artigo.

O direito, *in casu*, deve ser analisado à luz da relação de coordenação existente entre a norma veiculada pelo artigo 44, inciso II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96 e aquela veiculada pelo artigo 39, parágrafo segundo, da Lei nº 8.383/91, *verbis*:

“Art. 39. As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real poderão optar pelo pagamento, até o último dia útil do mês subsequente, do imposto devido mensalmente, calculado por estimativa, observado o seguinte:

(...)

§ 2º A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto mensal estimado, enquanto balanços ou balancetes mensais demonstrarem que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto calculado com base no lucro real do período em curso.(...)”

Referido dispositivo, conforme é possível constatar, autoriza que o contribuinte interrompa ou reduza os pagamentos devidos por antecipação desde que demonstre, por meio de balancete mensal, que o valor da estimativa anteriormente

paga e, portanto, acumulada no período, excede o valor do tributo apurado com base no lucro ajustado no período em curso.

Assim, a exegese que se extrai dos comandos legais contidos no artigo 44 da Lei nº 9.430/96, mesmo após as alterações inseridas pela Lei nº 11.488/07, é aquela segundo a qual o lançamento da multa isolada pode ser feito em duas hipóteses:

(i) Antes da apuração do tributo devido no balanço do final do ano-calendário, quando a base para a imposição da multa observará um dos seguintes critérios: (i.1) o valor correspondente às antecipações não pagas calculadas a partir da margem setorial (o percentual definido em lei) da receita bruta acumulada; ou (i.2) o valor correspondente às antecipações não pagas calculadas a partir do balanço de redução ou suspensão (neste último caso, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL).

(ii) Após a apuração do tributo devido no balanço do final do ano-calendário, somente se ficar constatado que houve parcela daquele tributo devido que deixou de ser paga na forma de antecipação (quando deveria ter sido paga nesta forma), mas foi paga no ajuste. A base para a imposição da multa corresponderá exatamente ao valor da mencionada parcela. Não se admite, por óbvio, que tal base supere o valor do tributo devido apurado. Assim, há que se verificar se os valores de estimativa a pagar foram deduzidos na apuração anual. Em caso positivo, isto significa que o tributo devido não foi recolhido nem como estimativa nem como resultado do ajuste, portanto, não se trata de cobrar multa isolada, mas, sim, de cobrar o tributo acompanhado da multa proporcional. Em caso negativo, isto significa que o tributo não foi recolhido como estimativa, mas foi recolhido como resultado do ajuste, portanto, é cabível a multa isolada. Contudo, a base para a imposição da multa deverá corresponder ao valor da estimativa não paga que deixou de ser deduzida na apuração anual do imposto devido. Não se admite, também, que essa base supere o valor do imposto devido calculado na apuração anual.

A impossibilidade de lançamento da multa isolada concomitantemente com a multa proporcional é explicada na sequência do voto:

CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA E DA MULTA DE OFÍCIO

Por tudo quanto exposto na interpretação da norma que dispõe sobre a multa isolada em razão do não pagamento, ou pagamento a menor de antecipações, conclui-se que esta é devida e calculada sobre a obrigação principal até então apurada. O mesmo ocorre com a multa de ofício que acompanha o lançamento referente à totalidade ou diferença de tributo que deixou de ser constituído pelo contribuinte, ao final do ano-calendário.

Verifico identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias, pois ambas alcançam o contribuinte – sujeito passivo – e têm por critério material o descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido.

Inevitável, portanto, concluir-se que impor sanção pelo não recolhimento do tributo apurado conforme lançamento de ofício que apura IRPJ e CSLL devidos ao final do ano-calendário e impor sanção pelo não recolhimento ou recolhimento a menor das antecipações devidas, relativamente aos mesmos tributos, é penalizar o

mesmo contribuinte duas vezes por ter deixado de recolher integralmente o tributo devido. Portanto, nestes casos, uma penalidade é excludente da outra.

Se o que prevalece para fins de quantificação da obrigação principal é o valor decorrente da apuração final, consolidada e definitiva do tributo – justamente porque as antecipações são apurações provisórias do mesmo tributo – também assim deve ser em relação a aplicação das penalidades: prevalece a multa aplicada quando o contribuinte não recolhe o tributo devido em conformidade com a apuração definitiva.

Além disso, é inegável que no caso em análise a aplicação da multa isolada é mera penalização de conduta meio de deixar de recolher tributo, uma vez que, por meio do mesmo lançamento, foi constituída, também, multa de ofício pelo não recolhimento de tributo apurado quando da consolidação da obrigação principal devida no exercício e não constituída/recolhida pelo contribuinte.

Neste ponto vale destacar outro trecho do bem elaborado voto proferido pelo Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, em julgamento já referido, realizado nesta mesma Turma, a respeito da matéria ora sob análise, tratando do princípio da consunção da conduta-meio pela conduta-fim, *verbis*:

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

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

Com efeito, o bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. Assim, a interpretação do conflito de normas deve prestigiar a relevância do bem jurídico e não exclusivamente a grandeza da pena cominada, pois o ilícito de passagem não deve ser penalizado de forma mais gravosa que o ilícito principal. É o que os penalistas denominam “princípio da consunção”. (Recurso do Procurador nº 105139.794– Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais – Rel. Marcos Vinícius Neder de Lima – Sessão de 04/12/2006)

Adicionalmente, vale notar que é possível valorar as duas penalidades e estabelecer qual delas deve ser aplicável porque, em casos como o ora analisado, senão em razão da identidade de critérios pessoal e material das duas penalidades, ou por força da impossibilidade de se apenar conduta meio e conduta fim, também

porque a lei que estabelece as referidas multas não determina expressamente que deve haver concomitância.

A lei não estabelece concomitância, não se tratando *in casu* de contradição. E como não há determinação legal de que ambas sejam aplicadas, o que vemos é um caso de aparente contrariedade. Ou seja, há aplicação normativa por exclusão, segundo o que se determina a aplicação de uma ou de outra penalidade, a depender do caso, da valoração do bem maior a ser protegido, e das condutas incorridas pelo contribuinte. Se somente houve falta de recolhimento das antecipações esta é a conduta fim. Se, por outro lado, o contribuinte além de não recolher as antecipações, também deixou de constituir/recolher o tributo devido conforme a apuração definitiva, ocorrida após o encerramento do ano-calendário, então aquela é conduta-meio desta que é a conduta-fim.

Destarte, há concomitância se multas isolada e proporcional forem aplicadas como consequência da não antecipação de parcela do tributo devido que também não foi paga no ajuste. Isso ocorre, por exemplo, quando se verifica uma omissão de receita. A receita excluída no cálculo da estimativa é uma etapa preparatória do não pagamento do tributo devido no balanço final do mesmo ano-calendário. O mesmo fenômeno ocorre quando se efetua uma glosa de despesa que havia sido incluída no cálculo da estimativa apurada em balanço de suspensão ou redução. O impacto que a não antecipação causa na apuração do tributo devido é devidamente penalizado pela multa proporcional.

Observe-se que esse entendimento foi confirmado pela Súmula CARF nº 105, *verbis*:

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

Mesmo que se defenda que esta súmula não se aplica aos fatos geradores posteriores à edição da Medida Provisória nº 351/07, a qual foi convertida na Lei nº 11.488/07, como já ressaltado, o entendimento aqui firmado permanece inabalado com as alterações promovidas pelos referidos estatutos legais.

No caso em apreço, a fiscalização lançou as multas isoladas pelo não pagamento das estimativas recalculadas como decorrência das infrações autuadas. Essas mesmas infrações impactaram a apuração feita pela fiscalização dos tributos devidos no final do ano-calendário. Trata-se, portanto, de concomitância.

Por isso, deve-se afastar também a aplicação das multas isoladas sobre estimativas.

Por fim, **relativamente aos juros sobre multa**, já existe jurisprudência consolidada nesta Casa acerca da questão. Confira-se:

Súmula CARF nº 108: Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Como se sabe, este Colegiado está obrigado a observar os textos de lei e de súmula na conformidade do que preveem os artigos 62 e 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/15:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (grifei)

(...)

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Por conseguinte, não prospera a alegação de que se deve afastar os juros incidentes sobre as multas aplicadas.

Foram essas as razões pelas quais a turma, nas referidas questões, entendeu por divergir do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregório

Declaração de Voto

Gustavo Guimarães da Fonseca

Valho-me desta declaração apenas e tão somente para esclarecer minha posição quanto ao afastamento da exigência de juros sobre multa e, assim, resguardar minha pretensão de permanecer no cargo de Conselheiro, cujo *munus* assumi, honrada e orgulhosamente, e também quanto ao pedido sucessivo concernente à compensação de valores pagos no exterior.

Isto porque, destaque-se, particularmente quanto ao Juros Incidentes sobre a Multa de Ofício, não dei provimento ao Recurso Voluntário por entender correta a tese jurídica do contribuinte neste ponto, valendo frisar que não desconheço o teor da Súmula/CARF de nº 108 e nem tampouco as consequências regimentalmente previstas quanto ao seu afastamento.

Sempre me manifestei pelo cabimento do cômputo do juros sobre a multa de ofício, mesmo antes da edição da predita Súmula.

As razões de minha decisão, neste caso, cingem à coerência entre o que acordei quanto ao mérito e as decorrências de semelhante posicionamento... é que, se dei provimento ao Recurso Voluntário no mérito, lógico, e consentâneo, seria acordar-se pelo afastamento da própria multa de ofício! Se não há crédito (melhor dizendo, se entendo inexistir infração à legislação tributária mormente por entender não ter ocorrido na espécie simulação a justificar a desconsideração dos negócios pactuados), não há multa; se não há multa, não há juros sobre ela incidíveis.

O problema é que este Colegiado vem adotando entendimento majoritário, diga-se, a meu sentir, e com a devida e *maxima venia*, equivocado, de que, superado o mérito, mesmo os Conselheiros que proveram o apelo quanto ao seu objeto principal, estariam instados a se pronunciar sobre os pedidos sucessivos (cuja análise restaria prejudicada acaso providas as razões de insurgência do contribuinte).

Semelhante posição, contudo, revela e, insisto aqui na vênua pedida, revelaria uma inegável incongruência, e até contradição, entre o que decidi e o que estou sendo compelido a analisar. Não me é dado afastar a existência do próprio crédito tributário e, *contrario sensu*, manter a exigência quanto a parte que lhe é acessória ou menor (multa e juros ou o próprio crédito, contudo, em menor proporção).

Vale a minha persistência: em tese, sempre achei cabível a exigência de juros sobre a multa de ofício, mesmo antes da edição da prefalada Súmula 108. Afasto, neste feito, tal cobrança apenas por coerência lógico-sistêmica com o que decidi em relação ao próprio crédito tributário, mesma lógica que me impõe dar provimento ao apelo também quanto a compensação do imposto pago no exterior

Por tais razões que, quanto aos juros sobre multa e a aludida compensação, dou provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca