



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	17459.720060/2023-61
ACÓRDÃO	1202-001.668 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	30 de julho de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A.
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2018

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

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

DECADÊNCIA

Sendo a apuração do tributo anual, mesmo não demonstrada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação e devidamente recolhido os tributos, deve ter início o prazo para a homologação tácito do tributo, de acordo com o art. 150, § 4º do CTN, não sendo considerado decaído o crédito tributário em análise.

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

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

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. REAL INVESTIDORA NO EXTERIOR. DEDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE

Não se admite a dedução de despesa com amortização de ágio quando a real investidora é empresa domiciliada no exterior. Para que a amortização do ágio seja dedutível da base de cálculo do IRPJ, há de se consumir a confusão patrimonial entre a investidora e a investida, fato que não ocorre quando há interposição de empresa veículo na operação societária.

MULTA DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA. NÃO CONCORRÊNCIA.

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

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e a arguição de decadência; e reduzir a multa de ofício ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento). No mérito: i) por maioria de votos, dar provimento ao recurso dos coobrigados para excluí-los do polo passivo da relação jurídico tributária. Vencidos os Conselheiros Mauricio Novaes Ferreira e Roney Sandro Freire Correa que votaram por manter essa responsabilização; ii) por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário da pessoa jurídica atuada. Vencidos os Conselheiros André Luis Ulrich Pinto, Fellipe Honório Rodrigues da Costa e a Conselheira Liana Carine Fernandes de Queiróz que votaram por dar-lhe provimento. Designado o Conselheiro Mauricio Novaes Ferreira para redigir o voto vencedor.

Assinado Digitalmente

Fellipe Honório Rodrigues da Costa – Relator

Assinado Digitalmente

Leonardo de Andrade Couto – Presidente

Assinado Digitalmente

Mauricio Novaes Ferreira – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Mauricio Novaes Ferreira, Andre Luis Ulrich Pinto, Roney Sandro Freire Correa, Fellipe Honorio Rodrigues da Costa, Liana Carine Fernandes de Queiroz, Leonardo de Andrade Couto (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Acórdão 105-012.755 – 2ª TURMA/DRJ05, Sessão de 23 de maio de 2024 que, ao apreciar as impugnações apresentadas, entendeu, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação do contribuinte.

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

Trata-se de impugnação contra auto de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL por amortização indedutível e multas exigidas isoladamente por falta de recolhimento do IRPJ e CSLL sobre base de cálculo estimada, nos seguintes valores:

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$		
IMPOSTO	Cód. Receita Darf 2917	Valor 54.792.248,12
JUROS DE MORA (Calculados até 12/2023)		Valor 19.982.732,88
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		Valor 54.792.248,12
MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE (Passível de Redução)	Cód. Receita Darf 1632	Valor 25.113.113,81
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor 154.680.342,93
Valor por Extensão CENTO E CINQUENTA E QUATRO MILHÕES, SEISCENTOS E OITENTA MIL, TREZENTOS E QUARENTA E DOIS REAIS E NOVENTA E TRÊS CENTAVOS		
DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO em R\$		
CONTRIBUIÇÃO	Cód. Receita Darf 2973	Valor 19.725.209,32
JUROS DE MORA (Calculados até 12/2023)		Valor 7.193.783,83
MULTA PROPORCIONAL (Passível de Redução)		Valor 19.725.209,32
MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE (Passível de Redução)	Cód. Receita Darf 1649	Valor 9.040.729,00
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		Valor 55.684.931,47
Valor por Extensão CINQUENTA E CINCO MILHÕES, SEISCENTOS E OITENTA E QUATRO MIL, NOVECENTOS E TRINTA E UM REAIS E QUARENTA E SETE CENTAVOS		

Foram considerados responsáveis solidários NOTRE DAME INTERMEDICA PARTICIPACOES S.A. e BCBF PARTICIPACOES S.A.

Foram apuradas as seguintes infrações:

IRPJ

AMORTIZAÇÃO. INFRAÇÃO: VALORES NÃO AMORTIZÁVEIS

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

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
02/07/2018	109.584.496,26	100,00
31/12/2018	109.584.496,26	100,00

MULTA OU JUROS ISOLADOS. INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA

Falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução.

Fato Gerador	Multa
31/01/2018	2.283.010,34
28/02/2018	2.283.010,34
31/03/2018	2.283.010,34
30/04/2018	2.283.009,91
31/05/2018	2.283.010,84
30/06/2018	2.283.010,34
31/07/2018	2.283.010,34
31/08/2018	2.283.010,34
30/09/2018	2.283.010,34
31/10/2018	2.283.010,34
30/11/2018	2.283.010,34

CSLL

CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS. INFRAÇÃO: CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS NÃO DEDUTÍVEIS.

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

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
02/07/2018	109.584.496,26	100,00
31/12/2018	109.584.496,26	100,00

MULTA OU JUROS ISOLADOS. INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A BASE ESTIMADA

Falta de pagamento da Contribuição Social incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução.

Fato Gerador	Multa
31/01/2018	821.884,00
28/02/2018	821.884,00
31/03/2018	821.884,00
30/04/2018	821.884,00
31/05/2018	821.884,00
30/06/2018	821.884,00
31/07/2018	821.884,00
31/08/2018	821.884,00
30/09/2018	821.889,00
31/10/2018	821.884,00
30/11/2018	821.884,00

Conforme o Termo de Verificação Fiscal (**TVF**), a fiscalização deu continuidade ao procedimento consubstanciado nos processos nº 16561.720.078/2020-81, 16561.720.080/2020-50 e 16561.720.082/2020-49 e, portanto, tem o mesmo objeto da auditoria anterior, que consiste na verificação da dedutibilidade da amortização de ágio no ano calendário de 2018, decorrente da operação de aquisição das participações societárias nas empresas INTERMÉDICA SISTEMA DE SAÚDE (INTERMÉDICA), INTERODONTO SISTEMA DE SAÚDE ODONTOLÓGICA (INTERODONTO) e NOTRE DAME SEGURADORA (ND SEGURADORA), componentes do GRUPO NOTRE DAME, conforme relatado a seguir.

Informa que, ao menos desde 04/12/2012, os fundos estrangeiros de investimento em participações societárias (private equity), assessorados e administrados pela BAIN CAPITAL PARTNERS, LLC, sediada nos Estados Unidos da América, e suas afiliadas, já demonstravam firme interesse na aquisição do GRUPO NOTRE DAME, haja vista as procurações outorgadas para os advogados da Cescon & Associados poderem realizar em nome delas, aqui no Brasil, diversos atos, tais como: constituição do capital de uma ou mais sociedades limitadas e/ou sociedades anônimas, representação perante as autoridades públicas, instituições financeiras, autoridades tributárias federais brasileiras etc.

A BAIN CAPITAL PARTNERS é uma das entidades do GRUPO BAIN, que é um grupo global gestor de fundos de participações societárias, fundos soberanos, trusts, espólios, instituições de caridade, fundações universitárias, corporações, sociedades em comandita simples e sociedades de responsabilidade limitada ou outras pessoas jurídicas.

Já os fundos estrangeiros de participações societárias são compostos por "(...) centenas de investidores, nenhum dos quais detém o controle ou a capacidade de projetar influência significativa sobre quaisquer dos cotistas não residentes (INR) e, portanto, nenhum indivíduo que detém uma participação indireta em qualquer um dos cotistas não residentes (INR) se qualifica como seu beneficiário final."

A BAIN CAPITAL PARTNERS, LLC planejou uma estrutura que permitisse a reunião dos recursos necessários à aquisição do GRUPO NOTRE DAME, bem assim a menor tributação possível sobre os retornos dos investimentos. Nesse sentido, foram criadas, no exterior as seguintes entidades:

1 - GNDI HOLDINGS I, L.P. - Sociedade em Comandita isenta sediada nas Ilhas Cayman e constituída em 19/03/2014 pela BAIN CAPITAL PARTNERS XI. Seus sócios comanditários, na qualidade de limited partners, são diversos Investidores Qualificados (Accredited Investors) domiciliados no exterior. Detentora de 100% do capital social da HEAL LUXCO 1;

1.1 HEAL LUXCO 1 - Sociedade de Responsabilidade Limitada, constituída em 19/03/2014, com Sede em Luxemburgo;

2 - GNDI HOLDINGS II, L.P. - Sociedade em Comandita isenta sediada nas Ilhas Cayman e constituída em 19/03/2014 pela BAIN CAPITAL PARTNERS XI. Seus sócios comanditários, na qualidade de limited partners, são diversos Investidores Qualificados (Accredited Investors) domiciliados no exterior. Detentora de 100% do capital social da HEAL LUXCO 2;

2.1 HEAL LUXCO 2 - Sociedade de Responsabilidade Limitada, constituída em 19/03/2014, com Sede em Luxemburgo;

3 - GNDI HOLDINGS III, L.P. Sociedade em Comandita isenta sediada nas Ilhas Cayman e constituída em 19/03/2014 pela BAIN CAPITAL PARTNERS XI. Seus sócios comanditários, na qualidade de limited partners, são diversos Investidores Qualificados (Accredited Investors) domiciliados no exterior. Detentora de 100% do capital social da HEAL LUXCO 3;

3.1 HEAL LUXCO 3 - Sociedade de Responsabilidade Limitada, constituída em 19/03/2014, com Sede em Luxemburgo.

No Brasil, os fundos HEAL LUXCO 1, HEAL LUXCO 2 e HEAL LUXCO 3 adquiriram cotas de AIKE II – FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES.

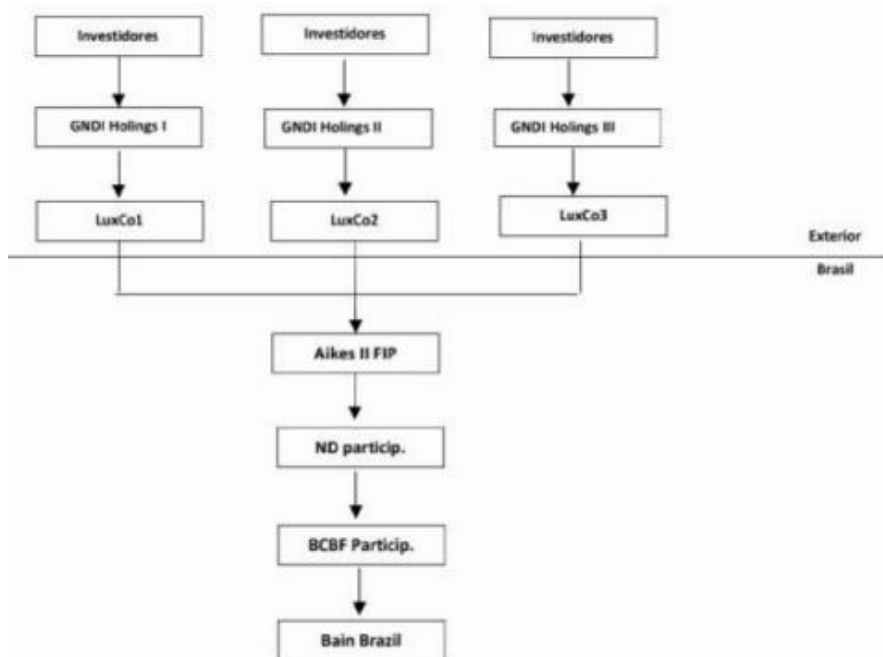
Em 20/03/2014, dois dias antes da assinatura do contrato de compra e venda das participações societárias, ALKES II FIP e Marc Henckel (01 ação), integrante do quadro de diretores do grupo BAIN CAPITAL, assumem o controle da empresa então inativa KENSYA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES (ex BCBH PARTICIPAÇÕES e atual ND PARTICIPAÇÕES).

Ainda nesta data, KENSYA e Marc Henckel (01 ação) adquirem a empresa também inativa TARUM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES (atual BCBF PARTICIPAÇÕES). Ambas as pessoas jurídicas recém controladas tinham capital social subscrito de R\$ 1.000,00, dos quais apenas R\$ 100,00 haviam sido integralizados.

Em 18/01/2013, BAIN CAPITAL PARTNERS, LLC – “BAIN CAPITAL” e BCTR, INC assumiram o controle da pessoa jurídica LAGNIEU PARTICIPAÇÕES LTDA, nomearam novos diretores e alteraram o nome da companhia para BAIN CAPITAL BRAZIL PARTICIPAÇÕES LTDA – “BAIN BRAZIL”. A LAGNIEU PARTICIPAÇÕES LTDA, que apresentava características de empresa de prateleira, fora constituída em

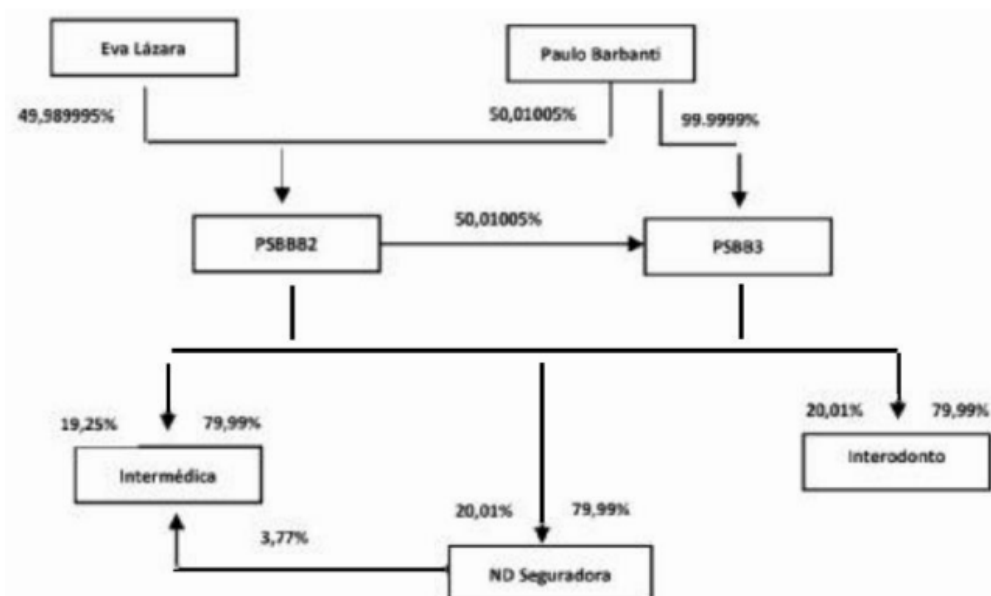
12/07/2011, com capital social não integralizado de R\$ 100,00, pertencente a GENILAC PARTICIPAÇÕES LTDA e GRANDIS PARTICIPAÇÕES LTDA.

Graficamente, a estrutura societária criada pode ser demonstrada da seguinte forma:



No dia 21/03/2014, a BAIN CAPITAL PARTNERS e sua afiliada BCTR retiram-se da BAIN BRAZIL, cedendo suas quotas para a BCBF PARTICIPAÇÕES e Mare Henckel (01 quota).

No dia seguinte, 22/03/2014, foi firmado Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças, por meio do qual BAIN BRAZIL adquire todas as cotas das holdings PSBB2 e PSBB3, pertencentes a PAULO SÉRGIO BARROS BARBANTI e EVA LÁZARA VEIGA BARBANTI, pelo valor, após ajustes, de R\$ 1.385.644.797,00, garantido à compradora o controle das empresas INTERMÉDICA, INTERODONTO e ND SEGURADORA, conforme mostra o organograma do grupo empresarial adquirido vigente antes da negociação:



Parcela majoritária dos recursos necessários para aquisição advieram de investidores sediados no exterior e o restante foi obtido mediante a oferta pública de debêntures, coordenada pelo Banco Bradesco. Dessa forma, os fundos LUXCO 1, LUXCO 2 e LUXCO 3 subscreveram cotas do AIKE II FIP e integralizaram o montante de R\$ 994.923.998,00. A BCBF captou R\$ 396.747.648,03, por meio da emissão dos títulos de crédito. Os recursos, descontadas as despesas inerentes às operações, foram disponibilizados para a BAIN BRAZIL.

A BAIN BRAZIL, em 21/05/2014, em razão do recebimento de R\$ 1.385.744.624,00, via aumento de capital, integralizado com recursos provenientes das operações descritas no item anterior, efetuou o pagamento devido pela aquisição das cotas do GRUPO NOTRE DAME e registrou ágio, fundamentado na rentabilidade futura da adquirida, no montante de R\$ 700.577.948,71. A incorporação das holdings PSBB2 e PSBB3 foi aprovada em 30/09/2014.

Em 30.11.2014, a BAIN BRAZIL passou por operação de cisão, por meio da qual os investimentos na INTERMÉDICA, INTERODONTO e ND SEGURADORA, assim como o ativo diferido correspondente ao ágio gerado na aquisição das holdings foram absorvidos pelas próprias empresas adquiridas. Após a cisão total e absorção do acervo líquido cindido, o ágio passou a ser deduzido na apuração das bases de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido de cada uma das operadoras.

Em 31/03/2015 e 31/03/2016, a INTERMÉDICA incorpora, respectivamente, a ND SEGURADORA e a INTERODONTO.

A despeito de toda a movimentação societária descrita nos itens anteriores, o ágio gerado na aquisição das quotas do GRUPO NOTRE DAME, contabilizado com

fundamento na expectativa dos resultados futuros, não se tornou elegível para ser amortizado, pelas razões a seguir expostas.

Aquisição Efetuada por Controladora. Inocorrência de Confusão Patrimonial.

A escolha de companhia brasileira para conduzir as obrigações decorrentes das aquisições das participações societárias não passa de manobra fraudulenta permeada por simulação, na medida em que aparenta conferir direitos a pessoa diversa daquela que realmente os possuía. A BAIN BRAZIL não detinha poder decisório a respeito da compra das participações societárias, bem como não dispunha dos recursos financeiros necessários ao adimplemento das obrigações que simuladamente assumia.

Como não poderia ser diferente, a celebração do contrato de compra e venda de participação societária formaliza e finaliza todos os atos praticados anteriormente à sua assinatura. A complexidade da transação demanda minuciosa análise de informações técnicas, econômicas, financeiras, contábeis e legais, que exigem a intervenção de empresas e profissionais especializados e, portanto, requer tempo e elevados dispêndios.

A BAIN BRAZIL não participou das negociações, dos estudos e dos respectivos encargos incorridos nessa avaliação; não teve papel na decisão a respeito da compra das empresas brasileiras e não estava destinada a auferir os resultados proporcionados pelos investimentos. Todos os procedimentos atinentes ao processo decisório foram executados pela BAIN CAPITAL no exterior e apenas a formalização contratual foi efetuada no Brasil.

O Sr. DEVIN O'REILLY, funcionário da BAIN CAPITAL, especializado na área de serviços da saúde, atuou como um dos administradores dos fundos de private equity, assim como presidente do Comitê de Investimentos do ALKES II FIP e presidente do Conselho de Administração da ND PARTICIPAÇÕES. Vê-se, pois, que o controle e gerência das operadoras e demais empresas do grupo foi exercido pelas pessoas jurídicas sediadas no exterior.

A BAIN CAPITAL decidiu pelas aquisições, desenhou as configurações societárias, apontando as companhias que iriam figurar como proprietárias, bem assim a forma como seriam disponibilizados os recursos para a compra das participações societárias. Percebe-se que a BAIN BRAZIL foi utilizada como mero canal de passagem dos recursos necessários ao pagamento devido pela real adquirente. Essa manobra, no entanto, não torna o ágio apto para amortização, por lhe faltar requisitos essenciais.

A dedução das despesas resultantes do ágio, no presente caso, serve única e exclusivamente para solapar as bases de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, uma vez que a aquisição da participação societária foi efetuada por pessoa estrangeira.

Até 1997, o ágio pago na aquisição de participação societária era indedutível na apuração do lucro real. A neutralidade da amortização do ágio está prevista no art. 391 do RIR/99, na medida em que estipula que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não serão computadas na determinação do lucro real, salvo quando ocorrer a alienação ou baixa do investimento.

O valor do ágio ou deságio amortizado e que afetava o lucro líquido do período deveria ser adicionado ou excluído para fins de determinação do lucro real. Esse mesmo valor deveria ser controlado na Parte B do Livro de Apuração do Lucro Real - Lalur para futura exclusão ou adição, no momento em que ocorresse a alienação, liquidação, incorporação, fusão ou cisão. É o que consta nos artigos 391, 426 e 430 do RIR/99.

Embora não expressamente previsto no artigo 430 do RIR/99, o ágio pago na aquisição de participação societária em coligada ou controlada deveria ser levado em conta na apuração do ganho ou perda de capital nas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão dos patrimônios da adquirente e da adquirida.

O Parecer Normativo CST nº 51, de 17/09/1979, ao analisar o disposto no mencionado artigo do regulamento do imposto de renda da pessoa jurídica (artigo 34 do Decreto-lei nº 1.598/77), esclarece, em seu item 4.2, quais rubricas devem ser consideradas no cálculo do valor contábil da participação societária, avaliada pelo método de equivalência patrimonial, a ser comparado com o acervo líquido (a diferença entre os valores ativos e passivos recebidos, considerados a preços de mercado), para se chegar ao ganho ou perda de capital:

4.2 - Quando as participações societárias forem avaliadas pelo valor de patrimônio líquido (Lei nº 6.404, de 15.12.76, art. 248), o valor contábil a considerar será aquele definido no art. 33 do Decreto-lei nº 1.598/77, composto da soma algébrica dos elementos a seguir arrolados:

I - Valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - Saldo não amortizado de ágios ou deságios na aquisição da participação com fundamento na letra a do § 2º do art. 20;

III - ágio ou deságio na aquisição do investimento com fundamento nas letras b e c do § 29 do art. 20, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte;

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

Assim, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o valor do ágio pago acabava por ser integralmente baixado, a não ser que a pessoa jurídica optasse pela amortização em até 10 anos.

A constatação do incremento do planejamento fiscal, sobretudo nos casos citados na exposição de motivos referente ao artigo 8º da MP nº 1.602/97, fez com que fossem introduzidos no ordenamento jurídico nacional os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, que passou a permitir, em razão de incorporação, fusão ou cisão, apenas a amortização do ágio pago com fundamento na expectativa de rentabilidade futura da adquirida, em prazo não inferior a 60 meses, vedando-se a baixa integral do ágio na hipótese de ocorrência dos eventos societários antes mencionados.

A nova legislação não criou nenhum benefício fiscal, ao contrário, tentou mitigar a redução tributária advinda da crescente utilização dos eventos de fusão, cisão ou incorporação para a realização do investimento, episódios que eram considerados suficientes para autorizar o aproveitamento integral e instantâneo do ágio, como custo.

A regulamentação dos dois artigos da Lei 9.532/97 encontra-se no artigo 386 do RIR/99, acompanhado do indissociável artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99):

A finalidade da norma legal é clara. O ágio fundamentado na expectativa dos resultados futuros da pessoa jurídica adquirida deve ser amortizado na proporção da realização desses resultados e em consonância com a expectativa desses lucros, fixada na demonstração desse fundamento, muito embora o limite máximo anual previsto na lei deva ser respeitado.

Para que tal ocorra, para que o ágio pago pelos resultados futuros seja amortizado, faz-se necessário que o lucro apurado na pessoa jurídica adquirida seja trazido para dentro da adquirente ou vice-versa, o que é alcançado por incorporação, fusão ou cisão de uma delas e absorção pela outra.

Tanto a literalidade, quanto o objetivo da lei exigem, no tocante ao aspecto material, o encontro de contas entre as inversões efetuados pelos investidores estrangeiros (pessoas que incorreram nos esforços de aquisição das participações societárias com ágio) e os lucros auferidos pelo GRUPO NOTRE DAME (investida), de modo que sejam reunidos os ágios pagos e os lucros apurados em uma mesma entidade.

Quanto ao aspecto pessoal, as absorções patrimoniais abrangendo a BAIN BRASIL e o GRUPO NOTRE DAME igualmente não permitem que se atinjam os efeitos tributários pretendidos, pois não se enquadram nas hipóteses de incidência da norma, que requer que a incorporação envolva os investidores estrangeiros (pessoas investidoras originais) e o GRUPO NOTRE DAME (sociedade investida).

Corolário das asserções precedentes, temos questão de fundo a ser considerada.

Conforme explicitado, anteriormente ao permissivo legal estatuído nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, a neutralidade da amortização do ágio era a regra. A recuperação do valor correspondente ao ágio pago somente se daria na extinção do investimento, quando deveria ser considerado no cálculo do ganho ou perda

de capital. Dito de outra forma, quando da alienação ou da liquidação do investimento, a pessoa que suportara o pagamento do ágio poderia baixar o valor correspondente a título de perda de capital na apuração do imposto de renda.

A interposição de pessoa jurídica que não realizou o efetivo sacrifício patrimonial para a aquisição do investimento implica o registro em duplicidade do sobrepreço pago. O ágio será contabilizado separadamente na pessoa jurídica interposta e pelo total do investimento na real adquirente.

A incorporação da pessoa jurídica intermediária na aquisição pela empresa adquirida não permite que se realize a hipótese legal, na medida em que o investimento que deveria deixar de existir, remanesce no ativo da real compradora, possibilitando sua utilização no cálculo do ganho de capital na hipótese de alienação ou extinção do investimento. Nesse caso, o ágio poderá ser utilizado mais de uma vez para a redução da base de cálculo do imposto de renda: amortizado indevidamente após evento de incorporação, fusão ou cisão, e considerado no cálculo do ganho de capital.

A intenção do legislador ao permitir a dedução da despesa de amortização do ágio oriundo da aquisição de uma participação societária foi possibilitar ao seu real adquirente reaver o capital investido, sem tributá-lo no decorrer de sua integral recuperação. A transferência do ágio a pessoa diversa daquela que efetivamente suportou o seu pagamento obsta a dedutibilidade da despesa como amortização, visto que permanece na real adquirente a possibilidade de recuperá-lo na alienação do investimento.

Assim, a investidora somente pode se aproveitar do ágio contabilizado em um dos seguintes eventos: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao extinguir ou alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade.

Fica evidente que a Lei nº 9.532/97 não é aplicável em relação ao ágio amortizado advindo da aquisição do GRUPO NOTRE DAME, porquanto não cumprida a imprescindível hipótese de confusão patrimonial, que também tornaria impossível a recuperação do ágio na alienação do investimento.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF confirmou em várias oportunidades a impossibilidade de dedução do ágio pago na hipótese de inexistência de confusão patrimonial entre a real investidora e a adquirida.

De maneira que, enquanto forem identificáveis, como pessoas distintas, a investida e a investidora, a confluência, em um mesmo patrimônio, do ágio e do investimento que lhe deu origem (confusão patrimonial) não terá ocorrido.

O desaparecimento de qualquer elo intermediário não tem o condão de propiciar a amortização fiscal do ágio, pelo simples fato de que investimento e investidores permanecem existindo.

Por todo o exposto acima, resta evidenciada a impossibilidade de amortização do ágio na ausência de sacrifício patrimonial da pessoa jurídica que figura como adquirente. Assim, a totalidade do ágio surgido na compra da participação societária no GRUPO NOTRE DAME é indedutível, na medida em que decidida e paga por pessoa sediada no exterior, que é também a beneficiária dos retornos esperados pelos investimentos.

Não se pode fazer uso dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 de forma a promover uma interpretação que não leva em conta o contexto sistêmico da norma, fazendo uso de fatos construídos artificialmente no intuito de alterar a hipótese de incidência.

Isso posto, efetuou o lançamento tributário referente à parcela do ágio indevidamente amortizado pela empresa, no montante de R\$ 219.168.992,52, deduzido no ano calendário de 2018.

Agravamento da Multa de Ofício. Qualificação.

A lei nº 9.430/96 estipula as penalidades resultantes do descumprimento das obrigações tributárias federais. No caso de lançamento de ofício, as multas são calculadas sobre a totalidade ou diferença do tributo. O agravamento da multa, em razão das condutas previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, está fundamentado no artigo 44 da Lei 9.430/96.

Os artigos mencionados da Lei. 4.502/64 conceituam a sonegação (art. 71), a fraude (art. 72), e o conluio (art. 73).

A fraude fiscal é uma conduta, inclusive de simulação ou ocultação, e pressupõe a intenção de causar dano à fazenda pública, num propósito deliberado de escapar, no todo ou em parte, de uma obrigação tributária. Ainda que o conceito de fraude seja amplo, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, perpetrado por meio de subterfúgios, que escamoteia a ocorrência do fato gerador ou que retarda o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária.

Simulação, nas palavras de Ricardo Mariz de Oliveira, é caracterizada pela “divergência entre o ato ou negócio jurídico declarado pelas partes e aquele negócio que realmente ocorre.”, tratando-se de um vício de existência, já que o negócio informado pelas partes não é verdadeiro, tendo intuito de enganar terceiro.

No presente caso, o complexo procedimento envolvendo as tratativas com vistas à aquisição da participação societária, o qual requer avaliação jurídica, econômica, financeira, contábil etc. do negócio e como consequência exige a intervenção de vários profissionais altamente especializados, foi efetuado no exterior e restou concluído mediante a assinatura do acordo de compra e venda por empresa brasileira, embora os reais compradores não estivessem sediados no País.

A BAIN CAPITAL sabia que o registro do investimento na efetiva compradora somente lhe permitiria o aproveitamento fiscal do ágio no momento da alienação da participação societária ou da extinção do investimento no GRUPO NOTRE DAME.

Resolveu, então, adotar conduta simulatória, que consistiu em criar a aparência de que as aquisições se deram por empresa controlada residente no Brasil, de modo a possibilitar a amortização dos ágios, mediante a incorporação dos patrimônios das adquiridas e da INTERMÉDICA.

A análise do conteúdo individual, bem como a do conjunto das operações, conduz a conclusão de que não passam de simulação da realidade, entendida como a ocorrência de ato ou negócio jurídico em que a causa nele manifestada não corresponde ao negócio real. Há clara divergência entre a *intentio facti* e a *intentio juris*, típica da simulação relativa.

Ainda ao longo das negociações referentes à aquisição das participações societárias do GRUPO NOTRE DAME, inicia-se a produção concatenada de uma série de atos simulados. A pessoa jurídica brasileira, embora constituída havia 18 meses, estava, a partir da concretização dos negócios, destinada a não perdurar. Foi utilizada como canal de passagem dos recursos necessários para a aquisição das participações societárias na INTERMÉDICA, na INTERODONTO e na ND SEGURADORA e para dar a necessária aparência de aderência à legislação tributária dos atos que se seguiriam, que exigiam a confusão dos patrimônios da adquirente e da adquirida.

A BAIN BRAZIL, apesar de estar constituída desde o ano de 2011, funcionou como veículo de investimento nessas operações ao receber e repassar os meios pecuniários destinados à aquisição dos ativos, não obstante porventura pudesse existir um propósito relevante que não fosse tributário, suficiente para justificar sua utilização.

Até mesmo uma empresa constituída e operacional há anos pode ser utilizada como veículo em certa operação. Essa particularidade foi bem percebida pelo Conselheiro Claudio de Andrade Camerano, em caso julgado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme ilustra a seguinte passagem:

“Uma empresa funcionará como veículo em certa operação se receber e repassar algo, em geral um ativo, sem que exista um propósito extra tributário suficiente para explicar essa circulação, independentemente de ter duração efêmera ou não, de ser uma sociedade operacional ou não, de em regra cumprir suas obrigações ou não. Vale dizer: até mesmo uma empresa longeva, operacional e que costuma cumprir suas obrigações, pode ser usada como veículo em certa operação se receber e repassar recursos sem propósito extra tributário. Sendo assim, para refutar a acusação de uso de empresa veículo é inócuo comprovar que a referida

empresa teve longa duração, era operacional e em regra cumpria suas obrigações, se, por outro lado, não ficar demonstrado que, em certa operação, havia um propósito extra tributário para ela receber e repassar recursos. “ (Acórdão nº 1401-002.884 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da 1ª Seção do CARF).

Pouco meses depois de adquirida a BAIN BRAZIL, firma-se o contrato de compra e venda de participação societária. Nesse ponto, outro ato simulado. O artigo 167 do código civil de 2002 – Lei 10.406, estipula que:

Art. 167 - É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma:

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pósdatados.

O contrato que formaliza a aquisição de 100% das ações do GRUPO NOTRE DAME confere direitos a pessoa diversa daquela a que realmente se transfere. A BAIN BRAZIL não era a real adquirente e não poderia figurar no contrato como se de fato fosse. Vislumbra-se assim uma conduta perpetrada com o intuito de declarar para terceiros um negócio jurídico aparente, simulado, cujos efeitos não foram os desejados e ajustados pelas partes.

O dolo, neste caso, revela-se pela interposição de pessoa jurídica com o intuito de dissimular o real sujeito da relação jurídica, demonstrando a intenção de ludibriar o fisco, objetivando a redução indevida da base tributária, que não poderia ser alcançada caso o verdadeiro comprador da participação conduzisse a operação em seu próprio nome ou a tivesse atribuído a qualquer outra pessoa situada no exterior. Mesmo que se alegue a existência de propósito negocial para que a obtenção da participação societária na empresa nacional fosse deslocada para companhia do grupo econômico situado no Brasil, essa conduta deveria ser neutra do ponto de vista fiscal.

Não se diga, ainda, que a busca pela amortização do ágio, na forma utilizada pela BAIN CAPITAL, pode ser enquadrada na categoria menos gravosa de erro na interpretação da legislação tributária. Não se pode aceitar a argumento da prática de mera conduta culposa, na medida em que se mantém o investimento registrado no exterior, disponível para aproveitamento fiscal futuro e, ao mesmo

tempo, promove-se a amortização do sobrepreço pago na apuração dos tributos devidos pela adquirida.

Se a utilização da empresa nacional ocorreu por necessidade negocial, a dedução do ágio não poderia ter sido levada a cabo, visto que os reais adquirentes estavam sediados no exterior. Não se afirme que haveria discriminação do capital estrangeiro, pois na hipótese de termos o mesmo desenho societário produzido por pessoa jurídica constituída, sediada e operando no Brasil, o conseqüente seria igualmente o impedimento da amortização e das deduções. **Somente a confusão patrimonial entre adquirente e adquirida torna o sobrepreço pago pela rentabilidade futura amortizável.**

Pode-se concluir que o negócio jurídico, do modo como foi engendrado, fundado em atos que visam dar a aparência de negócios jurídicos legítimos e válidos, mas realizados de forma a retirar os efeitos da causa do negócio aparente, objetivando ilicitamente a obtenção da redução da carga tributária incidente, devem ser qualificados como fraudulentos por simulação, atraindo a incidência da multa qualificada.

Não é demais ressaltar que o Fisco não tem competência legal para invalidar nenhum ato jurídico praticado pelo sujeito passivo, mas tem o dever de declarar, conforme disposto no inciso VII, do artigo 149 do Código Tributário Nacional, que eles são inaceitáveis para fins tributários, não produzindo os efeitos pretendidos, quando dolosamente produzidos, afastando a simulação maliciosa, e requalificando-os, para conferir a eles os efeitos que teriam caso as declarações constantes nos atos formais correspondessem à realidade.

Recolhimento insuficiente de estimativas. Multa isolada.

Cabível na espécie a exigência da multa prevista no inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96. Em virtude da legislação referida, transcrita a seguir, ao optar pela apuração dos lucros com base no lucro real anual, a empresa ficou obrigada a antecipar o pagamento do Imposto de Renda e da Contribuição Social, recolhendo-os mensalmente, por estimativa. A infração consiste no descumprimento da obrigação de recolher, até o último dia útil do mês subsequente àquele a que se referir, o imposto apurado por estimativa.

Importante ressaltar que a multa de ofício, exigida pela falta de recolhimento dos tributos, também lançadas neste procedimento de fiscalização, e a multa isolada pela falta do recolhimento de estimativas mensais desses mesmos tributos, têm suportes fáticos distintos e autônomos, com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes.

A multa de ofício deve ser aplicada pela falta de recolhimento dos tributos incidentes sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador ocorre no final do ano-calendário. A penalidade prevista no inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96 é apurada conforme balancetes elaborados mês a mês ou, ainda,

mediante receita bruta acumulada mensalmente, de sorte que por causa dessa suposta diferença de materialidades, não há que se falar em concomitância de punições.

Esse é o entendimento consolidado em julgamentos no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais- Carf, a exemplo da decisão materializada no Acórdão nº 9101002.962, cuja ementa, na parte que aqui interessa, transcreve.

Com fundamento no acima exposto, assim como na Súmula 104 do Carf, promoveu o lançamento de multa isolada, anexando tabela de cálculo.

Contribuição social sobre o lucro líquido – CSLL Embora nem sempre mencionada, aplicam-se à CSLL as mesmas conclusões esposadas ao longo deste Termo de Constatação em relação ao imposto de renda da pessoa jurídica, consoante o disposto no artigo 57 da Lei nº 8.981/95, verbis:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

Responsabilidade Tributária Solidária da ND PARTICIPAÇÕES e BCBF PARTICIPAÇÕES

Em 21/05/2014, os Fundos de Private Equity, por intermédio da BAIN BRAZIL, concluíram a operação e a liquidação financeira de aquisição do GRUPO NOTRE DAME iniciada em 2013.

Conforme relatado, a operação engendrada para a aquisição do GRUPO NOTRE DAME e posterior transferência dos ágios para a fiscalizada, ND SEGURADORA e INTERODONTO somente foi possível com a aquiescência e a participação direta das controladoras. A BAIN BRAZIL, a BCBF PARTICIPAÇÕES e a ND PARTICIPAÇÕES atuaram no mesmo polo da obrigação tributária, conjuntamente com o objetivo de produzir ganhos tributários indevidos, e essa conduta faz incidir a responsabilidade tributária solidária, nos termos do inciso I, do art. 124 do CTN.

A situação verificada na presente fiscalização, quando se apura a utilização de empresa para a passagem dos recursos necessários a aquisição de participação societária, enquadra-se perfeitamente no disposto no Parecer Normativo Cosit/RFB nº 04/2018:

32. Como ocorrido em outras situações, o presente Parecer Normativo não tem por objetivo relacionar, de forma exaustiva, todas as situações jurídicas que podem ser considerados planejamento tributário abusivo, até por depender da sua conformação e comprovação no caso concreto. Mas

citam-se três situações típicas em que se configura o interesse comum para a responsabilização solidária, as quais podem estar todos presentes num mesmo planejamento: operações estruturadas em sequência, as realizadas com uso de sociedades-veículo e as que têm por objetivo o deslocamento da base tributável. (...)

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

As controladoras da INTERMÉDICA comandaram e implementaram a execução dos atos jurídicos necessários a obtenção dos benefícios tributários indevidos, na medida que os administradores das três empresas eram as mesmas pessoas físicas. As três empresas envolvidas construíram em conjunto a situação prevista em lei que deu origem à obrigação tributária.

Não havia simples participação nos resultados econômicos por parte das controladoras, mas sim a efetiva atuação conjunta entre controladoras e controlada na realização do objetivo final, que residiu no aproveitamento fiscal do ágio.

A imputação da responsabilidade tributária se impõe pela atuação das pessoas jurídicas, na medida em que decidiram a conduta das controladas.

O interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitas da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponible.

Com base nessas considerações, podemos afirmar que as controladoras autorizaram a elaboração de atos jurídicos que resultaram na obtenção de benefícios tributários indevidos tanto para elas, como para a INTERMÉDICA, para a ND SEGURADORA e para a INTERODONTO. Não há dúvidas da existência de relação jurídicas delas com o fato que deu origem à ocorrência do fato gerador.

IMPUGNAÇÕES

A impugnante e as responsáveis solidárias apresentaram impugnações, nas quais alegam, em síntese, que:

IMPUGNAÇÃO DA NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A.

I. TEMPESTIVIDADE

A Requerente teve ciência dos Autos de Infração em 12.12.2023 (terça-feira – fls. 5.075), de forma que a contagem do prazo de 30 dias para apresentação de sua

Impugnação teve início em 13.12.2023 (quarta-feira) e se encerra em 11.1.2024 (quinta-feira).

II. O QUE ESTÁ EM DISCUSSÃO NESTE PROCESSO ADMINISTRATIVO

Os ágios discutidos nesse processo administrativo decorrem da aquisição da PSBB2 – Administração e Participações Ltda. (“PSBB2”) e PSBB3 – Administração e Participações Ltda. (“PSBB3”) – que detinham integralidade da participação da Intermédica Sistema de Saúde S.A. (“NDI Saúde” ou “Requerente”), Interodonto Sistema de Saúde Odontológico Ltda. (“Interodonto”) e Notre Dame Seguradora S.A. (“ND Seguradora”) - pela Bain Capital Brazil Participações Ltda. (“Bain Brazil”).

As DD. Autoridades Fiscais (“Autoridades Fiscais” ou “Fiscalização”) entenderam que os requisitos para que esses ágios pudessem ser aproveitados fiscalmente não foram observados, de modo que as parcelas aproveitadas pela Requerente durante o ano-calendário de 2018 deveriam ser glosadas. Além da exigência de IRPJ e CSL sobre as glosas de ágio, a Autoridade Fiscal também pretende a exigência de multa de ofício qualificada (100%), multa isolada e juros à taxa SELIC.

Em suma, as Autoridades Fiscais glosaram o aproveitamento fiscal do ágio exclusivamente com base nas seguintes alegações principais: (i) a Bain Brazil não seria a “real adquirente” das participações societárias, uma vez que parcela dos recursos utilizados para o pagamento do preço de aquisição das participações societárias teriam sido fornecidos pela Bain Capital Partners LLC (“Bain Capital”) (gestora dos recursos financeiros originalmente aportados pelos investidores não residentes indiretos da Bain Brazil); e (ii) sendo assim, não teria ocorrido a confusão patrimonial entre a suposta real adquirente da participação societária (Bain Capital) e as sociedades adquiridas (PSBB2 e PSBB3).

Dessa forma, exclusivamente com base na origem dos recursos utilizados para o pagamento do preço de aquisição, as Autoridades Fiscais alegam que a Bain Brazil teria sido interposta na estrutura com a única finalidade de permitir o reconhecimento e o aproveitamento fiscal de ágio, sendo mero “canal de passagem dos recursos necessários ao pagamento devido pela real adquirente” (fls. 5.019)

III.1. NULIDADE: ERRO NA QUALIFICAÇÃO DOS FATOS PELAS AUTORIDADES FISCAIS

154. A Recorrente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 4.º, alínea “a” do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

155. A Recorrente informa que tem interesse em realizar sustentação oral perante este E. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS.

As Autoridades Fiscais descreveram fatos que não correspondem à realidade, o que se torna claro a partir da análise de dois pontos distintos.

1º Ponto – A Alegação de que a Bain Capital seria a “Real Adquirente” dos Investimentos.

Isso porque, conforme será melhor detalhado nos tópicos abaixo, (i) a Bain Capital e as entidades do Grupo Bain Capital não realizam investimentos em nome próprio; (ii) a função da Bain Capital na estrutura, na condição de gestora de investimentos em private equity, se resume exclusivamente a assessorar investidores de diversos países na realização de investimentos, organizando estruturas e gerindo patrimônios em seus respectivos nomes e benefícios.

Dessa forma, não é possível afirmar que a Bain Capital ou qualquer entidade do seu grupo econômico seria a “real adquirente” dos investimentos, visto que essas entidades não contribuíram recursos próprios para a realização das aquisições de participações societárias. A bem da verdade, os recursos foram contribuídos por diversos investidores, e não pela Bain Capital, de maneira que a premissa fática adotada pela Fiscalização na análise do presente caso está errada: a Bain Capital não foi a “real adquirente” das participações societárias, tendo apenas atuado como gestora dos recursos aportados por múltiplos investidores.

2º Ponto – Parcela Relevante do Preço de Aquisição foi captada no Mercado Local.

Durante todo o Termo de Verificação Fiscal (“TVF”), as Autoridades Fiscais alegam que a Bain Brazil seria um mero “canal de passagem” utilizado pelos investidores estrangeiros para adquirir as participações societárias com o registro e aproveitamento fiscal de ágio.

No entanto, conforme será detalhado nesta Impugnação, uma parcela significativa dos recursos financeiros necessários para o pagamento do preço de aquisição (R\$ 400.000.000,00) foi captada junto ao mercado local (e não aos investidores estrangeiros), por meio da emissão de debêntures pela BCBF.

Dessa maneira, a Fiscalização comete equívoco ao alegar que a Bain Brazil corresponderia a “canal de passagem” dos recursos financeiros dos investidores estrangeiros empregados para a aquisição dos investimentos na PSBB2 e PSBB3, visto que boa parte dos recursos utilizados nessa transação foram captados no Brasil.

Conclusão. As reais circunstâncias fáticas envolvidas nesse processo administrativo fazem cair por terra as alegações das Autoridades Fiscais. Não há outra alternativa a não ser reconhecer que as afirmações das Autoridades Fiscais cometeram equívocos relevantes na lavratura dos Autos de Infração, de modo que os Autos de Infração não podem ser considerados motivados.

Pelas razões acima, a Requerente requer o reconhecimento da nulidade dos Autos de Infração por erro de fundamentação fática, nos termos do artigo 2º, artigo 50 da Lei nº 9.784/99 e artigo 10, inciso III do Decreto nº 70.235/71, com o conseqüente cancelamento dos créditos tributários e arquivamento desse processo administrativo.

III.2. DECADÊNCIA DA EXIGÊNCIA FISCAL: ÁGIO FORMADO NO ANO DE 2014

Por serem tributos lançados por homologação, o prazo decadencial conferido às Autoridades Fiscais para a constituição do crédito tributário de IRPJ e CSL é de cinco anos, contado da ocorrência do fato gerador, conforme determina o artigo 150, § 4º, do CTN.

Tendo em vista que a operação que gerou o ágio em discussão foi praticada em 2014, os efeitos fiscais relacionados à essa operação não são passíveis de contestação pelas Autoridades Fiscais em 2023. Assim, embora os questionamentos feitos pela Autoridade Fiscal no presente caso versem sobre deduções registradas no período de 2018, não se pode deixar de apontar a ocorrência de perecimento do direito de questionar os efeitos fiscais relacionados com fatos já alcançados pela decadência.

IV. OS FATOS

IV.1. O HISTÓRICO DO GNDI

Discorre sobre o histórico do grupo Notre Dame Intermédica (GNDI).

À época das operações sob discussão, o Grupo GNDI era composto por três sociedades operacionais líderes no mercado de gestão de saúde, seguro odontológico e seguro saúde: (i) a NDI Saúde (ora Requerente); (ii) a ND Seguradora; e (iii) a Interodonto.

Nesse contexto, em razão da sua importância operacional e estratégica no setor de saúde brasileiro, o GNDI passou a atrair o interesse dos investidores não-residentes cujos recursos eram geridos pelo Grupo Bain Capital, que tinham o interesse de investir no mercado de saúde brasileiro, através da aquisição de sociedades com ampla capacidade operacional e substância econômica.

IV.2. O GRUPO BAIN CAPITAL

Discorre sobre o histórico do Grupo Brain Capital.

No que diz respeito ao presente processo administrativo, é importante ressaltar que, ao contrário do que foi alegado pelas Autoridades Fiscais, o Grupo Bain Capital não realiza aquisições utilizando recursos próprios, uma vez que desenvolve a atividade de gestão e consultoria de investimentos de terceiros.

Dessa forma, a atividade desenvolvida pelo Grupo Bain Capital pode ser resumida da seguinte maneira:

- (i) determinados investidores contribuem recursos próprios em fundos e entidades de investimento coletivo estrangeiros;
- (ii) o Grupo Bain Capital realiza a gestão desses recursos, em atendimento aos interesses dos investidores; e
- (iii) após a definição do investimento que será realizado, os recursos financeiros dos fundos (previamente contribuídos pelos investidores) serão centralizados em uma entidade local, que será responsável por tomar dívida adicional para a

captação de mais recursos e por conduzir a aquisição (“compra alavancada” ou “leveraged buyout”).

Assim, pela própria natureza da função desempenhada pelo Grupo Bain Capital, como gestor de investimentos, as entidades deste grupo econômico não realizam investimentos exclusivamente em benefício e em seu nome próprio, mas sim a partir da utilização de recursos de investidores estrangeiros independentes (em regra, investidores institucionais) que contribuem os seus recursos a fundos específicos que serão geridos pelo Grupo Bain Capital para a aquisição de investimentos em diversas jurisdições.

Nesse contexto, fica claro que: (i) as empresas do Grupo Bain Capital (tal como a Bain Capital) não são as efetivas investidoras nas aquisições sob a sua gestão, mas sim entidades que atuam na administração profissional de recursos de terceiros; e (ii) além disso, as entidades do Grupo Bain Capital são especialistas em transações que envolvam compras de investimentos com os recursos dos investidores.

Feitas essas considerações, vale ressaltar que - por meio da aquisição do GNDI -, os investidores estrangeiros cujos recursos eram geridos pelo Grupo Bain Capital tinham como objetivo construir uma presença no setor de saúde do Brasil e da América Latina, combinado com um forte foco operacional e uma rede global de saúde que poderia trazer para os negócios Grupo Notre Dame Intermédica (GNDI) no Brasil.

IV.3. AS OPERAÇÕES SOB DISCUSSÃO

(A) 1º Passo: Captação de Recursos no Exterior

Foram constituídas três entidades nas Ilhas Cayman – GNDI Holding I L.P., GNDI Holding II L.P., GNDI Holding III L.P., (“Fundos GNDI”). Estas entidades foram constituídas com a finalidade de viabilizar a captação de recursos de investidores pulverizados ao redor do mundo, com o objetivo de permitir a obtenção de parcela dos recursos financeiros que seriam necessários para o pagamento do preço de aquisição das empresas GNDI no Brasil.

Nesse contexto, os Fundos GNDI receberam aportes de recursos provenientes de investidores de diversas jurisdições, tal como Irlanda, Estados Unidos, Equador, Hong Kong, Arábia Saudita, Suíça, Canadá, entre outros, conforme detalhadamente descrito na planilha anexa (doc. nº 1).

Ato seguinte, cada um dos Fundos GNDI constituiu uma entidade em Luxemburgo (LuxCo 1 S.a.r.l; LuxCo 2 S.a.r.l, e LuxCo3 S.a.r.l – (“Fundos Lux”), responsável por receber dos Fundos GNDI os recursos captados pelos investidores não relacionados organizados pelo Grupo Bain Capital.

Essa estrutura de captação inicial de recursos pode ser ilustrada da seguinte forma:

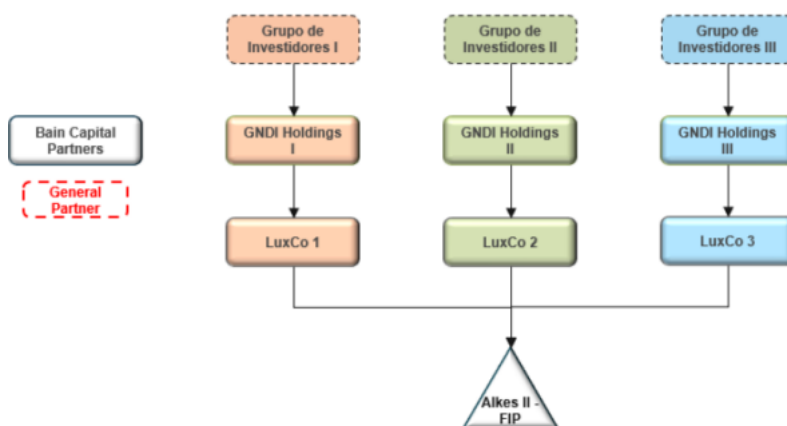


É importante ressaltar que a Bain Capital Partners XI LP (“Bain Partners”) atuou como general partner da operação, ou seja, como gestor dos fundos

(B) 2º Passo: Aquisição do Alkes II – FIP

Os Fundos Lux compraram a integralidade das cotas do Fundo de Investimento em Participação Alkes II (“Alkes II – FIP”) – um Fundo de Investimento em Participações (“FIP”) detido pela administradora de fundos Oliveira Trust. Conforme será detalhado ao longo desta Impugnação, os FIPs são fundos de investimento coletivo regulados pela Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) e destinam-se especificamente à congregação de recursos destinados à aquisição de participação societária em companhias abertas, fechadas ou sociedades limitadas, em fase de desenvolvimento.

Em outras palavras, as cotas do Alkes II – FIP foram adquiridas pelos Fundos Lux para que fosse possível concentrar os recursos originalmente aportados pelos investidores não residentes em uma entidade local de investimentos, regulada por um órgão regulador específico, que permitia o estabelecimento de políticas de governança consistentes e, posteriormente, viabilizaria a aquisição das empresas GNDI no Brasil.

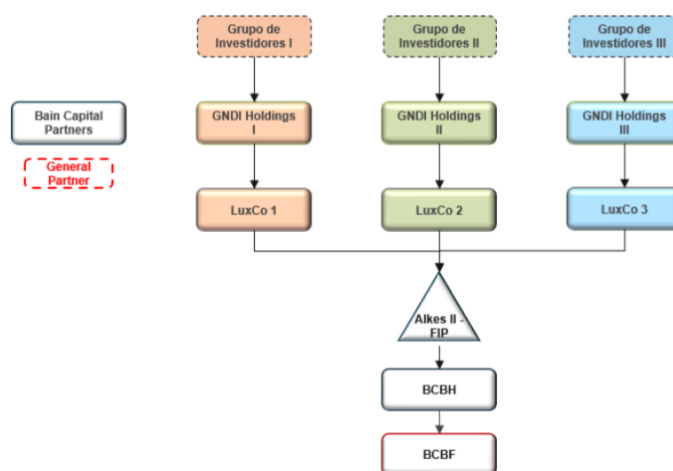


(C) 3º Passo: Alkes II – FIP compra a BCBH e BCBH compra a BCBF

Em 20.3.2014, o Alkes II – FIP adquire as ações da BCBH Participações S.A. (“BCBH” - doc. nº 2), que seria destinada a ser a sociedade holding do grupo responsável por consolidar o investimento nas entidades operacionais a serem

adquiridas e, futuramente, eventualmente ter o seu capital aberto na bolsa de valores brasileira (conforme será mais bem detalhado a seguir).

Ato seguinte, na mesma data, a BCBH comprou a totalidade da participação societária da BCBF Participações S.A. (“BCBF” - doc. nº 3), sociedade holding que seria posteriormente responsável pela captação de recursos complementares para a aquisição no mercado local.



(D) 4º Passo: BCBF adquire as ações da Bain Brazil

Em 21.3.2014, a BCBF adquire as ações da Bain Brazil (doc. nº 4), empresa que se encontrava sob a gestão do Grupo Bain Capital desde 18.1.2013 (doc. nº 5). Inclusive, antes mesmo do início da operação em questão, em 15.5.2013, a Bain Capital Partners e a BCTR, Inc. (“BCTR”), sócios da empresa à época, aumentaram o capital da Bain Brazil em R\$ 623.975,00 (doc. nº 6). Os mesmos sócios aumentaram o capital da Bain Brazil em 4.7.2013, que passou ao valor de R\$ 1.301.275,00 (doc. nº 7).

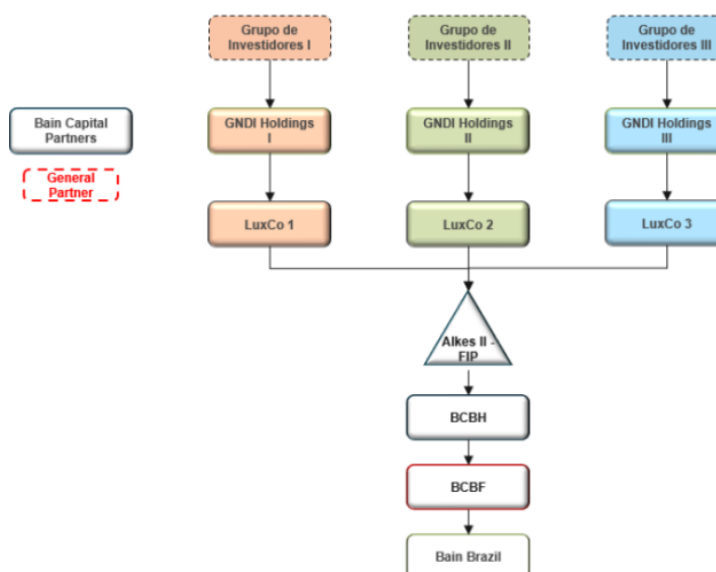
Assim como o Alkes II FIP, a BCBH e a BCBF, também existiam motivos econômicos e empresariais relevantes para a presença da Bain Brazil na estrutura e condução da aquisição por esta sociedade.

Isso porque, conforme será detalhado nos tópicos abaixo, além de ser empresa pertencente ao Grupo Bain Capital antes mesmo das negociações com o GNDI, a Bain Brazil foi a empresa responsável por:

- (i) consolidar todos os recursos necessários à aquisição das sociedades holding GNDI;
- (ii) permitir uma segregação entre a entidade responsável por negociar a captação de recursos com terceiros (BCBF) e a sociedade que assumiria direitos e obrigações previstas no contrato de compra e venda;

(iii) conduzir o complexo processo de pedido de autorização de transferência de controle societário das operadoras de planos de assistência à saúde perante a Agência Nacional de Saúde Suplementar (“ANS”); e

(iv) viabilizar que a captação dos recursos junto às instituições financeiras locais, com o reconhecimento de dívida relacionada à emissão de debêntures, fosse realizada no nível de sociedade distinta daquela que conduziu a aquisição das participações societárias, permitindo a preservação da margem de solvência que a ANS exige das operadoras de planos de assistência privada à saúde (empresas indiretamente adquiridas).

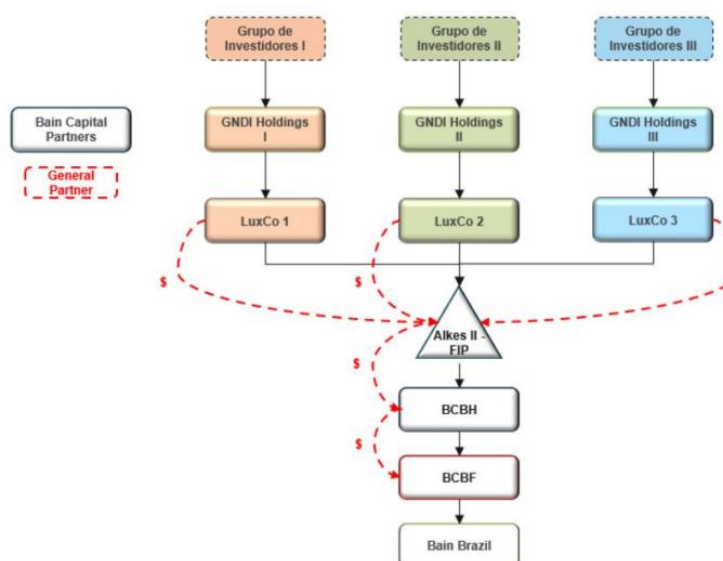


(E) 5º Passo: Capitalização do Alkes II – FIP, da BCBH e da BCBF

Após a formação da estrutura de aquisição do GNDI, os Fundos Lux, que não possuíam nenhuma relação societária entre si, aportaram os recursos financeiros captados junto aos investidores independentes estrangeiros no Alkes II – FIP (fundo de investimento brasileiro).

De acordo com os boletins de subscrição, os aportes de recursos totalizaram o valor de R\$ 994.923.998,00 (doc. nº 8). Em seguida, o Alkes II FIP contribuiu os valores recebidos em aumento de capital da BCBH, entidade holding do grupo (doc. nº 9) em 20.5.2014.

A BCBH, por sua vez, aumentou o capital da BCBF no mesmo valor, contribuindo R\$ 992.872.522,00 em aumento de capital da BCBF (doc. nº 10), em 21.5.2014, conforme ilustrado a seguir:

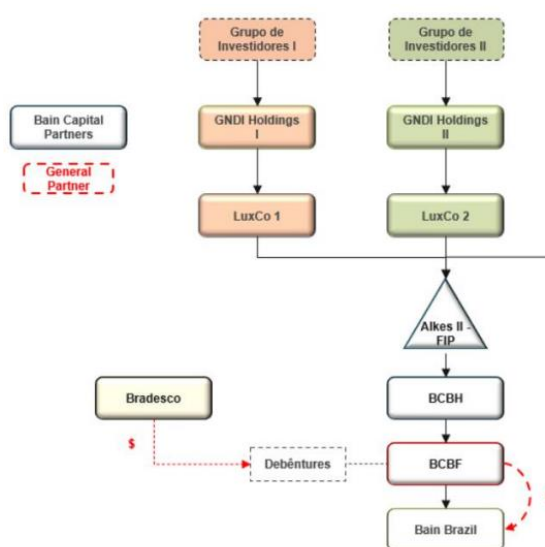


(F) 6º Passo: Emissão de debêntures pela BCBF e contribuições dos recursos captados à Bain Brazil

Em 5.5.2014, a BCBF, entidade constituída especialmente para a obtenção de dívida, emitiu debêntures que foram subscritas pelo Banco Bradesco BBI S.A. ("Bradesco"), nos termos da Instrução CVM nº 476, de 16.1.2009 ("ICVM 476/2009" - doc. nº 11).

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

Em seguida, a BCBF aportou na Bain Brazil: (i) R\$ 985.744.824,00 provenientes de recursos do exterior; e (ii) R\$ 400.000.000,00, provenientes da emissão de debêntures subscritas pelo BBI (doc. nº 12), conforme ilustrado abaixo:



(G) 7º Passo: Aquisição da PSBB2 e PSBB3 (Controladoras da Requerente, Interodonto e ND Seguradora) pela Bain Brazil

Em 22.3.2014, a Bain Brazil celebrou Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças (doc. nº 13) com as pessoas físicas controladoras do GNDI (Sr. Paulo Barbanti e Sra. Eva Barbanti), por meio do qual adquiriu a totalidade da participação societária das holdings PSBB2 e PSBB3, que detinham a integralidade das ações da Requerente, da ND Seguradora e da Interodonto. Foi acordado que o preço-base de aquisição corresponderia a R\$ 1.427.500.000,00, a serem pagos em dinheiro na data de fechamento do negócio, após determinados ajustes.

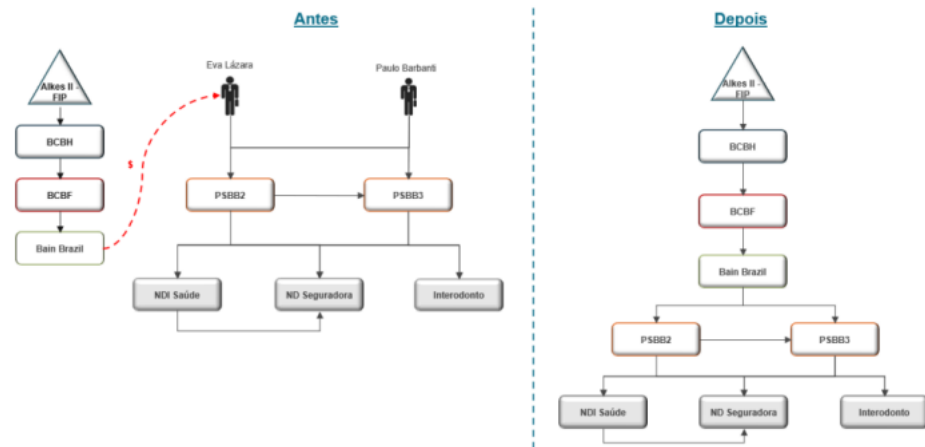
Após a determinação dos ajustes contratualmente previstos e a implementação das condições precedentes ao fechamento do negócio, a Bain Brazil pagou em dinheiro o preço de aquisição, em 21.5.2014 (doc. nº 14).

O preço de aquisição estava devidamente respaldado por laudo de avaliação elaborado por empresa independente e especializada (Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda. – “Deloitte”) em 30.4.2014 (doc. nº 15), sendo que a diferença positiva entre o preço de aquisição e o patrimônio líquido das sociedades adquiridas (ágio) foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura destas entidades, nos termos do artigo 20, parágrafo 2º, alínea “b”, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26.12.1977 (“DL 1.598/77”).

A Requerente destaca que a transferência de controle societário das operadoras de planos de assistência de saúde deve ser analisada e deferida pela ANS, nos exatos termos da Resolução Normativa ANS nº 270 de 10.10.2011 (“RN 270/11”). Assim, a efetiva transferências das ações somente ocorreu após a aprovação da ANS, que ocorreu em 27.3.2014 (doc. nº 16).

No mesmo sentido, seguindo as disposições da legislação concorrencial, a aquisição em questão foi devidamente submetida à análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), que aprovou seus termos integralmente, em 25.4.2014, sem quaisquer restrições, evidenciando se tratar de um negócio jurídico real e legítimo (doc. nº 17).

Dessa forma, em 21.5.2014, a Bain Brazil pagou o preço de aquisição e os Vendedores transferiram as participações societárias da PSBB2 e PSBB3 à sua titularidade, tal como ilustrado abaixo:



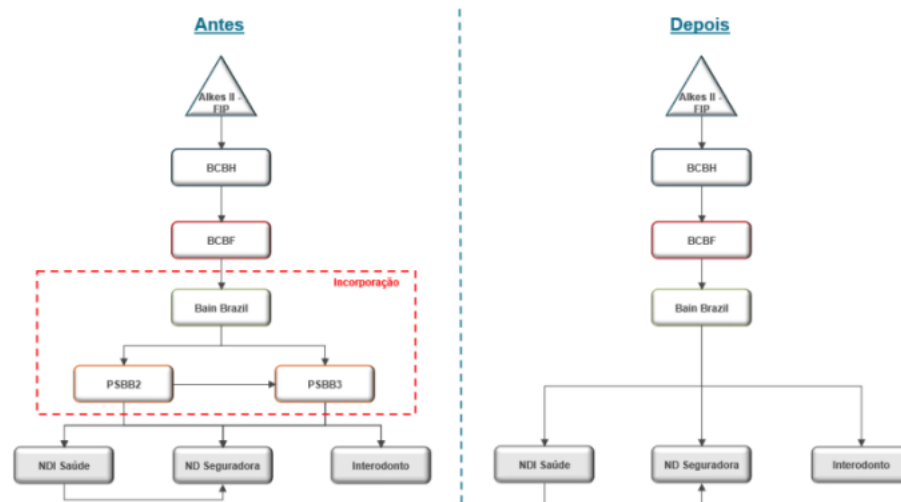
Como consequência da aquisição das participações societárias da PSBB2 e PSBB3, a Bain Brazil passou a ser legalmente obrigada, nos termos do artigo 385 do Decreto nº 3.000, de 26.3.1999 (“RIR/99”) (como base legal o artigo 20 do DL 1.598/77 vigente à época), a avaliar seu investimento na investida segundo o Método da Equivalência Patrimonial (“MEP”), isto é, desdobrando seu valor total em: (i) valor de patrimônio líquido da Requerente; e (ii) ágio ou deságio Seguindo, portanto, a legislação fiscal e societária em vigor à época da aquisição, a Bain Brazil apurou ágio no valor de R\$ 700.577.848,71 (setecentos milhões e quinhentos e setenta e sete mil e oitocentos e quarenta e oito reais e setenta e um centavos).

Ressalte-se que este ágio resultou de uma operação efetiva de compra e venda de participação societária praticada entre partes independentes brasileiras, de forma transparente e em atendimento à todos os requisitos materiais e formais exigidos pela legislação aplicável, com o devido registro nos órgãos aplicáveis, e somente foi reconhecido por conta da rentabilidade esperada dos investimentos adquiridos, com base em suas projeções de fluxo de caixa descontado resultarem em valores significativamente superior ao seu patrimônio líquido à época.

(H) 8º Passo: Incorporação da PSBB2 e PSBB3 pela Bain Brazil

Em 30.9.2014, com o objetivo de simplificar a estrutura societária no Brasil, a PSBB2 e a PSBB3 foram incorporadas pela Bain Brazil (doc. nº 18).

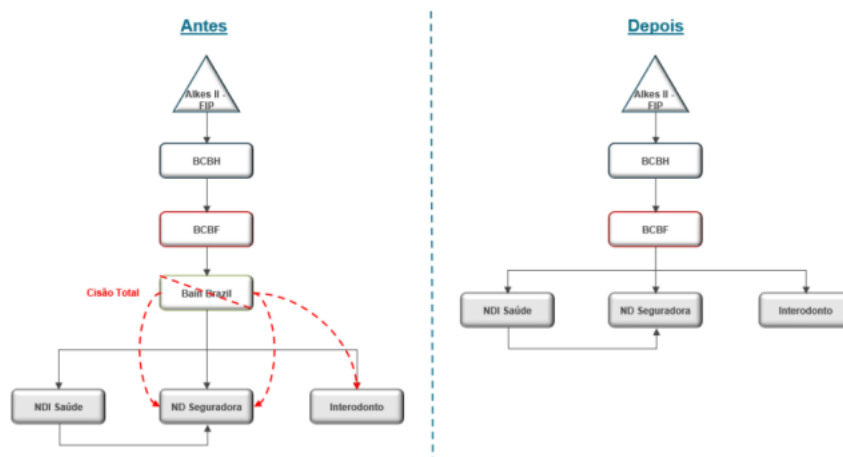
Como consequência, a Bain Brazil passou a deter investimento direto na NDI Saúde, na ND Seguradora e na Interodonto, conforme ilustrado abaixo:



Após a incorporação da PSBB2 e PSBB3 ao patrimônio da Bain Brazil, os ágios foram convertidos em ativo diferido desta sociedade, dedutível para fins fiscais nos exatos termos do artigo 7º, inciso III, e artigo 8º da Lei nº 9.532, de 10.12.1997 (“Lei 9.532/97”), reproduzido no artigo 386, inciso III, do então vigente RIR/99, tendo em vista que esse ágio tinha como justificativa econômica a expectativa de rentabilidade futura das sociedades adquiridas (PSBB2 e PSBB3).

(I) 9º Passo: Cisão Total da Bain Brazil e Incorporação da Parcela Cindida pelas Empresas Operacionais GNDI

Em 26.11.2014, a Bain Brazil foi totalmente cindida e a o seu patrimônio foi incorporado pela Requerente, Interodonto e ND Seguradora (doc. nº 19):



Como consequência, a Requerente, Interodonto e a ND Seguradora passaram a suceder a Bain Brazil em todos os seus direitos e as suas obrigações, nos termos do art. 229, § 1º da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 (“Lei das S.A.”), passando a ter direito ao aproveitamento fiscal do ágio gerado na aquisição da PSBB2 e PSBB3 pela entidade cindida.

Conforme apontado no “Protocolo de Cisão, Justificação e Consequente Incorporação do Acervo Líquido Cindido”, essa operação “tem como objetivo estratégico central simplificar a estrutura societária do grupo econômico ao qual pertencem todas as sociedades, com a consequente redução de custos administrativos e aumento na eficiência administrativa do grupo, com a redução de controles e correspondente burocracia” (doc. nº 19).

Assim, a incorporação da PSBB2 e PSBB3 pela Bain Brazil e posterior cisão total desta entidade consistiu em mera consequência lógica da anterior aquisição da participação societária da PSBB2 e PSBB3, correspondendo à reorganização e simplificação da estrutura societária do grupo econômico após a compra dessas empresas.

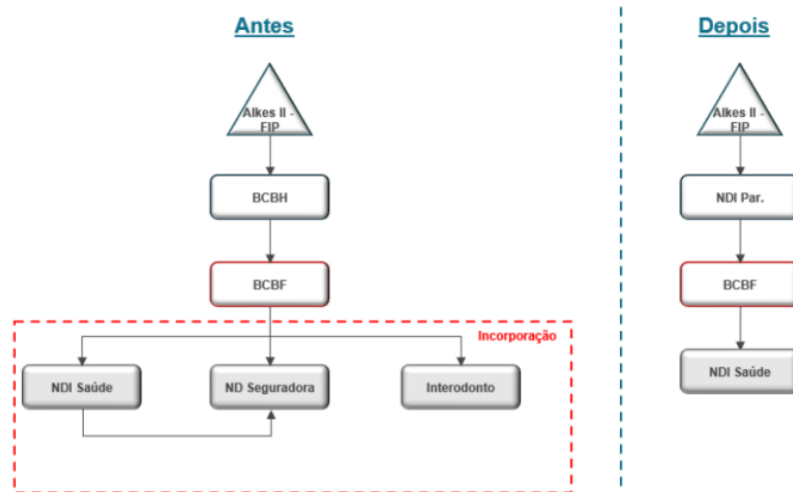
Assim, nota-se que o ágio reconhecido na operação de aquisição da PSBB2 e PSBB3 pela Bain Brazil e, posteriormente, aproveitado para fins fiscais foi:

- i. fruto da aquisição efetuada por uma empresa domiciliada no Brasil, a Bain Brazil;
- ii. efetivamente pago pela Bain Brazil aos Vendedores na data de fechamento do contrato de compra e venda da Requerente (21.5.2014), momento em que foi realizado o desembolso de caixa no valor total de R\$ 1.427.500.000,00;
- iii. fruto de transação efetuada entre partes independentes, com base em valores de mercado; e
- iv. teve como justificativa a expectativa de rentabilidade futura das sociedades adquiridas, baseada em laudo de avaliação, preparado nos termos da legislação fiscal, sem qualquer questionamento técnico por parte da Fiscalização quanto a sua forma.

Por isso, são incabíveis as alegações de que a aquisição da PSBB2 e PSBB3 pela Bain Brazil teria como único propósito econômico a redução do recolhimento de IRPJ e de CSL. Muito pelo contrário, os ágios gerados na transação foram mera decorrência de operação com efetivas razões empresariais e econômicas (ingresso no mercado brasileiro de saúde), praticada entre terceiros e a valores de mercados, em atendimentos às normas tributárias aplicáveis.

(H) 10º Passo: Incorporação da Interodonto e ND Seguradora pela NDI Saúde (Requerente)

Em 31.3.2015 e 31.3.2016, a NDI Saúde (Requerente) incorporou, respectivamente, a ND Seguradora e a Interodonto (doc. nº 20 e doc. nº 21). Posteriormente, em 25.4.2017, a BCBH altera a sua denominação social para Notre Dame Intermédica Participações S.A. (“NDI Par.”) (doc. nº 22), sociedade responsável por exercer o papel de holding do grupo e centralizar das participações societárias das empresas GNDI visando futura realização de Oferta Pública Inicial (“IPO”) de suas ações na bolsa de valores brasileira (B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão – “B3”).



Como se pode notar, todas as operações que deram levaram à aquisição da PSBB2 e PSBB3 e incorporação destas entidades pela Bain Brazil e, posteriormente, à incorporação da ND Seguradora e Interodonto pela Requerente foram respaldadas por razões empresariais e econômicas legítimas, tendo sido efetuadas de forma transparente e em atendimento a todos os requisitos formais e materiais aplicáveis.

Todas as transações foram praticadas por motivos extra-tributários, tendo um substrato negocial e econômico apto a justificar – por si só – cada um dos passos da operação.

Os argumentos suscitados pelas Autoridades Fiscais não devem prosperar, uma vez que: (A) a Bain Brazil foi a real adquirente do investimento, participou da transação em razão de legítimos propósitos negociais e esteve sujeita a efetivo sacrifício econômico; (B) os ágios são legítimos e foram regularmente originados em operações realizadas com terceiros não relacionados; e (C) todos os requisitos previstos em lei para o aproveitamento fiscal de ágio – incluindo a confusão patrimonial entre as sociedades adquirente e adquiridas – foram devidamente cumpridos.

V. O DIREITO: A IMPROCEDÊNCIA DA EXIGÊNCIA FISCAL

V.1. A COLOCAÇÃO DA QUESTÃO

São fatos incontroversos, portanto, além do fato de que a própria Bain Brazil que celebrou o contrato de compra e venda para a aquisição indireta das empresas operacionais GNDI, que todas as operações que deram surgimento ao ágio sob discussão neste processo administrativo:

- (i) foram realizadas entre partes independentes, com efetivo pagamento de preço
- (ii) existia um propósito não tributário que justificou a realização da aquisição pela Bain Brazil;

(iii) foram realizadas de forma transparente e de acordo com a legislação societária e civil aplicável;

(iv) foram autorizadas pelos órgãos reguladores competentes (quando cabível);

(v) foram respaldadas por laudo de avaliação que fundamentou a integralidade dos ágios na rentabilidade esperadas das entidades adquiridas; e

(vi) jamais foram questionadas por qualquer outro órgão regulador competente para tanto (tal como a CVM ou o CADE).

Dessa forma, o ÚNICO ponto sob discussão nestes autos é se o mero fato de os recursos utilizados pela Bain Brazil para adquirir os investimentos terem como origem parcial os aportes de capital efetuados pelos investidores estrangeiros seria o suficiente para deslocar a condição de “real adquirente” das participações societárias à Bain Capital (gestora de private equity) e justificar a glosa das despesas de ágio. Não existe qualquer discussão acerca da validade e legitimidade de todas as operações que foram realizadas e deram surgimento ao ágio sob discussão, nem sobre a efetiva existência e substância econômica da Bain Brazil.

Parte relevante dos recursos financeiros foi obtida por meio de emissão de debêntures subscritas por investidores nacionais)

A Bain Brazil existia tanto no plano formal quanto no plano material, captou recursos de forma regular perante os seus sócios e efetuou as aquisições em nome próprio e no seu próprio interesse.

V.2. A IMPROCEDÊNCIA DOS AUTOS DE INFRAÇÃO

(A.1) A Bain Capital nunca poderia ser considerada como a “real adquirente” dos investimentos.

A Bain Capital e as entidades do Grupo Bain Capital não realizam investimentos em nome próprio. O objetivo das entidades desse grupo (tal como a Bain Capital) é assessorar investidores de diversos países na realização de investimentos, organizando estruturas e gerindo patrimônios em seus respectivos nomes e benefícios.

(i) pela própria natureza das atividades desenvolvidas pelo Grupo Bain Capital, na qualidade de grupo econômico dedicado à atividade de consultoria para investimentos em private equity, a Bain Capital não adquire investimentos em nome próprio e mediante a utilização de recursos próprios, visto que essa entidade atua na gestão de recursos de terceiros – gerenciamento investimentos efetuados por investidores localizados em diferentes jurisdições;

(ii) assim, a Bain Capital não contribuiu recursos a serem utilizados para adquirir participação societária na PSBB2 e PSBB3; e

(iii) os recursos foram contribuídos por diversos investidores, que necessitavam congrega os seus recursos em uma única entidade que realizaria a compra alavancada.

A premissa adotada pela Fiscalização na análise do presente caso está errada: a Bain Capital não foi a adquirente da participação societária.

Ainda que a tese da Fiscalização seja aceita, o erro na qualificação do suposto “real adquirente” da participação societária acaba por impactar a própria análise de mérito deste processo administrativo.

Portanto, a própria análise da natureza das atividades da Bain Capital e do seu grupo econômico deixa clara a necessidade de imediato e integral cancelamento destes Autos de Infração, uma vez que: (i) o Grupo Bain Capital atua tão somente na consultoria de investimentos de private equity, sendo responsável por gerir recursos de terceiros e assessorar a realização de investimentos em nome de terceiros; (ii) os recursos foram originalmente aportados por múltiplos investidores, e não pela Bain Capital – o que demonstra a justificativa de que os recursos fossem congregados entidades estrangeiras; e (iii) ainda que a tese da Fiscalização fosse aceita (o que somente se cogita para fins argumentativos), não pode ser atribuída a condição de real adquirente a uma empresa que não desempenhou nenhuma função relevante na estrutura.

(A.2) A impossibilidade de deslocar a condição de real adquirente para a Bain Capital

O primeiro motivo é que os recursos para aquisição foram também originados em debêntures emitidas pela BCBF no Brasil e subscritas por instituição financeira local. Dessa forma, não é possível afirmar que os recursos para a aquisição são provenientes da Bain Capital ou de qualquer outra entidade domiciliada no exterior.

O segundo motivo é que, ainda que a Fiscalização tivesse alegado que o “real adquirente” dos investimentos foram os investidores não-residentes que originalmente aportaram os recursos na estrutura estrangeira (o que não é o caso), esse fato isolado jamais poderia ser apto a desconsiderar os efeitos tributários das transações legitimamente realizadas pela Bain Brazil, em operações revestidas de amplos e inquestionáveis propósitos negociais, realizadas entre partes independentes, com efetivo de pagamento de preço, e sem qualquer questionamento pelos órgãos reguladores competentes.

As operações realizadas com os recursos recebidos em integralização de capital são realizadas em nome e no interesse da própria pessoa jurídica. A partir dessa data, as operações realizadas com os recursos financeiros não são mais conduzidas em nome ou no interesse dos seus sócios.

A Bain Brazil tinha interesse legítimo em conduzir a aquisição da PSBB2 e PSBB3 e precisava captar parte dos recursos com terceiros (conforme será visto em maiores detalhes ao longo desta Impugnação). Para fins de financiamento de uma empresa com capital de terceiros, é possível a obtenção de um empréstimo junto a uma instituição financeira, a emissão de títulos de dívida ou a emissão de ações que seriam integralizadas pelos sócios da pessoa jurídica. A opção escolhida pela

Bain Brazil para financiar a aquisição foi a obtenção de recursos junto à sua sócia (entidade que emitiu debêntures para a captação de recursos para a aquisição) e que recebeu em contrapartida cotas da Bain Brazil, em operações que atenderam a todas as formalidades exigidas pela legislação societária.

O raciocínio das Autoridades Fiscais acaba por desvirtuar completamente o princípio da autonomia patrimonial e independência das pessoas jurídicas, ao estabelecer que o real adquirente de uma participação societária é o acionista que aportou recursos na pessoa jurídica.

Resta claro que (i) a partir da data do aumento de capital, os recursos aportados deixam de pertencer à investidora e passam a integrar – de forma definitiva – a esfera patrimonial da sociedade investida (Bain Brazil) para todos os fins de Direito; e (ii) assim, toda e qualquer destinação que for dada pela sociedade a esses recursos será feita em seu próprio nome, ao abrigo de sua autonomia patrimonial e de forma independente da sua sócia. Portanto, considerando que após o aporte de capital os recursos passaram a pertencer à esfera patrimonial da Bain Brazil (captado da forma mais tradicional de financiamento de uma pessoa jurídica), esta sociedade que efetivamente arcou com o sacrifício econômico para a aquisição da PSBB2 e PSBB3.

(A.3) A necessidade de observância da personalidade jurídica e autonomia patrimonial da Bain Brazil

De acordo com o artigo 49-A do Código Civil, “A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores”.

O entendimento das Autoridades Fiscais acaba por violar o instituto da personalidade jurídica e autonomia patrimonial entre sócios e sociedades. A legislação civil prevê cenários muito específicos nos quais a autonomia patrimonial e a personalidade jurídica das sociedades podem ser mitigadas ou afastadas.

No caso sob análise, em nenhum momento essas hipóteses legais de desconsideração da personalidade jurídica previstas pelo artigo 50 do Código Civil foram sequer citadas pela Fiscalização nos Autos de Infração.

Desse modo, diante da ausência de qualquer uma das hipóteses que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica da Bain Brazil, não cabe à Fiscalização fazê-lo, ao alegar que aquisições cujo preço de aquisição foi pago por esta entidade, com base em recursos que passaram à sua esfera patrimonial após o recebimento de aportes de capital, não tiveram a Bain Brazil como “real adquirente”.

(A.4) As finalidades econômicas, estratégicas e negociais da Bain Brazil e de cada uma das entidades brasileiras presentes na estrutura de aquisição

(A.4.i) Alkes II - FIP

Discorre sobre os Fundos de Investimento em Participações.

A utilização do Alkes II – FIP na estrutura de aquisição da PSBB2 e PSBB3 é respaldada por motivos empresariais e econômicos legítimos, uma vez que a presença desse fundo de investimento era importante para viabilizar a reunião dos recursos dos diferentes investidores estrangeiros em uma única entidade (regulada) que permitia o estabelecimento de políticas de governança e investimento/desinvestimento consistentes e alinhadas aos interesses dos investidores estrangeiros.

Elenca as vantagens de um investimento em FIP conforme a B3 e CVM.

Dessa maneira, a reunião dos recursos dos Fundos Lux em um FIP (cujo funcionamento depende de prévio registro na CVM, nos termos do art. 3º da ICVM 391/03) permitiu a fixação de uma política de governança consistente e alinhada aos interesses dos investidores.

Portanto, não há dúvidas de que existiam efetivas razões negociais e econômicas justificando a existência do Alkes II – FIP na estrutura de aquisição da PSBB2 e PSBB3, visto que esse fundo de investimento permitiu a concentração dos recursos captados por diferentes investidores não residentes em uma entidade, regulada por um órgão regulador (a CVM), que viabilizou o estabelecimento de políticas estritas e consistentes de governança entre os investidores no nível do fundo, de acordo com os seus interesses e objetivos – para a realização de investimento nas sociedades GNDI, sob a gestão do Grupo Bain Capital.

Resta absolutamente desprovida de coerência jurídica a alegação de que o real adquirente da participação societária seriam as entidades estrangeiras, uma vez que o FIP é entidade legitimamente constituída no Brasil, dotada de direitos e obrigações e que serve ao propósito de congregar recursos de investidores estrangeiros para a realização da aquisição.

(A.4.ii) BCBH (Atual NDI Par.)

A BCBH foi adquirida e introduzida na estrutura da operação com o objetivo de (A) ser a sociedade holding do grupo responsável por centralizar o investimento nas participações societárias das empresas GNDI a serem adquiridas e (B) permitir a futura saída do investidor de private equity, por meio da abertura do seu capital na bolsa de valores brasileira (B3).

Assim, a existência de uma sociedade holding segregada para a concentração dos investimentos nas sociedades pertencentes ao Grupo Notre Dame Intermédica tinha como objetivo a preparação de uma sociedade para futura abertura de capital (IPO) e uma maior expansão das operações brasileiras.

Destaca as vantagens de um IPO segundo a B3.

A BCBH (posteriormente, “NDI Par.”) era importante para concentrar a implementação de todos os atos exigidos pela CVM e pelas normas societárias aplicáveis para a realização de Oferta Pública Inicial de Ações (IPO) na B3.

Ressalta que o processo de abertura de capital envolve diversos agentes diferentes, exigindo o estabelecimento de relações jurídicas pela companhia – com respectivos direitos e obrigações próprios - com múltiplos players do mercado.

Diante desse cenário, em 23.4.2018, o IPO da NDI Par. foi realizado e as suas ações passaram a ser negociadas na B3 (com o ticker “GNDI3”), o que apenas confirma e reforça a substância econômica e negocial que justificou a inclusão da BCBH (que posteriormente teve a sua denominação social alterada para Notre Dame Intermédica Participações S.A. – “NDI Par.”) na estrutura de aquisição sob discussão.

Considerando todo o exposto acima, era natural que fosse adquirida uma sociedade holding específica para atuar como centralizadora dos investimentos e realizar os procedimentos necessários para a abertura de seu capital na B3. A utilização de uma holding para a abertura de capital facilita o processo de captação de recursos, mantendo uma entidade segregada que assume as obrigações perante os reguladores e perante o mercado, como é prática em diversas companhias.

De fato, a BCBH não possuía interesse em tomar dívida (mediante a emissão das debêntures) e desenvolver as atividades operacionais das empresas a serem adquiridas, uma vez que – por ser companhia destinada à futura abertura do seu capital, passando a estar regulada pela CVM – existiria uma maior dificuldade na transformação da BCBH em sociedade operacional.

Isto pois qualquer movimentação envolvendo esta sociedade passaria a exigir aprovação da CVM, o que poderia acabar criando entraves que afetariam negativamente o desenvolvimento de atividades operacionais por essa entidade.

Por esse motivo, resta evidente a existência de legítimos motivos empresariais e econômicos para a BCBH na estrutura de aquisição. Dessa forma, existindo a efetiva intenção e propósito de realização de um IPO, resta demonstrado que a BCBH tinha uma razão para a sua constituição, de forma que é absolutamente descabida a premissa de que entidades estrangeiras são as reais adquirentes das participações societárias.

(A.4.iii) BCBF

A BCBF exerceu função econômica e negocial relevante nas operações que resultaram na aquisição das participações societárias, visto que: (A) concentrou os recursos dos diferentes investidores, originalmente aportados no Alkes II – FIP e, tendo em vista que os recursos captados não foram suficientes para a aquisição da totalidade da participação societária da PSBB2 e PSBB3: e (B) realizou a emissão de debêntures para obter os recursos complementares que eram necessários para a aquisição.

Isso porque os investidores estrangeiros não possuíam todos os recursos necessários para a aquisição da totalidade da participação societária das

entidades GNDI e, por esse motivo, foi necessária a emissão de dívida para a captação dos demais recursos exigidos. Esta modalidade de operação é denominada Leveraged Buyout e tem como principal característica, justamente, a alavancagem por meio do uso de recursos captados através da emissão de dívida.

Trata-se de operação amplamente praticada no mercado de capitais, citando doutrina.

Essa modalidade de aquisição tem como princípio econômico a utilização de recursos oriundos da própria sociedade adquirida para quitação de dívida captada na sua aquisição. Em uma compra alavancada, os adquirentes aumentam o seu potencial de compra, tendo em vista que nem todos os recursos precisam ser próprios no momento da aquisição.

No entanto, não era possível a captação de dívida pelas outras entidades já existentes na estrutura:

Alkes II – FIP: o artigo 35, inciso II, da Instrução CVM 391/03 (vigente à época), estabelecia que os fundos de investimentos estavam impedidos de obterem empréstimos – ou qualquer outra forma de endividamento –, para qualquer fim.

BCBH: considerando o objetivo de abertura do capital da BCBH na bolsa de valores brasileira (B3), o Grupo Bain Capital (responsável por gerir os recursos financeiros dos investidores estrangeiros) não pretendia alocar dívidas à sociedade que futuramente teria as suas ações vendidas na B3.

Especificamente com relação às razões pelas quais a emissão das debêntures não foi realizada pela sociedade adquirente das participações societárias (Bain Brazil), é importante destacar que existiam motivos regulatórios que obstavam a captação de recursos adicionais pela entidade responsável por adquirir as empresas operacionais GNDI.

A RN ANS 209/09 previa que as operadoras de planos privados de assistência à saúde (tal como a Requerente) estavam obrigadas a observar determinados critérios de margem de solvência.

As operadoras de planos privados de assistência à saúde estavam sujeitas a regras específicas previstas pelo seu órgão regulador (ANS) acerca do valor mínimo do seu patrimônio líquido e de sua margem de solvência, que limitavam a sua capacidade de endividamento.

Por esse motivo, surgiu a necessidade de uma entidade isolada e segregada daquela responsável por conduzir a aquisição (Bain Brazil) emitir as debêntures para a captação dos recursos adicionais para o pagamento do preço.

A BCBF tinha como sua principal finalidade comercial viabilizar a captação de recursos por meio da emissão de debêntures. Trata-se de condição de existência da operação, que não poderia ser desempenhada por nenhuma outra sociedade envolvida e que, por si só, já representa fundamento para a existência da BCBF no contexto da aquisição.

Nesse sentido, a impossibilidade de afirmar-se que a estrutura foi implementada com motivos tributários se torna ainda mais clara ao notar-se que a captação de recursos via emissão de debêntures pela BCBF não era a estrutura mais eficiente do ponto de vista fiscal, eis que:

(i) a BCBF era sociedade holding sem atividades operacionais próprias e, conseqüentemente, que não gerava receitas tributárias relevantes;

(ii) desse modo, as despesas incorridas por essa entidade com a remuneração das debêntures emitidas a terceiros apenas geraram contínuos prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSL no nível desta entidade, visto que não existiam receitas tributárias em montante suficiente para compensar contra a dedutibilidade das despesas de juros relativas às debêntures;

(iii) como se sabe, a compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas estão limitadas ao montante de 30% do lucro tributável do exercício em que se realize a compensação, nos termos dos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.065, de 20.6.1995 (“Lei 9.065/95”); e

(iv) de qualquer forma, além da ineficiência do limite de compensação mencionado acima, fato é que a BCBF não reconhecia receitas tributáveis em montantes significativos, de modo que existia uma dificuldade para obter-se a apuração de lucro tributável apto à compensação contra o prejuízo fiscal citado acima e, na prática, esses saldos de prejuízo apenas foram majorados ao longo do tempo.

Dessa maneira, caso a operação tivesse sido estruturada exclusivamente com fins tributários, o ideal seria que (1) a captação dos recursos mediante a emissão das debêntures fosse efetuada pela própria sociedade adquirente e (2) após a aquisição, a sociedade adquirida operacional fosse incorporada pela entidade adquirente que tomou a dívida, visto que essa estrutura permitiria a dedução das despesas de juros contra as receitas tributáveis auferidas na exploração das atividades operacionais da empresa adquirida. Contudo, não foi essa a estrutura delineada para a transação sob discussão, visto que o objetivo nunca foi a redução da carga tributária do grupo, mas sim a realização de aquisição através de uma estrutura com efetivas motivações econômicas e empresariais, que não afetasse a margem de solvência das empresas adquiridas.

Assim, a BCBF atendeu perfeitamente as necessidades negociais e econômicas da transação, não tendo sido interposta com fins unicamente tributários, de forma que é absolutamente descabida a alegação de que o real adquirente da participação societária está domiciliado no exterior.

(A.4.iv) Bain Brazil

A aquisição se deu pela Bain Brazil em razão de três motivos principais:

Primeiro Motivo: Necessidade de a aquisição ser realizada por pessoa jurídica distinta daquela que emitiu as debêntures para preservar a margem de solvência exigida das operadoras.

Segundo Motivo: Manutenção de direitos e obrigações no patrimônio de entidade distinta daquela que emitiu as debêntures.

A estrutura da transação também foi delineada com o objetivo de possibilitar a transferência dos direitos e obrigações decorrentes do contrato de compra e venda para o patrimônio de sociedade distinta daquela responsável por captar recursos de terceiros mediante a emissão de debêntures.

A estrutura da transação foi delineada com o objetivo de segregar a pessoa jurídica responsável por captar os recursos adicionais de terceiros (BCBF) das obrigações da compradora previstas pelo contrato de compra e venda, com a finalidade de evitar a redução atratividade das debêntures emitidas pela BCBF e facilitar a negociação de boas condições para essa dívida que seria tomada por esta entidade, que não seria contaminada por eventuais obrigações relacionadas à aquisição das participações societárias.

A estrutura de aquisição por meio da Bain Brazil também possibilitou a melhor alocação dos direitos e das obrigações previstas pelo contrato de compra e venda e a negociação de melhores condições para a dívida que seria tomada na captação dos recursos complementares necessários para a aquisição dos investimentos.

Terceiro Motivo: Condução do Processo de Autorização Perante a ANS A Bain Brazil também desempenhou a importante função de conduzir o processo de autorização da operação perante a ANS, tendo sido a sociedade responsável por apresentar uma série de documentos e esclarecimentos exigidos por esse órgão regulador, imprescindíveis para que fosse possível concluir a transação.

Por esses motivos, resta evidente que (A) a aquisição pela Bain Brazil foi realizada em decorrência de efetivos propósitos econômicos e negociais, bem como (B) era essa entidade que tinha a aptidão e o interesse de realizar a aquisição da PSBB2 e PSBB3, sendo a real adquirente das participações societárias.

Tendo isso em vista, a própria Fiscalização reconhece que existia propósito relevante não tributário para que a aquisição fosse realizada pela Bain Brazil: “A BAIN BRAZIL, apesar de estar constituída desde o ano de 2011, funcionou como veículo de investimento nessas operações ao receber e repassar os meios pecuniários destinados à aquisição dos ativos, não obstante porventura pudesse existir um propósito relevante que não fosse tributário, suficiente para justificar sua utilização” (fls. 5.032 – não destacado no original).

A Bain Brazil desempenhou importantes funções econômicas, estratégicas e negociais nas operações que deram surgimento ao ágio, existindo efetivas motivações econômicas para que a aquisição dos investimentos fosse realizada por essa sociedade.

Todas as empresas presentes na estrutura de aquisição da PSBB2 e PSBB3 tiveram legítimas motivações econômicas e empresariais para sua existência, sendo impossível afirmar que o real adquirente é entidade domiciliada no exterior.

(A.5) O recente entendimento do STJ sobre o tema

A Decisão. Recentemente, em sessão de julgamento realizada em 5.9.2023, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) julgou, sob relatoria do Ministro Gurgel de Faria, o REsp 2.026.473/SC (“Caso Cremer”), no qual se discutiu a dedutibilidade de despesas de ágio, nos termos da Lei 9.532/97.

Esse foi o primeiro processo julgado no mérito pelo Tribunal em relação ao tema – alguns outros precedentes anteriores que haviam sido levados à Corte foram rejeitados por se pautarem em revisão de fatos e de provas.

Destaca que a glosa de despesas foi afastada pelo STJ por unanimidade de votos - confirmando, assim, tanto a sentença favorável, quanto o acórdão anteriormente proferido pelo E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (“TRF4”).

Discorre sobre a referida decisão.

Nesse cenário, ainda que fosse possível equiparar a Bain Brazil a “empresa-veículo” (o que apenas se admite para fins argumentativos), não caberia a glosa das despesas de ágio. Isso porque, conforme reconhecido pelo STJ no Caso Cremer:

- (i) atualmente, não existe nenhuma vedação ao reconhecimento e aproveitamento fiscal de ágio pelas chamadas “empresas-veículo”;
- (ii) existem razões negociais, estratégicas, econômicas e operacionais para a condução de aquisição de participação societária por uma “empresa-veículo”;
- (iii) não cabe às Autoridades Fiscais simplesmente desconsiderar o aproveitamento fiscal de ágio sem demonstrar que as operações que deram surgimento ao ágio e ao seu aproveitamento são artificiais (ônus do Fisco);
- (iv) quando a investidora é estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de empresa brasileira para conduzir a operação, não cabendo adotar a presunção absoluta de que todas as operações com essas características não poderiam gerar um ágio amortizável para fins fiscais, visto que existem razões negociais e econômicas para a realização da transação dessa forma (por meio da empresa brasileira) (i.e. viabilização da dedução do ágio, negociação com base na moeda local, facilitar as operações locais, etc.); e
- (v) para fins de autorização do aproveitamento fiscal do ágio, cabe tão somente o cumprimento dos requisitos previstos pela legislação aplicável – que em nenhum momento vedam à utilização de “empresa-veículo”.

Desse modo, resta claro que, caso o entendimento do STJ fosse adotado ao caso sob discussão, a autuação seria integralmente cancelada.

(A.6) A jurisprudência acerca da legitimidade de constituição de sociedade no Brasil para a captação de recursos no mercado local

O E. CARF já apreciou em diversas oportunidades a realização de operação de compra alavancada e tem decidido que (i) a centralização de recursos de diversos investidores; e (ii) a viabilização de captação de recursos por meio de endividamento representa razão econômica extrafiscal que justifica a presença de sociedade holding brasileira na estrutura da aquisição.

Cita jurisprudência.

Considera que o posicionamento atual E.do CARF é no sentido de que, no caso de constituição de sociedade no Brasil para a captação de recursos no mercado local, resta demonstrada a existência de propósitos negociais e econômicos para a estrutura de aquisição adotada pelo contribuinte, não cabendo o deslocamento da condição de “real adquirente” aos investidores estrangeiros.

Sendo assim, como no caso sob análise houve a captação de recursos no mercado local para o financiamento de parcela significativa do preço de aquisição, os investidores estrangeiros não podem ser considerados como os “reais adquirentes” das participações societária.

(A.7) A jurisprudência sobre a tese do “real adquirente”

A jurisprudência recente da C. CSRF aponta que o fluxo de recursos dentro do grupo adquirente é irrelevante para a definição de quem vem a ser o real adquirente.

Toda a digressão pretendida pela Fiscalização a respeito do conceito de “real adquirente” e da disponibilização de recursos pelos controladores da Bain Brazil é completamente irrelevante para a presente discussão. Trata-se de acusação desprovida de qualquer respaldo legal, e que pela mesma razão deve ser prontamente afastada.

(B) Segunda Razão: a inexistência de requisito de observância da origem dos recursos utilizados para o pagamento do preço e o atendimento de todos os requisitos legais para a dedução do ágio.

Conforme mencionado, nos termos do artigo 20 do DL 1.598/77 e dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97 vigentes à época dos fatos, a dedutibilidade de ágio estava condicionada à observância exclusiva de quatro requisitos:

(i) Primeiro Requisito: aquisição de participação societária com pagamento de ágio;

(ii) Segundo Requisito: avaliação do investimento pelo MEP, nos termos do artigo 248 da Lei das S.A.;

(iii) Terceiro Requisito: fundamentação do ágio na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida; e

(iv) Quarto Requisito: incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade adquirente e a sociedade adquirida (ou vice-versa).

Em nenhum momento a legislação tributária faz qualquer distinção quanto à origem dos recursos utilizados na aquisição e à sociedade responsável por - na condição de acionista - financiar o pagamento do preço de aquisição.

Não havia qualquer dispositivo legal estabelecendo que, para fins de aproveitamento fiscal de ágio, somente seria considerada como sociedade adquirente do investimento e com direito ao aproveitamento fiscal do ágio a entidade da qual originaram os recursos financeiros utilizados para o pagamento do preço de aquisição.

Desse modo, nos termos das normas tributárias aplicáveis, (i) a sociedade que adquire a participação societária e registra o investimento na sua contabilidade (pelo MEP) que deveria desdobrar o custo de aquisição em patrimônio líquido e ágio (se for o caso); e (ii) a entidade que possui direito ao aproveitamento fiscal de ágio, após o evento de confusão patrimonial, é aquela que absorver o patrimônio da sociedade na qual detém participação societária adquirida com ágio (ou vice-versa).

Os dispositivos legais responsáveis preveem que o registro e o aproveitamento fiscal do ágio devem ser realizados pela pessoa jurídica que detém o investimento (e não por aquela que originalmente aportou os recursos utilizados pela empresa que adquiriu o investimento e se tornou acionista da empresa adquirida).

Na ausência de restrição legal apta a embasar o entendimento da Fiscalização, deve-se considerar que a sociedade que possui direito ao reconhecimento e aproveitamento fiscal do ágio é aquela que: (A) participou diretamente da operação de aquisição da participação societária; (B) pagou o preço de aquisição e recebeu a participação societária em contrapartida; e

(C) registrou esse investimento em sua contabilidade (conforme o MEP). E esse é exatamente o caso da Bain Brazil (e não da Bain Capital ou seus investidores estrangeiros).

Assim, no presente caso, todos os requisitos previstos pela legislação tributária para o aproveitamento fiscal do ágio foram atendidos, conforme demonstrado na tabela abaixo:

Requisito	Atos Praticados
Aquisição de investimento com o pagamento de ágio	A Bain Brazil adquiriu participação societária na PSBB2 e PSBB3, em transação com partes independentes e com efetivo pagamento de "sobre-preço" (ágio)
Registro do investimento pelo método da equivalência patrimonial	O investimento foi avaliado pelo MEP.
O ágio deve estar fundamentado na expectativa de rentabilidade futura	O ágio foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura das empresas adquiridas, conforme amparado por laudo de avaliação elaborado por empresa independente e especializada - o qual em nenhum momento foi questionado pelas Autoridades Fiscais
Deve ocorrer a incorporação entre a sociedade adquirida e adquirente, ou vice-versa	Houve (i) a incorporação da PSBB2 e PSBB3 pela Bain Brazil; e (ii) posteriormente, a cisão total da Bain Brazil, com a incorporação das parcelas cindidas pela Requerente, ND Seguradora e Interodonto.

Sendo assim, é forçoso concluir que: (i) a legislação tributária não prevê que somente a pessoa jurídica da qual originaram os recursos utilizados para o pagamento do preço poderá ser considerada como a "real adquirente" do investimento para fins de reconhecimento e aproveitamento fiscal de ágio; (ii) não existe nenhum requisito previsto na Lei 9.532/97 para o aproveitamento fiscal do ágio que não tenha sido plenamente atendido pela Bain Brazil (e a Requerente, na qualidade de sucessora da Bain Brazil); e (iii) tampouco existe qualquer vício que descaracterize os eventos societários descritos pela Requerente, os quais jamais foram questionados pela Fiscalização ou por qualquer órgão regulador competente.

(C) Terceira Razão: A impossibilidade de descon sideração da Bain Brazil A existência e validade da Bain Brazil é inquestionável, porquanto seus atos constitutivos foram regularmente inscritos no respectivo registro de sociedades no ano de 2011 (doc. nº 4).

Discorre sobre o artigo 109 do CTN e considera que, se o direito privado determina que o adquirente de determinada participação societária é a Bain Brazil, não pode a Autoridade Fiscal arbitrariamente deslocar a condição de adquirente a outra entidade.

Ainda sob a perspectiva do direito privado, vale destacar que decaiu o direito de qualquer autoridade questionar a validade da constituição da Bain Brazil, de forma que a sua personalidade jurídica e autonomia patrimonial não pode ser descon siderada.

Conforme prevê o parágrafo único do artigo 45 do Código Civil, se existisse qualquer vício na constituição ou nas operações da Bain Brazil, o prazo para anular a sua constituição decaiu em 3 anos após a sua constituição – o que ocorreu no ano de 2014.

Depois de regularmente constituída e decaído o direito da sua anulação, a existência e a personalidade jurídica da Bain Brazil devem ser respeitadas para todos os fins de direito. A personalidade da Bain Brazil apenas poderia ser desconsiderada se tivesse restado caracterizado “desvio de finalidade” ou vícios de “confusão patrimonial” entre a sociedade e seus sócios e administradores (artigo 50 da Código Civil).

(D) Quarta Razão – Argumento Subsidiário: ainda que a Bain Brazil fosse uma empresa interposta na estrutura, o aproveitamento fiscal do ágio deveria ser admitido

(D.1) A colocação da questão

(D.2) O atendimento de todos os requisitos legais para o aproveitamento fiscal do ágio Todos os requisitos previstos pela legislação tributável para o reconhecimento e o aproveitamento fiscal do ágio foram atendidos.

(D.3) A legitimidade de aquisições realizadas por sociedades holdings nos termos da legislação societária, civil e tributária

As legislações societária, civil e tributária autorizam expressamente que uma empresa seja constituída com o objetivo de deter participação em outras sociedades.

Portanto, (i) a legislação societária autoriza expressamente que uma empresa tenha como objeto participar do objeto de outras sociedades, inclusive para beneficiar-se de incentivos fiscais; e (ii) a legislação tributária também reconhece a possibilidade de uma sociedade existir com o propósito específico de participar em sociedades, exercendo a função de holding pura (sendo autorizado o diferimento de despesas de juros nos investimentos por ela efetuados).

Por esse motivo, se a legislação brasileira reconhece a existência e a regularidade desse tipo de sociedade enquanto legítima sujeita de direitos e obrigações, então a Bain Brazil também teria a prerrogativa de exercer essa função, sem que os efeitos de sua participação em uma transação de aquisição de participação societária possam ser desconsiderados.

Além disso, ao contrário do que as Autoridades Fiscais buscam alegar, a Bain Brazil era sociedade legítima, com efetiva existência, bem como que explorava o seu objeto social, que em nenhum momento foi utilizada de forma desvirtuada pelos seus acionistas.

(D.4) Recentes precedentes do E. CARF a respeito da regularidade de “empresasveículo”

A jurisprudência recente do E. CARF e da C. CSRF tem compreendido que a presença de pessoa jurídica classificada como “empresa-veículo” não é, por si só, condição suficiente para inviabilizar ou tornar ilegítimo o aproveitamento fiscal de ágio gerado na transação.

Cita jurisprudência.

O mesmo entendimento tem sido adotado pelo Poder Judiciário, que já concluiu em diversas oportunidades que o simples fato de o grupo adquirente de participação societária se utilizar de uma sociedade considerada “veículo” não tem o condão de tornar as contrapartidas de amortização do ágio indedutíveis.

(D.5) Outras razões que impossibilitam a desconsideração dos efeitos tributários do aproveitamento fiscal do ágio

Respeito ao princípio da livre iniciativa: não compete à Fiscalização realizar juízo de valor sobre operações que não são vedadas pelo ordenamento jurídico. Isso porque, o artigo 170 da CF/88 estabelece que a ordem econômica brasileira é baseada na livre iniciativa.

Inexistência de regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN: o artigo 116, parágrafo único, do CTN, é a única norma tributária que autoriza as autoridades fiscais a desconsiderarem atos ou negócios jurídicos praticados com a “finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”.

(E) Quinta Razão: Tributação dos ganhos de capital dos Vendedores

A quinta razão que demonstra a improcedência das alegações das Autoridades Fiscais é que os valores recebidos pelos Vendedores em decorrência da venda da PSBB2 e PSBB3 foram devidamente sujeitos ao imposto sobre a renda a título de ganho de capital.

Como consequência, é certo que: (A) se na perspectiva do alienante do investimento ocorreu a tributação de ganhos de capital sobre o ágio, havendo legitimação de seu custo de aquisição, (B) na perspectiva do adquirente está materializada a possibilidade de aproveitar esse ágio para fins fiscais, pois se trata de “dois lados de uma mesma moeda”: de um lado, tributa-se a mais-valia recebida pelo alienante, e, de outro, permite-se o aproveitamento fiscal do ágio pelo adquirente.

(F) Outras Questões Relevantes

(F.1) A Bain Brazil Participou das Negociações e do Processo Decisório relativos à Aquisição

- As alegações da fiscalização foram feitas de maneira genérica e sem respaldo em qualquer documento que pudesse confirmar que a Bain Brazil não participou das negociações, dos estudos e dos respectivos encargos incorridos nessa avaliação, ou do processo decisório para a aquisição dos investimentos;
- A Bain Brazil negociou e celebrou com os Vendedores o contrato de compra e venda para a aquisição das participações societárias da PSBB2 e PSBB3;
- A Bain Brazil, pessoa jurídica com autonomia patrimonial, decidiu alocar recursos financeiros de seu patrimônio para a aquisição dos investimentos, em decisão tomada pela administração desta entidade;

- O fato de os recursos financeiros utilizados para o pagamento do preço de compra das participações societárias ter como origem aportes efetuados pelos investidores (diretos e indiretos) da Bain Brazil não afasta o fato de que esta entidade que negociou o contrato de compra e venda com os Vendedores, assinou este instrumento contratual, bem como avaliou e decidiu pela aquisição dos investimentos mediante a utilização de recursos que – após os aumentos de capital – passaram a pertencer à sua esfera patrimonial;
- Os contribuintes têm liberdade para financiar as suas operações da forma que lhe seja mais vantajosa, não estando obrigados a obter recursos da maneira que lhe seja mais custosa; e
- Nesse contexto, o fato de a Bain Brazil ter decidido obter os recursos para o pagamento do preço de aquisição junto aos seus acionistas: (a) não significa que essa entidade não teria participado das negociações, dos estudos e dos respectivos encargos incorridos nessa avaliação, não tendo exercido papel no processo decisório relativo à aquisição das participações societárias; (b) nem afasta o fato de que foi a Bain Brazil que celebrou o contrato de compra e venda com os Vendedores, pagou o preço de aquisição e esteve sujeita aos direitos e às obrigações previstas pelo contrato de compra e venda.

(F.2) A inexistência de “duplo aproveitamento do goodwill”

A Autoridade Fiscal entende que existiria um duplo aproveitamento fiscal do ágio porque: (a) no nível da Requerente, ND Seguradora e Interodonto (após a cisão total da Bain Brazil), o ágio estaria sendo amortizado para fins fiscais; e (b) no nível dos acionistas da Bain Brazil, os valores aportados nesta entidade e utilizados por esta sociedade para o pagamento do preço de aquisição majorariam o custo de aquisição do investimento detido na Bain Brazil e, por consequência, reduziriam o ganho de capital tributável auferido no momento da venda desta empresa.

Em que pese as alegações da Fiscalização, cabe notar que:

(i) por todas as razões já expostas acima, a Bain Brazil possui pleno direito ao reconhecimento e aproveitamento fiscal do ágio, tendo sido a entidade que efetivamente adquiriu os investimentos com recursos que passaram à sua esfera patrimonial após a integralização dos aportes de capital efetuados pela sua controladora;

(ii) de acordo com a legislação tributária aplicável, os aumentos de capital efetuados por investidoras estrangeiras nas suas investidas brasileiras (e os posteriores aumentos efetuados pelas entidades brasileiras nas suas controladas) majoram o custo de aquisição detido com relação a esses investimentos, de modo que a redução do ganho de capital tributável no caso de futura venda é mera consequência da observância das normas vigentes; e

(iii) as consequências tributárias mencionadas acima são comuns a todas as operações nas quais as sociedades adquirentes de investimentos com pagamento

de ágio estiveram sujeitas a aportes de capital em caixa em momento anterior, não consistindo em prática irregular ou realizada com finalidades exclusivamente tributárias, especialmente considerando que o aumento de capital consiste na forma mais comum e regular de financiamento das pessoas jurídicas.

Por todas essas razões, resta claro que os Autos de Infração devem ser imediatamente cancelados.

VI. O DESCABIMENTO DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

VI.1. A DELIMITAÇÃO DO ESCOPO DO AGRAVAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO

O presente processo não envolve hipótese de qualificação da multa de ofício, visto que não ocorreu nenhuma conduta de sonegação, fraude, simulação ou dolo por parte da Requerente ou qualquer das partes envolvidas na transação

VI.2. A INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA PARA A QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

A caracterização da fraude e da simulação ainda depende da comprovação da intenção dolosa de mascarar ou disfarçar a ocorrência do fato gerador. O conceito de sonegação, por sua vez, se baseia essencialmente na ação ou omissão dolosa que tenha o objetivo de obstar ou atrasar o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ou das condições pessoais do seu contribuinte pelas autoridades fiscais. O sujeito que pratica ato de sonegação é aquele que tem a clara intenção de frustrar regras e deveres legais.

No caso analisado, não se verifica a ocorrência de fraude, sonegação, abuso de direito ou simulação. Em nenhum momento pretendeu-se realizar atos societários para “driblar” as normas tributárias em questão buscando a redução dos tributos devidos.

Para que haja imputação de fraude, simulação ou sonegação, a Autoridade Fiscal deveria ter demonstrado que o contribuinte tinha conhecimento do ilícito (ou da ocorrência do fato gerador) e tinha a vontade de enganar, o que a doutrina penalista chama de elemento intelectual e volitivo. Por elemento intelectual entende-se o conhecimento do agente das circunstâncias caracterizadoras do ilícito e, em consequência, do valor tutelado pela norma. O elemento volitivo significa a vontade de realizar a conduta contraposta pela norma penal, como já decidido pelo E. CARF (Acórdão 2202-002.167, de 19.2.2013).

No caso concreto, as operações praticadas pela Bain Brazil foram reais, devidamente registradas nos órgãos públicos competentes e contabilizadas nos livros fiscais e contábeis das sociedades envolvidas, de forma absolutamente transparente e sem qualquer questionamento por parte dos órgãos reguladores competentes.

Ainda que existisse um planejamento tributário julgado irregular para fins de aproveitamento fiscal do ágio, a jurisprudência da C. CSRF reconhece que a multa qualificada não deve ser aplicada, em especial quando houver dúvida razoável

acerca do dolo do sujeito passivo, sendo ônus da autoridade fiscal comprovar o comportamento doloso (Acórdão 9101-00.298, de 24.8.2009). Recentemente, o E. CARF também reconheceu que, ainda que houvesse a utilização de empresa-veículo na estruturação de operação para o aproveitamento fiscal de ágio (o que não é o caso destes autos) não é o suficiente para ensejar a aplicação da multa de ofício qualificada: “A utilização da dita empresa-veículo para fins de amortização fiscal do ágio, ainda que considerada sem propósito negocial, não caracteriza dolo, fraude ou sonegação, o que enseja a redução da multa de ofício de 150% para 75%” (Acórdão nº 9101-006.624, de 15.6.2023)

Sendo assim, o descabimento da qualificação da multa de ofício no presente processo administrativo se torna claro ao notar-se que

- Todos os atos celebrados conferiram e transferiram direitos para os seus verdadeiros titulares;
- A Fiscalização reconheceu a total legitimidade das operações que deram surgimento ao ágio sob discussão, não levantando qualquer questionamento acerca dos seguintes fatos (incontroversos): (1) os ágios foram gerados de forma legítima, em operação realizada entre partes independentes e com pagamento de preço efetivo; e (2) houve a incorporação das sociedades investidas pela investidora, fazendo com que o ágio registrado contabilmente pela sociedade se tornasse um ativo diferido amortizável para fins fiscais, nos termos estabelecidos pela legislação vigente.
- Os negócios jurídicos praticados contêm declarações, condições e cláusulas verdadeiras e nenhum documento foi antedatado ou pós-datado;
- A Fiscalização não apresentou nenhuma prova ou indício de que o presente caso envolve a prática de sonegação, simulação, fraude ou dolo;
- As operações foram transparentes, registradas junto às autoridades competentes, feitas a valores justos de mercado mediante desembolso de recursos pela entidade adquirente; e
- Nesse contexto, o caso sob análise envolve, no máximo, divergência quanto à interpretação da legislação tributária, a qual jamais poderia justificar a majoração da multa de ofício.

Tanto o antigo Conselho de Contribuintes editou a Súmula nº 14, como posteriormente o E. CARF publicou a Súmula nº 25, reafirmando a impossibilidade de aplicação de multa qualificada sem a devida comprovação inequívoca da ocorrência de qualquer das figuras mencionadas pelos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64.

O presente processo administrativo diz respeito à discussão apenas de Direito, com divergência entre a Fiscalização e a Requerente acerca da interpretação das normas aplicáveis ao reconhecimento e aproveitamento fiscal de ágio.

Assim, quando muito, somente se poderia falar na possível ocorrência de “erro de proibição”, pois, se é que havia qualquer ilicitude nas operações examinadas (o que se admite para argumentar), não havia ao menos conhecimento por parte da Requerente acerca dessa suposta ilicitude dos procedimentos adotados no período em que ele foi praticado.

VII. A INAPLICABILIDADE DA MULTA ISOLADA

VII.1. A COLOCAÇÃO DA QUESTÃO

Não cabe a aplicação de multa isolada em conjunto com a multa de ofício.

VII.2. O DESCABIMENTO DA APLICAÇÃO DA MULTA ISOLADA EM CONJUNTO COM A MULTA DE OFÍCIO – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

Se uma empresa é optante do regime de estimativa mensal na tributação pelo IRPJ e CSL, e essa empresa acredita que a legislação aplicável lhe autoriza excluir montantes mensais do seu lucro tributável, é claro que essa exclusão terá efeito tanto nos montantes mensais como no montante anual. Ao se admitir a imposição de multa nesses casos, seria como admitir que a multa de ofício seria de 125% ou, ainda, 150% (100% de multa de ofício + 50% de multa isolada), o que seria um absurdo.

Dizer que a multa isolada pune por infração distinta da multa de ofício não se sustenta. A conduta de reconhecer menos receita ao longo do ano necessariamente leva ao resultado de a receita total anual ser também inferior. Então é evidente que não se pode aplicar duas penalidades nesse caso, pois se trata de uma única conduta. Constitui claro excesso a cobrança de dupla penalidade nessa situação.

O artigo 44 da Lei 9.430/96 é claro ao estabelecer que a multa isolada somente pode ser exigida quando a pessoa jurídica, sujeita ao pagamento do imposto por estimativa, deixar de fazê-lo, mesmo que essa pessoa jurídica tenha prejuízo fiscal/base negativa de CSL no período ou que já tenha recolhido o tributo. Nessa hipótese, por não existir valor de principal exigível, em princípio, poderia ser exigida a multa isolada.

Entretanto, quando houver tributo a ser pago, o artigo é claro ao estabelecer que a multa punitiva deverá ser cobrada juntamente com o valor do principal. A multa isolada não teria cabimento nesse caso, pois esta somente pode ser exigida quando não existe valor de principal a ser exigido.

Esse é o entendimento da própria Administração Tributária, que, no artigo 52 da IN 1.700/17, estabelece que: “Verificada, durante o ano-calendário em curso, a falta de pagamento do IRPJ ou da CSLL por estimativa, o lançamento de ofício restringir-se-á à multa isolada sobre os valores não recolhidos”.

Cita jurisprudência.

Não pode ser aplicada, simultaneamente, (i) a multa de ofício em razão da suposta redução indevida da base de cálculo do IRPJ e CSL; e (ii) a multa isolada pelo não recolhimento das estimativas mensais

VIII. A INAPLICABILIDADE DOS JUROS SOBRE AS MULTAS

A multa configura uma sanção, uma penalidade sem natureza tributária. Assim, as multas não podem ser aumentadas pela aplicação de taxa de juros, sob pena de ser caracterizado o agravamento da sanção.

Ainda que os juros de mora possam incidir sobre o valor dos tributos lançados, a atualização do débito não poderá ser feita por meio da incidência de juros sobre as multas aplicadas, como pretende a Autoridade Fiscal.

Assim, resta evidente a impossibilidade de aplicação de juros sobre as multas (de ofício e isolada), na medida em que, se os juros devem remunerar o credor que foi privado do seu patrimônio, estes somente deverão incidir sobre o valor de principal que deveria ter sido recolhido no prazo legal, mas supostamente não o foi, em respeito ao artigo 3º do CTN, e ao artigo 150, inciso VI, bem como aos artigos 5º, incisos XXII e XXIV (direito de propriedade e justa indenização), e 37 (moralidade), da CF/88.

IX. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

Considerando que são aplicáveis à CSL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ, são válidos os argumentos de fato e de Direito apresentados anteriormente, que justificam a legalidade do procedimento adotado pela Requerente também para efeitos de recolhimento da CSL. Dessa forma, tendo demonstrado na presente Impugnação a improcedência da atuação de IRPJ, torna-se, também, improcedente a exigência relativa à CSL.

X. AS CONCLUSÕES E O PEDIDO

Reitera os argumentos anteriores.

A Requerente pleiteia o ACOLHIMENTO INTEGRAL DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO e o imediato cancelamento dos Autos de Infração (principal, multas e juros), com o consequente arquivamento do processo administrativo, devendo-se recompor eventuais prejuízos fiscais e bases negativas da CSL compensados.

A Requerente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 4.º, alínea “a” do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

IMPUGNAÇÃO DA RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA BCBF PARTICIPAÇÕES S.A.

A BCBF PARTICIPAÇÕES S.A. apresentou impugnação, na qual, repete os mesmos pontos já apontados na impugnação da Notre Dame Intermédica Saúde S.A. e acrescenta os seguintes pontos:

Na condição de suposta responsável solidária dos créditos tributários, a Requerente tem plena legitimidade para apresentar a presente Impugnação, com o propósito de contestar a sua inclusão como responsável solidária e o próprio lançamento tributário.

PRELIMINARES

A NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO: AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA E LEGAL

Uma simples leitura do Termo de Verificação Fiscal (“TVF”) é suficiente para revelar que este carece de elementos básicos para a sua validade, quais sejam: descrição clara e precisa dos argumentos que motivaram a alegação de que a Requerente poderia ser responsabilizada pelos créditos tributários sob discussão.

No TVF, não houve nenhuma especificação quanto ao suposto interesse comum da Requerente (artigo 124, inciso I do CTN). Pretende-se a responsabilização solidária da Requerente apenas em razão de sua condição de controladora da Bain Brazil quando da aquisição das participações societárias, sem qualquer especificação acerca dos motivos pelos quais a Requerente teria um interesse comum nos fatos ora sob discussão. Assim, a referência feita à Requerente no TVF é totalmente imprestável à sua responsabilidade solidária.

Para que a tentativa da Fiscalização pudesse subsistir, era necessário que demonstrasse, ao menos, qual o interesse jurídico comum entre a Requerente e a Bain Brazil em relação à situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, requisito essencial para a responsabilização solidária para fins tributários nos termos do art. 124, inciso I do CTN.

Não há nenhum elemento, prova ou indício – direto ou indireto - que possa justificar a atribuição de vínculo de responsabilidade solidária à Requerente.

Conclui-se, portanto, que a Fiscalização imputou responsabilidade solidária à Requerente com base em simples presunção.

Em caso de dúvida quanto a fatos e à prática de infrações, a interpretação da legislação tributária deve ser feita favoravelmente ao contribuinte, especialmente em relação à autoria, imputabilidade ou punibilidade pela infração e a natureza e circunstâncias materiais do fato, conforme artigo 112 do CTN.

Portanto, a imputação de responsabilidade solidária à Requerente deverá ser imediatamente afastada por esta I. DRJ, por nulidade inconvalidável quanto à inexistência de fundamentação fática e jurídica que levaria à responsabilização da Requerente.

O DIREITO: A IMPROCEDÊNCIA DA RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA DA REQUERENTE

A COLOCAÇÃO DA QUESTÃO

As Autoridades Fiscais pretendem responsabilizar a Requerente por créditos tributários lançados contra a NDI Saúde (sucessora da Bain Brazil) exclusivamente pelo fato de a Requerente ser a controladora da Bain Brazil e ter administrador em comum com esta sociedade à época da aquisição dos investimentos que deram surgimento ao ágio sob discussão.

De acordo com a Fiscalização, na condição de controladora da Bain Brazil, a Requerente supostamente teria autorizado e participado diretamente nas supostas infrações que teriam resultado no crédito tributário exigido, tendo atuado no mesmo polo da obrigação tributária que a Bain Brazil com a finalidade de obter ganhos tributários indevidos.

Entretanto, o mero fato de a Requerente ser a controladora da Bain Brazil à época da aquisição das participações societárias por esta entidade e de essas entidades terem administradores em comum não poderia justificar a responsabilização solidária da Requerente pelo crédito tributário decorrente da glosa das despesas de ágio.

A IMPROCEDÊNCIA DA RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA DA REQUERENTE

(A) A correta interpretação do artigo 124, inciso I do CTN

Conforme sedimentado na doutrina e jurisprudência, o artigo 124, inciso I do CTN prevê apenas hipótese de responsabilidade solidária entre dois ou mais contribuintes que tenham relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária.

A aplicação do artigo 124, inciso I, do CTN está condicionada ao fato de as duas pessoas serem participantes da mesma relação jurídica e se beneficiarem conjuntamente dos atos ilícitos tributários que foram praticados.

É incontroverso que o caso sob avaliação não se confunde com a referida hipótese, eis que a Requerente é uma sociedade holding que somente detinha participação societária na Bain Brazil à época das operações. Dito de forma mais simples, a Requerente não tem qualquer benefício, seja ele de qualquer natureza, no fato de a NDI Saúde ter recolhido mais ou menos tributo no ano de 2018.

Nesse momento, vale ter em mente a premissa de que o artigo 124, inciso I, do CTN, não consiste em hipótese de atribuição de responsabilidade a terceiro que não figure na relação fática descrita na hipótese de incidência. Este dispositivo legal é aplicável tão somente para a responsabilização solidária das pessoas que estejam no mesmo polo da relação jurídica que ensejou a ocorrência do fato gerador (pluralidade de pessoas na mesma situação fática descrita na hipótese de incidência).

(B) A inaplicabilidade do artigo 124, inciso I do CTN, por ausência de “interesse comum”

O artigo 124, inciso I, do CTN, NÃO atribui responsabilidade solidária a terceiro que não participe do mesmo polo jurídico que o contribuinte. No caso destes

autos, isso significa que o “interesse comum” apenas poderia existir entre entidades que tenham participado diretamente da prática do fato gerador da obrigação tributária e tenham auferido renda em decorrência da dedutibilidade das despesas de ágio glosadas pela Fiscalização.

(B.1) 1º Fundamento – As partes não estão no mesmo polo da relação jurídico tributária que constitui o fato gerador

Na qualidade de sócia da Bain Brazil (e NDI Saúde, sucessora da Bain Brazil), em nenhum momento a Requerente se encontrou no mesmo polo da relação da relação jurídica que a Bain Brazil.

Isso porque: (i) os Autos de Infração decorrem da glosa de despesas de ágio decorrente da aquisição das participações societárias da PSBB2 e PSBB3 pela Requerente; e (ii) a Requerente não figurou como parte no contrato de compra e venda dessas entidades, muito menos adquiriu esses investimentos.

Tampouco a Requerente interferiu na apuração do IRPJ e da CSL devidos pela NDI Saúde (sucessora da Bain Brazil), ou se beneficiou da situação jurídica que configura o alegado fato gerador da obrigação tributária (dedução de despesas de ágio supostamente indedutíveis pela NDI Saúde).

A Requerente somente atuou como controladora da Bain Brazil e exerceu os seus direitos como acionista desta entidade, conforme previsto pela legislação societária aplicável. Não existe nenhuma conduta ilegal ou simulada por parte da Requerente em prol da obtenção de um benefício jurídico ou econômico na aquisição dos investimentos pela sua controlada, que foi a entidade responsável por: (a) celebrar o contrato de compra e venda; (b) adquirir as participações societárias; (c) pagar o preço de aquisição; (d) registrar as participações societárias, com o desdobramento do custo de aquisição em patrimônio líquido adquirido e ágio; e (e) aproveitar o ágio para fins fiscais.

Desse modo, não é possível afirmar que a Requerente e a Bain Brazil estiveram no mesmo polo da relação jurídica que deu surgimento ao fato gerador sob discussão.

(B.2) 2º Fundamento – O ônus e a inexistência de comprovação do “interesse comum”

O TVF não detalhou ou explicou qual seria esse “interesse comum” entre a Requerente e a Bain Brazil.

Note-se: o fato de a Requerente ser a controladora da Bain Brazil à época das operações e ter administradores em comum não é suficiente para comprovar algum interesse comum no fato gerador.

Interesse comum requer prova de participação ativa nos atos, de interesse econômico e financeiro com a transação e de dolo na conduta que gerou lesão ao fisco.

Entende que nem mesmo o Parecer Normativo COSIT/RFB nº 4 (PN 4/18) permite o procedimento pretendido pelas Autoridades Fiscais no presente caso. Isso já fica claro a partir da própria introdução do Parecer, onde são expostos os questionamentos que motivaram a sua edição. Veja-se que, já nos quesitos introdutórios, há menção aos termos “existência de liame inequívoco”, “comprovação de confusão patrimonial”, “ato ilícito contrário às regras societárias”, e “atos ou omissões da pessoa que concorre para a prática da infração”.

Nada disso foi demonstrado no caso concreto. Reitera-se: o único fundamento para a responsabilização solidária da Requerente foi o fato de esta entidade ser controladora da Bain Brazil e ter administrador em comum com esta entidade.

De acordo com o PN 4/18, a atribuição de responsabilidade solidária pressupõe:

- (i) vinculação entre o responsável e o ilícito ou o contribuinte;
- (ii) nexos causal entre a conduta do responsável e o resultado prejudicial ao Fisco;
- (iii) elemento doloso na conduta do responsável; e
- (iv) tratando especificamente dos grupos econômicos, deve haver (além do que vai acima), ilícito societário ou abuso de personalidade jurídica.

No caso sob análise, as Autoridades Fiscais se limitaram a tão somente demonstrar a vinculação entre o responsável e o contribuinte, o que foi feito unicamente com base na sua relação societária (controlador e controlada). Nada mais.

As Autoridades Fiscais trataram a Bain Brazil como uma espécie de “instrumento”, um ente quase que despersonalizado que serviu apenas para fazer valer as vontades dos acionistas controladores – o que não pode ser admitido nestes autos, especialmente considerando que a Bain Brazil era sociedade regularmente constituída, com personalidade jurídica e autonomia patrimonial própria.

O entendimento das Autoridades Fiscais acaba por desconsiderar a personalidade jurídica da Bain Brazil e as normas cíveis e societárias que tratam sobre esse instituto do direito privado.

O PN 4/18 deixa muito claro que a responsabilidade solidária entre sujeitos do mesmo grupo econômico só se aplica aos casos em que é demonstrado (pelo Fisco) o evidente abuso de personalidade jurídica e ilícito societário.

É evidente o descabimento da responsabilidade solidária da Requerente pelo débito fiscal exigido pelos Autos de Infração, posto que:

1. A Requerente não foi a adquirente das participações societárias que deram surgimento ao reconhecimento do ágio sob discussão;
2. A Requerente não obteve nenhum benefício jurídico ou econômico indevido em função dos atos ora questionados, não sendo possível equiparar a dedução de despesas de ágio pela sua controlada a um ganho tributário da Requerente

(controladora), visto que não foi esta entidade que teve a sua base de cálculo do IRPJ e da CSL reduzida (mas tão somente a sua controlada);

3. A Fiscalização sequer se deu ao trabalho de demonstrar a suposta vontade consciente da Requerente em realizar a conduta ilícita, até porque essa demonstração é absolutamente impossível;

4. Não houve qualquer demonstração de que a Requerente teria sido “partícipe direta e consciente da simulação” ou “ilícito” alegado pelas Autoridades Fiscais, inexistindo qualquer comprovação de que a Requerente teria engendrado condutas ilícitas com a finalidade de obter uma redução da base tributária da NDI Saúde (sucessora da Bain Brazil);

5. Não existe nenhum benefício ou ganho econômico auferido de forma irregular pela Requerente e que não esteja amparado pelos seus legítimos direitos como acionista da NDI Saúde (sucessora da Bain Brazil), conforme a legislação societária aplicável;

6. A existência de administradores em comum em sociedades pertencentes ao mesmo grupo econômico é prática comum do mercado, e em nenhum caso poderia legitimar a atribuição de responsabilidade solidária à Requerente pelo crédito tributário exigido de sua controlada; e

7. Estes autos não contêm sequer alegação de ilícito societário ou abuso de personalidade jurídica.

Sendo assim, a responsabilidade solidária aqui combatida não cumpre nem mesmos os requisitos que são exigidos pelo PN 4/18.

Em um TVF de 28 páginas, que discute inúmeras questões de alta complexidade, a Fiscalização dedicou apenas duas páginas para fundamentar a responsabilização da Requerente, simplesmente alegando que a sua condição de controladora da Bain Brazil e a existência de administradores em comum seria suficiente para incluí-la no polo passivo. Evidentemente que um Termo de Responsabilidade com essas características viola a essência do artigo 124, I do CTN e o próprio entendimento da RFB sobre a aplicação desse dispositivo.

(B.3) 3º Fundamento – A Inexistência de “Interesse Comum” Jurídico ou Econômico da Requerente

A Requerente não teve nenhum “interesse comum” com a Bain Brazil apto a justificar a sua responsabilização solidária nos termos do artigo 124, inciso I do CTN.

Os atos questionados no TVF não geraram nenhum benefício tributário ou econômico indevido à Requerente.

A transação, o registro e o aproveitamento fiscal do ágio apenas resultaram em um “ganho” tributário e econômico para a NDI Saúde (na condição de sucessora da Bain Brazil), tendo em vista a possibilidade de dedução de despesas de ágio por esta entidade.

O caso sob análise não envolve nenhum benefício econômico, tributário ou jurídico auferido pela Requerente de forma indevida e que seja decorrente de seus direitos legais como controladora da NDI Saúde (sucessora da Bain Brazil).

Em momento algum foi demonstrado qual teria sido o benefício auferido pela Requerente e tampouco qual seria a vinculação de tal benefício com o fato jurídico tributário.

A Requerente jamais teve qualquer interesse na redução da carga tributária aplicável às operações da Bain Brazil.

A Requerente, por ser apenas a controladora da Bain Brazil, sempre foi parte completamente alheia à renda auferida pela Bain Brazil e à carga tributária desta entidade.

A Requerente nunca esteve no mesmo polo da relação jurídica que deu causa à exigência fiscal.

A Requerente também nunca teve qualquer interesse econômico-financeiro com relação aos supostos benefícios gerados pelo registro e aproveitamento fiscal do ágio pela Bain Brazil.

Ainda que existisse algum interesse econômico por parte da Requerente, isso em nada afetaria a presente discussão.

A Fiscalização sequer trouxe qualquer alegação capaz de demonstrar que houve um abuso de personalidade jurídica, a inexistência de autonomia patrimonial e operacional ou a configuração de um grupo econômico irregular.

Só pode ocorrer responsabilização solidária naqueles casos em que o Fisco é capaz de demonstrar a vontade consciente do agente (i.e., elemento doloso) de realizar a conduta ilícita (i.e., deixar de recolher o tributo). Essa prova simplesmente não existe nestes autos.

Dessa maneira, não há dúvidas acerca da impossibilidade de responsabilizar a Requerente pelo débito fiscal sob discussão, visto que: (i) a Requerente não praticou direta ou indiretamente qualquer ato ilícito; (ii) a Requerente não adquiriu as participações societárias, reconheceu e aproveitou o ágio para fins fiscais; (iii) a Requerente não obteve nenhum benefício – jurídico ou econômico – em função dos atos questionados; e (iv) a Fiscalização sequer se deu ao trabalho de demonstrar a suposta vontade consciente da Requerente em realizar a conduta ilícita, até porque essa demonstração é absolutamente impossível no presente caso.

(B.4) 4º Fundamento – A incongruência das alegações das Autoridades Fiscais

O mero fato de a Requerente ser a controladora da Bain Brazil e possuir administrador em comum com esta sociedade não é o suficiente para justificar a sua responsabilização pelo crédito tributário sob discussão.

A Requerente somente atuou como qualquer outra sociedade controladora de pessoa jurídica que adquire participação societária, no pleno exercício dos seus direitos como controladora da Bain Brazil, nos termos da legislação societária aplicável.

Portanto, sob qualquer ângulo que se examine a questão, resta claro que a Requerente nunca possuiu qualquer tipo de interesse comum ou participação nas operações praticadas e nos tributos supostamente devidos pela Bain Brazil, condição indispensável para que a responsabilidade solidária pudesse ser minimamente cogitada.

(C) A jurisprudência administrativa sobre o tema

Discorre sobre a jurisprudência administrativa.

O conceito de interesse comum. A C. CSRF e o E. CARF possuem entendimento consolidado de que a caracterização da responsabilidade solidária prevista pelo art. 124, inciso I do CTN, apenas se dá no caso de existência de interesse jurídico comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, devendo as partes constarem no mesmo polo da relação jurídica.

Comprovação do interesse jurídico e econômico na situação. Ademais, é importante ressaltar que a C. CSRF também já decidiu que a responsabilidade solidária prevista pelo art. 124, inciso I do CTN, exige a comprovação da participação ativa do suposto responsável no ato que ensejou a redução fiscal, devendo ser demonstrada a relação que cada pessoa teve com o que as Autoridades Fiscais entenderem constituir fraude ou sonegação.

Em situação análoga a destes autos, na qual as Autoridades Fiscais tentaram imputar responsabilidade solidária a terceiro pelo simples fato de ser acionista do sujeito passivo principal, a C. CSRF já estabeleceu que: (i) a mera condição de investidor não seria o suficiente para justificar a responsabilização solidária do acionista; e (ii) para tanto, é necessário comprovar a relação do acionista na conduta que a Fiscalização entendeu ser fraude ou sonegação, bem como a participação ativa nas condutas que promoveram a redução fiscal indevida – o que não é o caso destes autos.

Inexistindo interesse jurídico comum, o E. CARF vem afastando as tentativas de responsabilização solidária com base no artigo 124, inciso I, do CTN.

(D) A jurisprudência judicial sobre o tema

O conceito de interesse comum e necessidade de comprovação de participação na prática do fato gerador. A Requerente também ressalta que o E. STJ já pacificou o entendimento de que o artigo 124, inciso I do CTN, não se aplica às situações como aquela discutida nestes autos, por não se tratar de norma atribuidora de responsabilidade a terceiros.

Discorre sobre a jurisprudência judicial.

A jurisprudência administrativa e judicial, há muito tempo, reconhece que a expressão “interesse comum” não confere um cheque em branco para a atribuição de responsabilidade sempre que existir a participação de outra pessoa jurídica em determinada transação sem que tal pessoa esteja próxima à situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária.

A IMPROCEDÊNCIA DA EXIGÊNCIA FISCAL

Reitera os pontos levantados na impugnação da NDI Saúde.

Requer: (i) o ACOLHIMENTO INTEGRAL DA PRESENTE IMPUGNAÇÃO, para o afastamento da responsabilidade solidária atribuída à Requerente, já que inexistente qualquer fundamento de validade que o justifique, bem como o cancelamento integral dos Autos de Infração e o conseqüente arquivamento do processo administrativo; e (ii) o julgamento conjunto desta Impugnação com a apresentada pela NDI Saúde.

Protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 4.º, alínea “a” do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

IMPUGNAÇÃO DA RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA NOTRE DAME INTERMÉDICA PARTICIPAÇÕES S.A.

A NOTRE DAME INTERMÉDICA PARTICIPAÇÕES S.A. apresentou impugnação, a qual repete os mesmos pontos já apontados na impugnação da BCBF PARTICIPAÇÕES S.A. acima transcrita, em resumo.

A 2ª TURMA/DRJ05 julgou improcedentes as impugnações, conforme decisão assim ementada:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2018

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

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

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

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

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. USO DE EMPRESA-VEÍCULO.

É cabível o lançamento da multa qualificada, quando constatadas condutas que configuram, em tese, os crimes capitulados no art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. A utilização de empresa-veículo evidencia a simulação e o cabimento da qualificação da multa de ofício.

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

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

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

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

CSLL. DECORRÊNCIA. LANÇAMENTO REFLEXO.

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

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Ciente do acórdão recorrido, NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A. interpôs Recurso Voluntário e concluiu seus pedidos, conforme transcrevo, *in verbis*:

(...) 389. Ante todo o exposto neste Recurso Voluntário, a Recorrente tem por demonstrada a completa improcedência das alegações das Autoridades Fiscais e do Acórdão Recorrido, tendo sido comprovado que:

• A Nulidade dos Autos de Infração - Erro na Qualificação dos Fatos pelas Autoridades Fiscais:

(i) 1º Ponto – A Alegação de que a Bain Capital seria a “Real Adquirente” dos Investimentos: Ao afirmar que a Bain Capital seria a “real adquirente” dos investimentos, as Autoridades Fiscais demonstraram uma falta de compreensão e descrição adequada da realidade dos fatos em questão. Na verdade, a Bain Capital não pode ser considerada a adquirente das participações societárias da PSBB2 e PSBB3, pelos seguintes motivos: **(a)** a Bain Capital e suas entidades associadas são especializadas em gerenciar recursos de terceiros no contexto de investimentos de private equity; e **(b)** como gestora dos investimentos originalmente feitos por investidores não-residentes, a Bain Capital apenas assessorou esses investidores na alocação de seus recursos, organizando estruturas e gerenciando patrimônios em seus respectivos nomes e benefícios, e não em nome e benefício da Bain Capital; e

(ii) 2º Ponto – Parcela Relevante do Preço foi Captada no Mercado Local: como uma parte significativa do valor de aquisição foi obtida no mercado local através da emissão de debêntures, as Autoridades Fiscais cometeram equívoco ao afirmar que a Bain Brazil seria apenas um “canal de passagem” dos recursos dos investidores estrangeiros. A aquisição também envolveu recursos captados localmente, o que demonstra um equívoco na interpretação dos fatos pelas Autoridades Fiscais

• **A Nulidade do Acórdão Recorrido:** o Acórdão Recorrido padece de nulidade, em virtude de que:

(i) **Inovação dos Critérios Jurídicos:** o Acórdão Recorrido inovou nos critérios jurídicos empregados para manutenção da autuação, na medida em que, apesar de afastar a condição de “real adquirente” da Bain Brazil, a DRJ elencou **5 entidades distintas** como supostas verdadeiras adquirentes das participações societárias. Sendo assim, considerando que o Acórdão Recorrido apontou outras entidades como “reais adquirentes”, além da Bain Capital, a decisão recorrida inovou nos critérios jurídicos dos Autos de Infração Subsidiariamente, caso não se entenda pela nulidade da decisão recorrida, este E. CARF deve examinar o presente caso com base nas alegações das Autoridades Fiscais – isto é, deve ser analisada a possibilidade (ou não) de deslocar a condição de “real adquirente” à **Bain Capital** (e não à outra entidade somente mencionada pelo Acórdão Recorrido). ; e

(ii) Inovação dos Fundamentos da Autuação: ao afirmar que a autuação deveria ser mantida com base no argumento de que teria ocorrido suposta “transferência do ágio”, o Acórdão Recorrido inovou nos fundamentos da autuação, eis que a aludida alegação jamais foi feita pelas Autoridades Fiscais.

• **Decadência:** o direito da Fiscalização para o lançamento do crédito tributário já decaiu, visto que os ágios sob discussão foram registrados em 2014, de maneira que a Fiscalização não poderia proceder ao lançamento desses créditos em 2023;

• **Premissas:** os Autos de Infração são baseados exclusivamente na alegação de que, pelo fato de a Bain Brazil ter utilizado recursos financeiros provenientes de

aportes de capital feitos por seus investidores (diretos e indiretos) para pagar o preço de aquisição, a entidade brasileira seria apenas um “canal de passagem de recursos financeiros” para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio e não poderia ser considerada a “real adquirente” dos investimentos;

• A Bain Capital nunca poderia ser considerada a “real adquirente” dos investimentos: a premissa dos Autos de Infração de que a Bain Capital seria a “real adquirente” dos investimentos (e não a Bain Brazil) não tem nenhum fundamento fático ou jurídico. Isso porque: **(i)** pela natureza das atividades do Grupo Bain Capital, que se dedica à consultoria para investimentos em private equity, a Bain Capital não adquire investimentos em nome próprio nem utiliza recursos próprios, pois atua na gestão de recursos de terceiros, administrando investimentos realizados por investidores em várias jurisdições; **(ii)** a Bain Capital não forneceu recursos para adquirir participações societárias na PSBB2 e PSBB3; **(iii)** os recursos foram fornecidos por vários investidores, que precisavam reunir seus recursos em uma única entidade para realizar a compra alavancada; e **(iv)** a Bain Capital apenas geriu recursos financeiros de terceiros, em nome e benefício desses terceiros

• A impossibilidade de deslocar a condição de real adquirente para Bain Capital ou para os investidores diretos ou indiretos da Bain Brazil: o simples fato de os recursos utilizados pela Bain Brazil para o pagamento do preço serem oriundos de aportes de capital efetuados pela sua controladora não é o suficiente para deslocar a condição de “real adquirente” do investimento aos seus acionistas (seja diretos ou indiretos), uma vez que: **(i)** o aumento de capital é a fonte primária e mais comum de financiamento das pessoas jurídicas; **(ii)** após a subscrição e integralização do aumento de capital, os recursos passaram a pertencer à esfera patrimonial da Bain Brazil para todos os fins de Direito; e **(iii)** as operações realizadas com recursos obtidos em aportes de capital são realizadas em nome e no interesse da própria investida;

• A necessidade de observância da personalidade jurídica e autonomia patrimonial da Bain Brazil: nos termos do artigo 49-A do Código Civil, tanto a personalidade jurídica quanto a autonomia patrimonial da Bain Brazil deveriam ser observadas, porque jamais foi demonstrada a ocorrência de qualquer uma das hipóteses previstas pela legislação para sua desconsideração;

• A Bain Brazil não é simples canal/veículo para permitir a criação de benefício fiscal, existindo legítimos motivos empresariais e econômicos para a condução da aquisição por essa sociedade: sob nenhum aspecto a Bain Brazil poderia ser qualificada como simples “canal de passagem” de recursos financeiros, visto que existiam legítimas motivações empresariais, regulatórias e econômicas para a condução da aquisição por esta entidade:

(i) Primeiro Motivo | Necessidade de a aquisição ser realizada por pessoa jurídica distinta daquela que emitiu as debêntures para preservar a margem de solvência exigida das operadoras: considerando as normas da ANS sobre margem de

solvência mínima, existia uma necessidade regulatória de segregar a adquirente das participações societárias (Bain Brazil) da sociedade responsável por captar os recursos financeiros adicionais de terceiros, mediante a emissão de debêntures (BCBF), especialmente tendo em vista que é prática comum em investimentos de private equity (como no presente caso) a incorporação da sociedade adquirente na sociedade adquirida(ou vice-versa);

(ii) Segundo Motivo | Manutenção de direitos e obrigações no patrimônio de entidade distinta daquela que emitiu as debêntures: a transação foi estruturada com o fim de possibilitar a transferência dos direitos e obrigações decorrentes do contrato de compra e venda para o patrimônio de sociedade distinta daquela responsável por captar recursos de terceiros mediante a emissão de debêntures. Essa medida foi implementada para evitar: (a) desconfortos por parte dos credores da dívida relativa às debêntures, caso as obrigações previstas no contrato de compra e venda fossem alocadas à sociedade devedora; e (b) prejuízo à negociação da captação de recursos mediante a emissão de debêntures; e

(iii) Terceiro Motivo | Condução do Processo de Autorização Perante a ANS: a Bain Brazil foi fundamental para conduzir o processo burocrático de autorização da operação perante a ANS

• A existência de legítimos motivos empresariais e econômicos para as demais entidades brasileiras da estrutura: além das diversas razões econômicas e empresariais para aquisição das investidas pela Bain Brazil, existiram efetivas motivações negociais e econômicas para a existência das demais entidades brasileiras na estrutura de aquisição:

(i) Alkes II – FIP: centralização dos recursos financeiros dos investidores não residentes em uma entidade com políticas de governança corporativa consistentes e alinhadas aos interesses dos seus investidores pulverizados, conforme as regras específicas da CVM e as demais normas previstas pelo ordenamento jurídico para esse fundo de investimento;

(ii) BCBH (Atual “NDI Par.”): entidade que exerceu a função de holding do grupo e viabilizou a futura abertura do seu capital na bolsa de valores brasileira (B3); e

(iii) BCBF: entidade responsável pela obtenção da dívida junto a instituições financeiras locais, por meio da emissão de debêntures.

• A transação observou todos os requisitos formais e materiais para o aproveitamento do ágio, sem que a existência da Bain Brazil possa ser desconsiderada: todos os requisitos materiais e formais previstos na legislação para o aproveitamento fiscal do ágio foram cumpridos: (i) houve a aquisição de participação societária; (ii) os investimentos foram avaliados com base no MEP; (iii) os ágios foram fundamentos na expectativa de rentabilidade futura das sociedades adquiridas; e (iv) houve a incorporação entre a sociedade adquirente e as sociedades adquiridas. A Bain Brazil não pode ser desconsiderada, pois: (a) art. 109 do CTN estabelece expressamente que a legislação tributária não pode

alterar a definição, conteúdo e alcance de institutos, conceitos e formas do direito privado; (b) conforme o art. 45 do Código Civil, a Bain Brazil foi regularmente constituída, e o direito das Autoridades Tributárias de questionar sua constituição e validade já decaiu; (c) não há nenhuma causa para a desconsideração da personalidade jurídica da Bain Brazil, conforme o artigo 50 do Código Civil; e (d) não pode ser aceita a incoerência adotada pela Autoridade Fiscal ao afirmar que a Bain Capital preenche as condições para ser classificada como “real adquirente”, mas a Bain Brazil não;

• O Entendimento do STJ no Caso Cremer: nos autos do Caso Cremer (REsp 2.026.473/SC), o STJ reconheceu recentemente a legitimidade do reconhecimento e amortização fiscal de ágio nos casos em que investidores não residentes constituem pessoas jurídicas para fins de aquisição da participação societária, mesmo que a entidade brasileira seja considerada como “empresa-veículo”;

• A regularidade do aproveitamento do ágio em operações que envolvam “empresa-veículo”: mesmo que a Bain Brazil fosse simples “canal de passagem de recursos financeiros” ou “empresa-veículo”, o que se admite apenas ad argumentandum, o ágio discutido nesses autos seria passível de dedução fiscal, porquanto: (i) as legislações fiscal, civil e societária preveem expressamente a possibilidade de sociedades holding sem atividade operacional adquirirem participações societárias; e (ii) existe ampla jurisprudência que reconhece o direito ao aproveitamento do ágio em operações envolvendo “empresas-veículo”;

• A Bain Brazil Participou das Negociações e do Processo Decisório: a Bain Brazil participou ativamente das negociações e do processo decisório atinentes à aquisição dos investimentos, tendo sido a entidade que negociou e efetivamente celebrou o contrato de compra e venda, assim como que desembolsou recursos de sua titularidade para a compra das entidades;

• Tributação dos ganhos de capital dos Vendedores: se, por um lado, o sobrepreço pago pela Bain Brazil foi considerado no cômputo do ganho de capital tributável auferido pelos Vendedores, este montante deve ser considerado para fins de aproveitamento fiscal do goodwill;

• A Majoração da Multa de Ofício: a presente discussão envolve – no máximo – mera divergência de interpretação da legislação tributária, motivo pelo qual a qualificação da multa de ofício é descabida. Não há qualquer ato de sonegação, dolo, fraude ou simulação, sendo que o próprio Acórdão Recorrido reconhece a legitimidade das operações e dos ágios gerados nas compras dos investimentos, em transações realizadas de forma transparente e em atendimento a todos os requisitos exigidos pela legislação societária e cível aplicável;

• A Necessidade de Cancelamento da Multa Isolada: caso os Autos de Infração não sejam integralmente cancelados (o que se admite apenas para fins argumentativos), a multa isolada deverá ser afastada, porque a concomitância da

multa de ofício com a multa isolada é vedada pelo princípio da consunção – a multa isolada é absorvida pela multa de ofício.

390. Nesses termos, a Recorrente tem por comprovada a exatidão dos procedimentos adotados por esta entidade e a total improcedência dos Autos de Infração, bem como o equívoco cometido pela Fiscalização e pelo Acórdão Recorrido ao interpretar os fatos e o Direito a eles aplicável neste caso.

391. Sendo assim, a Recorrente pleiteia o ACOLHIMENTO INTEGRAL DO PRESENTE RECURSO VOLUNTÁRIO, com o conseqüente cancelamento dos Autos de Infração e arquivamento deste processo administrativo.

392. A Recorrente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 4.º, alínea “a” do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

393. A Recorrente informa que tem interesse em realizar sustentação oral perante este E. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS.

Ciente do acórdão recorrido, NOTRE DAME INTERMÉDICA PARTICIPAÇÕES S.A., interpôs Recurso Voluntário e concluiu seus pedidos, conforme transcrevo, *in verbis*:

(...) VI. A CONCLUSÃO E O PEDIDO

148. Ante todo o exposto neste Recurso Voluntário, a Recorrente tem por demonstrada a completa improcedência das alegações das Autoridades Fiscais e do Acórdão Recorrido, tendo sido comprovado que:

(1) Nulidade dos Autos de Infração: nos termos das normas jurídicas aplicáveis (art. 142 do CTN, arts. 9 e 10 do Decreto 70.235/72 e artigo 50, inciso II, da Lei 9.784/99), os autos de infração, na qualidade de ato administrativo, devem ser precisa e integralmente motivados. Nesse sentido, os Autos de Infração sob discussão são eivados de nulidade, porque: (1) o art. 124, inciso I, do CTN estabelece que a imputação de responsabilidade solidária exige a demonstração de “interesse comum” direto e imediato na situação que constitua o fato gerador; e

(2) entretanto, no caso concreto, a Fiscalização não apontou nenhum elemento capaz de comprovar a existência de “interesse comum” da Recorrente no fato gerador sob análise;

(2) Decadência: a presente autuação diz respeito a fatos e operações ocorridos em 2014. Nesse sentido, tais atos foram alcançados pela decadência e não poderiam ser objeto de autuação lavrada pelas Autoridades Fiscais;

(3) A existência de propósitos econômicos e negociais legítimos para a presença da Recorrente na estrutura de aquisição e para o papel exercido por esta

entidade: o próprio Acórdão Recorrido reconhece que não é possível questionar a existência de motivos empresariais e econômicos para a presença da Recorrente na estrutura de aquisição. Por esse motivo, não é possível à decisão recorrida alegar ao mesmo tempo que a Recorrente teria participado ativamente de estrutura artificialmente criada com o único objetivo de permitir o reconhecimento e aproveitamento fiscal de ágio;

(4) A correta interpretação do artigo 124, I, do CTN: o artigo 124, inciso I, do CTN, não é hipótese de responsabilização tributária solidária de terceiro alheio à situação que constitui o respectivo fato gerador. Este dispositivo legal prevê hipótese de responsabilidade solidária entre dois ou mais sujeitos passivos, aplicável àquelas pessoas que tenham relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária e estejam ambas situadas no mesmo polo de tal situação, o que não é o caso da Recorrente;

(5) Inaplicabilidade do artigo 124, I do CTN por ausência de “interesse comum”: A Autoridade Fiscal e o Acórdão Recorrido sequer se deram ao trabalho de indicar quais seriam os fatos que comprovam o suposto interesse comum da Recorrente. Não obstante, fato é que a Recorrente (a) não integrou o mesmo polo da relação jurídica que deu surgimento ao fato gerador da obrigação tributária exigida pelos Autos de Infração; (b) não foi a entidade que figurou no contrato de compra e venda, adquiriu os investimentos e reconheceu e aproveitou ágio para fins fiscais; (c) não realizou ou incorreu no fato gerador da obrigação principal tributária discutida neste processo administrativo, sendo mera controladora indireta da entidade que registrou e aproveitou o ágio para fins fiscais; e (d) não obteve nenhum benefício jurídico ou econômico indevido e alheio aos direitos legais da Recorrente como acionista indireto em razão das operações praticadas pela Bain Brazil. A bem da verdade, a Recorrente somente atuou como qualquer outra sociedade controladora indireta de pessoa jurídica que adquire participação societária, no pleno exercício dos seus direitos como controladora indireta da Bain Brazil, nos termos da legislação societária aplicável;

(6) A jurisprudência administrativa e judicial acerca do tema: a jurisprudência administrativa e judicial sobre o tema possui entendimento consolidado no sentido de que: (1) o art. 124, inciso I do CTN não é hipótese de atribuição de responsabilidade solidária a terceiro; (2) esse dispositivo legal apenas é aplicável a pessoas/entidades que estejam no mesmo polo da relação jurídica que constitui o fato gerador; e (3) o mero controle societário não implica a existência do referido “interesse comum” apto a justificar a responsabilização solidária da controladora, cabendo às Autoridades Fiscais demonstrá-lo; e

(7) Improcedência dos Autos de Infração: ainda que não se considere os argumentos acima, o que se admite apenas para argumentar, a responsabilidade solidária da Recorrente deve ser imediatamente afastada devido à necessidade de cancelamento dos Autos de Infração, com base nos argumentos contidos no

Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo principal neste processo administrativo (NDI Saúde).

149. Nesses termos, a Recorrente tem por comprovada a exatidão dos procedimentos adotados por esta entidade e a total improcedência termo de responsabilização solidária, bem como o equívoco cometido pela Fiscalização e pelo Acórdão Recorrido ao interpretar os fatos e o Direito a eles aplicável neste caso.

150. Sendo assim, a Recorrente pleiteia o ACOLHIMENTO INTEGRAL DO PRESENTE RECURSO VOLUNTÁRIO, para o afastamento da responsabilidade solidária atribuída à Recorrente, já que inexistente qualquer fundamento de validade que o justifique, bem como o cancelamento integral dos Autos de Infração e o conseqüente arquivamento do processo administrativo; e (ii) o julgamento conjunto deste Recurso Voluntário com o recurso interposto pelo sujeito passivo principal (NDI Saúde).

151. A Recorrente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 4.º, alínea “a” do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

152. A Recorrente informa que tem interesse em realizar sustentação oral perante este E. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS.

Ciente do acórdão recorrido, NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A. (na condição de sucessora, por incorporação, da BCBF) interpôs Recurso Voluntário e concluiu seus pedidos, conforme transcrevo, *in verbis*:

(...)VI. A CONCLUSÃO E O PEDIDO

151. Ante todo o exposto neste Recurso Voluntário, a Recorrente tem por demonstrada a completa improcedência das alegações das Autoridades Fiscais e do Acórdão Recorrido, tendo sido comprovado que:

(1) Perda do Objeto deste Processo com relação à BCBF: em primeiro lugar, é importante ressaltar que o presente processo administrativo já perdeu o seu objeto com relação à BCBF, considerando que esta entidade já foi extinta por conta de sua incorporação pela NDI Saúde – que já constava como sujeito passivo principal nestes autos;

(2) Nulidade dos Autos de Infração: nos termos das normas jurídicas aplicáveis (art.

142 do CTN, arts. 9 e 10 do Decreto 70.235/72 e artigo 50, inciso II, da Lei 9.784/99), os autos de infração, na qualidade de ato administrativo, devem ser precisa e integralmente motivados. Nesse sentido, os Autos de Infração sob

discussão são eivados de nulidade, porque: (1) o art. 124, inciso I, do CTN estabelece que a imputação de responsabilidade solidária exige a demonstração de “interesse comum” direto e imediato na situação que constitua o fato gerador; e

(2) entretanto, no caso concreto, a Fiscalização não apontou nenhum elemento capaz de comprovar a existência de “interesse comum” da Recorrente no fato gerador sob análise;

(3) Decadência: a presente autuação diz respeito a fatos e operações ocorridos em 2014. Nesse sentido, tais atos foram alcançados pela decadência e não poderiam ser objeto de autuação lavrada pelas Autoridades Fiscais;

(4) A existência de propósitos econômicos e negociais legítimos para a presença da Recorrente na estrutura de aquisição e para o papel exercido por esta entidade: o próprio Acórdão Recorrido reconhece que não é possível questionar a existência de motivos empresariais e econômicos para a presença da Recorrente na estrutura de aquisição. Por esse motivo, não é possível à decisão recorrida alegar ao mesmo tempo que a Recorrente teria participado ativamente de estrutura artificialmente criada com o único objetivo de permitir o reconhecimento e aproveitamento fiscal de ágio;

(5) A correta interpretação do artigo 124, I, do CTN: o artigo 124, inciso I, do CTN, não é hipótese de responsabilização tributária solidária de terceiro alheio à situação que constitui o respectivo fato gerador. Este dispositivo legal prevê hipótese de responsabilidade solidária entre dois ou mais sujeitos passivos, aplicável àquelas pessoas que tenham relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária e estejam ambas situadas no mesmo polo de tal situação, o que não é o caso da Recorrente;

(6) Inaplicabilidade do artigo 124, I do CTN por ausência de “interesse comum”: A Autoridade Fiscal e o Acórdão Recorrido sequer se deram ao trabalho de indicar quais seriam os fatos que comprovam o suposto interesse comum da Recorrente. Não obstante, fato é que a Recorrente (a) não integrou o mesmo polo da relação jurídica que deu surgimento ao fato gerador da obrigação tributária exigida pelos Autos de Infração; (b) não foi a entidade que figurou no contrato de compra e venda, adquiriu os investimentos e reconheceu e aproveitou ágio para fins fiscais; (c) não realizou ou incorreu no fato gerador da obrigação principal tributária discutida neste processo administrativo, sendo mera controladora direta da entidade que registrou e aproveitou o ágio para fins fiscais; e (d) não obteve nenhum benefício jurídico ou econômico indevido e alheio aos direitos legais da Recorrente como acionista indireto em razão das operações praticadas pela Bain Brazil. A bem da verdade, a Recorrente somente atuou como qualquer outra sociedade controladora direta de pessoa jurídica que adquire participação societária, no pleno exercício dos seus direitos como controladora direta da Bain Brazil, nos termos da legislação societária aplicável;

(7) A jurisprudência administrativa e judicial acerca do tema: a jurisprudência administrativa e judicial sobre o tema possui entendimento consolidado no sentido de que: (1) o art. 124, inciso I do CTN não é hipótese de atribuição de responsabilidade solidária a terceiro; (2) esse dispositivo legal apenas é aplicável a pessoas/entidades que estejam no mesmo polo da relação jurídica que constitui o fato gerador; e (3) o mero controle societário não implica a existência do referido “interesse comum” apto a justificar a responsabilização solidária da controladora, cabendo às Autoridades Fiscais demonstrá-lo; e

(8) Improcedência dos Autos de Infração: ainda que não se considere os argumentos acima, o que se admite apenas para argumentar, a responsabilidade solidária da Recorrente deve ser imediatamente afastada devido à necessidade de cancelamento dos Autos de Infração, com base nos argumentos contidos no Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo principal neste processo administrativo (NDI Saúde).

152. Nesses termos, a Recorrente tem por comprovada a exatidão dos procedimentos adotados por esta entidade e a total improcedência termo de responsabilização solidária, bem como o equívoco cometido pela Fiscalização e pelo Acórdão Recorrido ao interpretar os fatos e o Direito a eles aplicável neste caso.

153. Sendo assim, a Recorrente pleiteia o ACOLHIMENTO INTEGRAL DO PRESENTE RECURSO VOLUNTÁRIO, para o afastamento da responsabilidade solidária atribuída à Recorrente, já que inexistente qualquer fundamento de validade que o justifique, bem como o cancelamento integral dos Autos de Infração e o conseqüente arquivamento do processo administrativo; e (ii) o julgamento conjunto deste Recurso Voluntário com o recurso interposto pelo sujeito passivo principal (NDI Saúde);

154. A Recorrente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 4.º, alínea “a” do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

155. A Recorrente informa que tem interesse em realizar sustentação oral perante este E. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS.

Ciente do acórdão recorrido, NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A. (na condição de sucessora, por incorporação, da BCBF Participações S.A. – doc. nº 1) interpôs Recurso Voluntário e concluiu seus pedidos, conforme transcrevo, *in verbis*:

VI. A CONCLUSÃO E O PEDIDO

151. Ante todo o exposto neste Recurso Voluntário, a Recorrente tem por demonstrada a completa improcedência das alegações das Autoridades Fiscais e do Acórdão Recorrido, tendo sido comprovado que:

(1) Perda do Objeto deste Processo com relação à BCBF: em primeiro lugar, é importante ressaltar que o presente processo administrativo já perdeu o seu objeto com relação à BCBF, considerando que esta entidade já foi extinta por conta de sua incorporação pela NDI Saúde – que já constava como sujeito passivo principal nestes autos;

(2) Nulidade dos Autos de Infração: nos termos das normas jurídicas aplicáveis (art. 142 do CTN, arts. 9 e 10 do Decreto 70.235/72 e artigo 50, inciso II, da Lei 9.784/99), os autos de infração, na qualidade de ato administrativo, devem ser precisa e integralmente motivados. Nesse sentido, os Autos de Infração sob discussão são eivados de nulidade, porque: (1) o art. 124, inciso I, do CTN estabelece que a imputação de responsabilidade solidária exige a demonstração de “interesse comum” direto e imediato na situação que constitua o fato gerador; e

(2) entretanto, no caso concreto, a Fiscalização não apontou nenhum elemento capaz de comprovar a existência de “interesse comum” da Recorrente no fato gerador sob análise;

(3) Decadência: a presente autuação diz respeito a fatos e operações ocorridos em 2014. Nesse sentido, tais atos foram alcançados pela decadência e não poderiam ser objeto de autuação lavrada pelas Autoridades Fiscais;

(4) A existência de propósitos econômicos e negociais legítimos para a presença da Recorrente na estrutura de aquisição e para o papel exercido por esta entidade:

o próprio Acórdão Recorrido reconhece que não é possível questionar a existência de motivos empresariais e econômicos para a presença da Recorrente na estrutura de aquisição. Por esse motivo, não é possível à decisão recorrida alegar ao mesmo tempo que a Recorrente teria participado ativamente de estrutura artificialmente criada com o único objetivo de permitir o reconhecimento e aproveitamento fiscal de ágio;

(5) A correta interpretação do artigo 124, I, do CTN: o artigo 124, inciso I, do CTN, não é hipótese de responsabilização tributária solidária de terceiro alheio à situação que constitui o respectivo fato gerador. Este dispositivo legal prevê hipótese de responsabilidade solidária entre dois ou mais sujeitos passivos, aplicável àquelas pessoas que tenham relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária e estejam ambas situadas no mesmo polo de tal situação, o que não é o caso da Recorrente;

(6) Inaplicabilidade do artigo 124, I do CTN por ausência de “interesse comum”: A Autoridade Fiscal e o Acórdão Recorrido sequer se deram ao trabalho de indicar quais seriam os fatos que comprovam o suposto interesse comum da Recorrente.

Não obstante, fato é que a Recorrente (a) não integrou o mesmo polo da relação jurídica que deu surgimento ao fato gerador da obrigação tributária exigida pelos Autos de Infração; (b) não foi a entidade que figurou no contrato de compra e venda, adquiriu os investimentos e reconheceu e aproveitou ágio para fins fiscais; (c) não realizou ou incorreu no fato gerador da obrigação principal tributária discutida neste processo administrativo, sendo mera controladora direta da entidade que registrou e aproveitou o ágio para fins fiscais; e (d) não obteve nenhum benefício jurídico ou econômico indevido e alheio aos direitos legais da Recorrente como acionista indireto em razão das operações praticadas pela Bain Brazil. A bem da verdade, a Recorrente somente atuou como qualquer outra sociedade controladora direta de pessoa jurídica que adquire participação societária, no pleno exercício dos seus direitos como controladora direta da Bain Brazil, nos termos da legislação societária aplicável;

(7) A jurisprudência administrativa e judicial acerca do tema: a jurisprudência administrativa e judicial sobre o tema possui entendimento consolidado no sentido de que: (1) o art. 124, inciso I do CTN não é hipótese de atribuição de responsabilidade solidária a terceiro; (2) esse dispositivo legal apenas é aplicável a pessoas/entidades que estejam no mesmo polo da relação jurídica que constitui o fato gerador; e (3) o mero controle societário não implica a existência do referido “interesse comum” apto a justificar a responsabilização solidária da controladora, cabendo às Autoridades Fiscais demonstrá-lo; e

(8) Improcedência dos Autos de Infração: ainda que não se considere os argumentos acima, o que se admite apenas para argumentar, a responsabilidade solidária da Recorrente deve ser imediatamente afastada devido à necessidade de cancelamento dos Autos de Infração, com base nos argumentos contidos no Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo principal neste processo administrativo (NDI Saúde).

152. Nesses termos, a Recorrente tem por comprovada a exatidão dos procedimentos adotados por esta entidade e a total improcedência termo de responsabilização solidária, bem como o equívoco cometido pela Fiscalização e pelo Acórdão Recorrido ao interpretar os fatos e o Direito a eles aplicável neste caso.

153. Sendo assim, a Recorrente pleiteia o ACOLHIMENTO INTEGRAL DO PRESENTE RECURSO VOLUNTÁRIO, para o afastamento da responsabilidade solidária atribuída à Recorrente, já que inexistente qualquer fundamento de validade que o justifique, bem como o cancelamento integral dos Autos de Infração e o conseqüente arquivamento do processo administrativo; e (ii) o julgamento conjunto deste Recurso Voluntário com o recurso interposto pelo sujeito passivo principal (NDI Saúde).

154. A Recorrente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 4.º, alínea “a” do Decreto

70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

155. A Recorrente informa que tem interesse em realizar sustentação oral perante este E. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Fellipe Honório Rodrigues da Costa – Conselheiro Relator

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação dos Recursos Voluntários.

Demais disso, observo que os recursos são tempestivos e atendem os demais requisitos, portanto, conheço dos Recursos da NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A.; NOTRE DAME INTERMÉDICA PARTICIPAÇÕES S.A.; NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A. (na condição de sucessora, por incorporação, da BCBF) e NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A. (na condição de sucessora, por incorporação, da BCBF Participações S.A.)

DAS PRELIMINARES DE NULIDADE DA RECORRENTE NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A.

No que diz respeito as nulidades suscitadas, a recorrente levanta as hipóteses de Erro na Qualificação dos Fatos pelas Autoridades Fiscais, Inovação dos Critérios Jurídicos e Inovação dos Fundamentos da Autuação, nos seguintes termos, *in verbis*:

- A Nulidade dos Autos de Infração - Erro na Qualificação dos Fatos pelas Autoridades Fiscais:

(i) 1º Ponto – A Alegação de que a Bain Capital seria a “Real Adquirente” dos Investimentos: Ao afirmar que a Bain Capital seria a “real adquirente” dos investimentos, as Autoridades Fiscais demonstraram uma falta de compreensão e descrição adequada da realidade dos fatos em questão. Na verdade, a Bain Capital não pode ser considerada a adquirente das participações societárias da PSBB2 e PSBB3, pelos seguintes motivos: (a) a Bain Capital e suas entidades associadas são especializadas em gerenciar recursos de terceiros no contexto de investimentos

de private equity; e (b) como gestora dos investimentos originalmente feitos por investidores não-residentes, a Bain Capital apenas assessorou esses investidores na alocação de seus recursos, organizando estruturas e gerenciando patrimônios em seus respectivos nomes e benefícios, e não em nome e benefício da Bain Capital; e

(ii) 2º Ponto – Parcela Relevante do Preço foi Captada no Mercado Local: como uma parte significativa do valor de aquisição foi obtida no mercado local através da emissão de debêntures, as Autoridades Fiscais cometeram equívoco ao afirmar que a Bain Brazil seria apenas um “canal de passagem” dos recursos dos investidores estrangeiros. A aquisição também envolveu recursos captados localmente, o que demonstra um equívoco na interpretação dos fatos pelas Autoridades Fiscais

• A Nulidade do Acórdão Recorrido: o Acórdão Recorrido padece de nulidade, em virtude de que:

(i) Inovação dos Critérios Jurídicos: o Acórdão Recorrido inovou nos critérios jurídicos empregados para manutenção da autuação, na medida em que, apesar de afastar a condição de “real adquirente” da Bain Brazil, a DRJ elencou 5 entidades distintas como supostas verdadeiras adquirentes das participações societárias. Sendo assim, considerando que o Acórdão Recorrido apontou outras entidades como “reais adquirentes”, além da Bain Capital, a decisão recorrida inovou nos critérios jurídicos dos Autos de Infração Subsidiariamente, caso não se entenda pela nulidade da decisão recorrida, este E. CARF deve examinar o presente caso com base nas alegações das Autoridades Fiscais – isto é, deve ser analisada a possibilidade (ou não) de deslocar a condição de “real adquirente” à Bain Capital (e não à outra entidade somente mencionada pelo Acórdão Recorrido). ; e

(ii) Inovação dos Fundamentos da Autuação: ao afirmar que a autuação deveria ser mantida com base no argumento de que teria ocorrido suposta “transferência do ágio”, o Acórdão Recorrido inovou nos fundamentos da autuação, eis que a aludida alegação jamais foi feita pelas Autoridades Fiscais.

No entanto, entendo que todas as hipóteses acima elencadas são, na verdade, discussões sobre o mérito, razão pela qual todas as referidas preliminares devem ser rejeitadas.

No que diz respeito ao cometimento de Erro na Qualificação dos Fatos pelas Autoridades Fiscais por considerar a Bain Capital como a “Real Adquirente” dos Investimentos por falta de compreensão adequada da operação e, portanto, a autoridade fiscal não teria entendido que a real adquirente seria a Bain Brazil, cabe esclarecer que não houve uma interpretação “equivocada” por parte da fiscalização ou da DRJ em relação ao tema, uma vez que as premissas fixadas pelas decisões anteriores estão dentro do escopo dos seus respectivos convencimentos sobre a análise fático-jurídica do caso em apreço, porém são dissonantes do entendimento do

recorrente o que não enseja a nulidade, uma vez que fundamentadas na sua interpretação da norma.

Destaca-se que o fato de as autoridades entenderem e valorarem as provas, os fatos narrados e os fundamentos jurídicos com conclusões divergentes daquelas esperadas pelo contribuinte não atraem a nulidade, mas ensejam a materialização do contraditório e da ampla defesa tão bem exercidas pelo recorrente até o presente momento nos autos.

Ademais, não há qualquer hipótese de nulidade em relação a competência da autoridade lançadora, tampouco referente ao cerceamento do direito de defesa, previstas no art. 59 do Decreto 70.235.72.

Portanto, rejeito a preliminar por Erro na Qualificação dos Fatos pelas Autoridades Fiscais.

No que diz respeito a nulidade suscitada em razão da Inovação dos Critérios Jurídicos, pelo que o contribuinte sustentou que o Acórdão Recorrido inovou nos critérios jurídicos empregados para manutenção da autuação, na medida em que, apesar de afastar a condição de “real adquirente” da Bain Brazil, a DRJ elencou 5 entidades distintas como supostas verdadeiras adquirentes das participações societárias, é fato que a análise do mérito avaliará tais operações, seja para acolher ou rechaçar a amortização do ágio, porquanto ainda que houvesse qualquer equívoco ao indicar a real adquirente entre as cinco mencionadas, tal fato seria corrigido na integralização do entendimento que passa pelas fases e instâncias do Processo Administrativo Fiscal, mas não são passíveis de vícios que ensejam a nulidade pretendida.

Ademais, também não há qualquer hipótese de nulidade em relação a competência da autoridade lançadora, tampouco referente ao cerceamento do direito de defesa, hipóteses previstas no art. 59 do Decreto 70.235.72.

Portanto, rejeito a preliminar por Inovação dos Critérios Jurídicos.

Por fim, no que diz respeito a nulidade levantada por Inovação dos Fundamentos da Autuação: ao afirmar que a autuação deveria ser mantida com base no argumento de que teria ocorrido suposta “transferência do ágio”, o recorrente sustentou que o Acórdão Recorrido teria inovado nos fundamentos da autuação, eis que a aludida alegação jamais teria sido feita pelas Autoridades Fiscais.

Assim, também não merece acolhida a nulidade pelo referido fundamento porque a alegação de transferência do ágio, não implica em hipótese legal de nulidade, mas também fará parte da análise de mérito, logo, ainda que a DRJ tenha ampliado a interpretação sobre a manipulação do ágio, não há nisto, qualquer hipótese capaz de macular o lançamento, posto que mais uma vez preservado o direito de defesa e não se vislumbra qualquer prejuízo ao recorrente a ponto de ensejar a nulidade.

Portanto, também **rejeito a preliminar por Inovação dos Fundamentos da Autuação.**

DAS PRELIMINARES DE NULIDADE SUSCITADAS PELAS RESPOSNÁVEIS TRIBUTÁRIAS

No que diz respeito as nulidades suscitadas pelos responsáveis tributários, todos apresentaram os mesmos fundamentos, qual seja a inobservância do que preconizado o art. 124, inciso I, do CTN que estabelece a imputação de responsabilidade solidária a partir da demonstração de “interesse comum” direto e imediato na situação que constitua o fato gerador, quais sejam, *in verbis*:

Nulidade dos Autos de Infração: nos termos das normas jurídicas aplicáveis (art. 142 do CTN, arts. 9 e 10 do Decreto 70.235/72 e artigo 50, inciso II, da Lei 9.784/99), os autos de infração, na qualidade de ato administrativo, devem ser precisa e integralmente motivados. Nesse sentido, os Autos de Infração sob discussão são eivados de nulidade, porque: (1) o art. 124, inciso I, do CTN estabelece que a imputação de responsabilidade solidária exige a demonstração de “interesse comum” direto e imediato na situação que constitua o fato gerador; e

(2) entretanto, no caso concreto, a Fiscalização não apontou nenhum elemento capaz de comprovar a existência de “interesse comum” da Recorrente no fato gerador sob análise;

No entanto, não merece prosperar as arguições das recorrentes, conforme já mencionado anteriormente o mérito a respeito dos fatos e fundamentos que motivaram a responsabilidade solidária serão devidamente analisados na condução do voto.

Ademais, o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, apenas determina que são nulos, no âmbito do processo administrativo fiscal, os atos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, hipóteses não verificadas no caso em apreço

Portanto, rejeita-se as alegações de nulidade levantadas pelas empresas apontadas como responsáveis solidárias pela fiscalização.

DA ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA DA EXIGÊNCIA FISCAL

No que diz respeito a prejudicial de mérito da decadência da exigência fiscal, pelo ágio ter sido formado no ano de 2014. A decisão recorrida pontuou, *in verbis*:

(...) Entretanto, considera-se o momento em que o contribuinte se aproveita da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

O ágio glosado foi amortizado no ano-calendário de 2018. É sobre a amortização do ágio que se discute neste processo. O fato gerador ocorreu, portanto, em 2018 e não em 2014.

A Súmula CARF nº 72, vinculante para toda a administração tributária federal, estabelece que:

Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.

Assim, o prazo decadencial é aquele previsto no art. 173, inciso I, do CTN:

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;

O prazo decadencial começou a correr em 01/01/2020, posto que o lançamento poderia ter sido efetuado a partir de 01/01/2019. Portanto, dentro do prazo legal. A impugnante teve ciência dos Autos de Infração em 12/12/2023 (fls. 5.075). Desta forma, rejeita-se a alegação de decadência.

Conforme mencionado, o contribuinte defende que deveria ser aplicado ao caso dos autos o art. 150, §4º do CTN para considerarem decaídas as parcelas amortizadas do ágio no ano-calendário de 2014.

Destaca-se que o CTN prevê os tipos de lançamento existentes no direito tributário e em seu art. 150, cuida do lançamento por homologação que é o caso dos autos, em que o fisco transfere ao particular o dever do lançamento e que possui regra específica para a respectiva homologação.

Dessa forma, apesar do lançamento ser ato privativo da autoridade que em casos expressos em lei, como é o caso do CTN, se atribui um prazo peremptório para se aperfeiçoar o lançamento, ou seja, à inércia da administração são atribuídos efeitos jurídicos do ato expresso, no caso, se operando por força do §4º do artigo em comento, a homologação tácita pela qual se aperfeiçoa o lançamento.

Noutra senda, o art. 173 estabelece o prazo de decadência de cinco anos para lançar tributo de ofício ou com base em declaração do sujeito passivo. Nesse sentido, o art. 150 fixa o mesmo prazo para a homologação do pagamento antecipado, mas a forma de contagem é diferente daquela prevista no 173.

No caso de homologação tácita quando se deve considerar homologado o pagamento, decorridos os 05 anos, em razão do contribuinte ter cumprido com seus deveres tributários e realizado o pagamento do tributo.

Entretanto, conforme estabelece o mesmo §4º do art. 150, comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o prazo se inicia de acordo com o previsto no art. 173 do mesmo diploma legal, ou seja, no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, mantendo-se o prazo de 05 anos para que a Fazenda providencie o lançamento do tributo que entende devido.

Por assim dizer, tendo sido afastada a multa qualificada, pois não sendo demonstrada a conduta dolosa da Contribuinte e tão-somente que este agiu conforme convicções baseadas na melhor interpretação dada a época de sua conduta, não poderia ter sido deslocado o prazo decadencial para o art. 173 do CTN, devendo ser aplicado ao caso em análise o §4º do art. 150.

Entretanto, sendo a apuração do tributo anual e recebida a autuação em 12/12/2023 não há como considerar homologados os pagamentos realizados até 12/2018.

Pelo exposto, rejeito a prejudicial de mérito quanto à decadência.

DO ESCOPO DA LIDE

Apenas para delimitar o escopo da lide, bem como a sequência cronológica dos fatos e dos sucessivos negócios jurídicos que culminaram no Auto de Infração que procedeu a glosa de amortização de ágio no ano calendário de 2018, decorrente da complexa operação de aquisição das participações societárias nas empresas INTERMÉDICA SISTEMA DE SAÚDE (INTERMÉDICA), INTERODONTO SISTEMA DE SAÚDE ODONTOLÓGICA (INTERODONTO) e NOTRE DAME SEGURADORA (ND SEGURADORA), denominadas GRUPO NOTRE DAME, no montante de R\$ 219.168.992,52, passo a resumir os fatos para melhor entendimento do processo.

Segundo a decisão recorrida, o ágio passou a ser deduzido após a cisão e absorção do acervo líquido cindido da BAIN BRAZIL, por meio da qual os investimentos na INTERMÉDICA, INTERODONTO e ND SEGURADORA, assim como o ativo diferido correspondente ao ágio gerado na aquisição das holdings foram absorvidos pelas empresas adquiridas.

Assim, analisando o presente processo, vale esclarecer de plano que toda a operação de aquisição e amortização do ágio, objeto do presente litígio, já foi apreciada em 3 (três) processos distintos julgados na mesma Sessão de Julgamento, são eles:

- 1) Processo nº 16561.720078/2020-81 Recurso Voluntário Acórdão nº 1201-006.260 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária Sessão de

22 de fevereiro de 2024 Recorrente NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A. (ano calendário: 2014, 2015, 2016, 2017);

- 2) Processo nº 16561.720082/2020-49 Recurso Voluntário Acórdão nº 1201-006.262 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária Sessão de 22 de fevereiro de 2024 Recorrente NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A. (Ano-calendário 2014,2015); e
- 3) Processo nº 16561.720080/2020-50 Recurso Voluntário Acórdão nº 1201-006.261 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária Sessão de 22 de fevereiro de 2024 Recorrente NOTRE DAME INTERMEDICA SAUDE S.A. (Ano-Calendário 2014, 2015 e 2016)

Ressalta-se ainda que todos os processos seguiram o mesmo desfecho, qual seja:

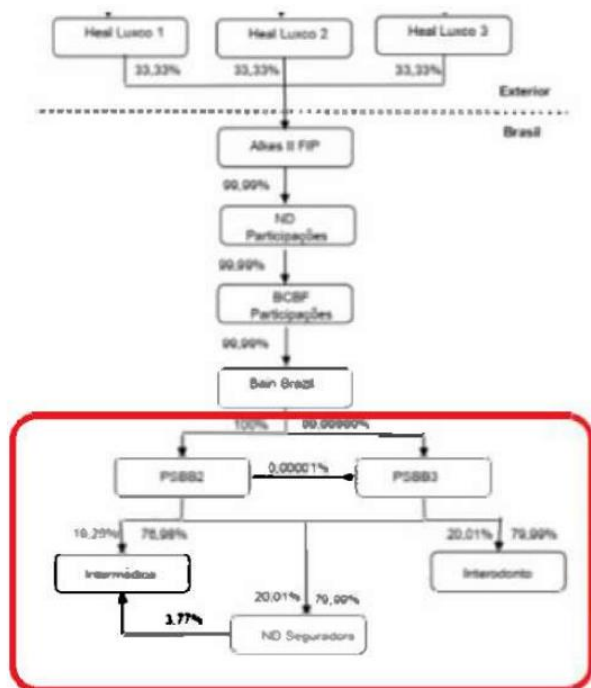
Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencida a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que dava parcial provimento ao recurso, para afastar a qualificação da multa de ofício e afastar a imputação de responsabilidade. O Conselheiro Fredy José Gomes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

Assim, no sentido de melhor identificar a sequência cronológica dos fatos, me utilizo do quadro inserto no Acórdão nº 1201-006.260 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária (fls. 1058 – volume 3), in verbis

o Acórdão trouxe a cronologia dos fatos aqui reproduzida, *in verbis*:

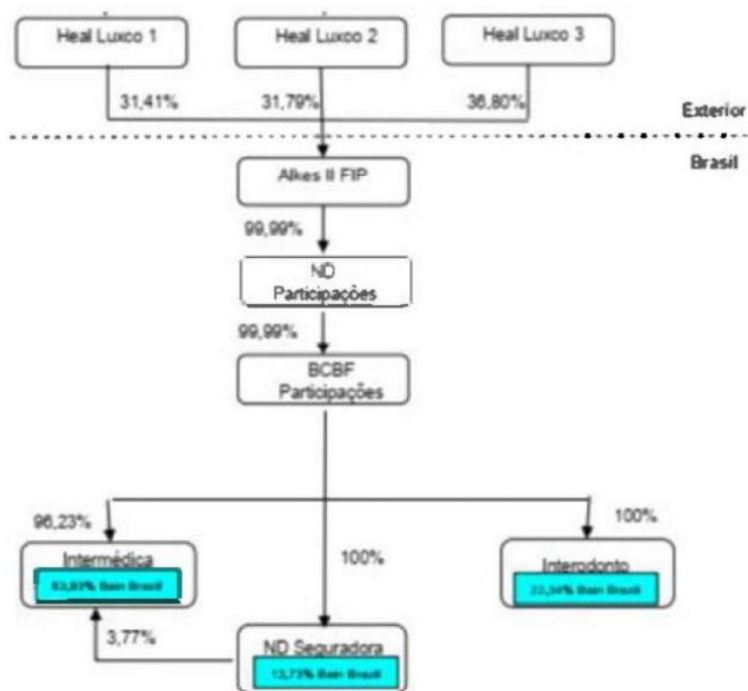
DATA	EVENTO – ordem cronológica
MARÇO 2013	<ul style="list-style-type: none"> Constituição, no Brasil, do fundo de investimento em participações <u>Alkes II FIP</u>.
MARÇO 2014	<ul style="list-style-type: none"> Os fundos do exterior (Luxco 1, Luxco 2 e Luxco 3) subscrevem as quotas do <u>Alkes II FIP</u>. O <u>Alkes II FIP</u> adquire a <u>ND Participações</u> (então <u>BCBH</u>), na época com capital social subscrito de R\$ 1.000,00 e integralizado de R\$ 100,00. A <u>ND Participações</u> adquire a <u>BCBF Participações</u>, também na época com capital subscrito de R\$ 1.000,00 e capital integralizado de R\$ 100,00. A <u>BCBF Participações</u> adquire a <u>Bain Brazil</u>. A <u>BCBF Participações</u> celebra contrato com o Bradesco para emitir debêntures, a fim de captar recursos complementares para a compra do grupo brasileiro GNDI. A <u>Bain Brazil</u> celebra contrato de compra das ações das holdings do grupo brasileiro GNDI (PSBB2 e PSBB3), com ágio.
MAIO 2014	<ul style="list-style-type: none"> Os fundos do exterior subscrevem e integralizam quotas do <u>Alkes II FIP</u> no valor de R\$ 994.993.998,00. Esses recursos são a parte do investimento proveniente do exterior (aprox. 72%). O restante veio da emissão das debêntures pela <u>BCBF Participações</u>. O <u>Alkes II FIP</u> integraliza capital de R\$ 992.872.522,00 na <u>ND Participações</u>. A <u>ND Participações</u> integraliza capital de R\$ 992.872.522,00 na <u>BCBF Participações</u>. Captação, pela <u>BCBF Participações</u>, de R\$ 396.747.648,03 através das debêntures, que têm como garantia 100% do capital das três empresas operacionais. A <u>BCBF Participações</u> integraliza capital na <u>Bain Brazil</u>, valor de R\$ 1.385.744.824,00. A <u>Bain Brazil</u> adquire, por esse mesmo valor, 100% do capital das holdings do grupo brasileiro GNDI, a PSBB2 e a PSBB3 (aquisição com o ágio).
SETEMBRO 2014	<ul style="list-style-type: none"> A <u>Bain Brazil</u> incorpora as holdings PSBB2 e PSBB3 do grupo brasileiro, passando a ser a controladora direta das três empresas operacionais.
NOVEMBRO 2014	<ul style="list-style-type: none"> Cisão da <u>Bain Brazil</u> em três parcelas e incorporação pelas empresas operacionais <u>Intermédica</u> (a interessada), <u>Interodonto</u> e <u>ND Seguradora</u>, com início do aproveitamento do ágio pelas operacionais.

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



Grupo brasileiro GNDI adquirido com ágio

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



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

DOCUMENTO VALIDADO

Com a posterior incorporação da Bain Brazil pela recorrente, a dedução do ágio teria indevidamente favorecido os reais adquirentes.

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

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

Especificamente com relação à decisão recorrida, a devedora principal arguiu sua nulidade, ante a afirmação do colegiado julgador de a real adquirente ter sido a BCBH Participações, e não os FPE relacionados pela autoridade fiscal como atuantes em tal função.

Dessa forma, em tese, teria ocorrido a alteração do critério jurídico inicialmente adotado para fundamentar a exação.

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

Portanto, apresentado o escopo da lide é de se apreciar o mérito.

DO MÉRITO

No que diz respeito ao mérito, conforme já relatado, a presente demanda trata da glosa de amortização de ágio no ano calendário de 2018, decorrente da operação de aquisição das participações societárias nas empresas INTERMÉDICA SISTEMA DE SAÚDE (INTERMÉDICA), INTERODONTO SISTEMA DE SAÚDE ODONTOLÓGICA (INTERODONTO) e NOTRE DAME SEGURADORA (ND SEGURADORA), denominadas GRUPO NOTRE DAME, no montante de R\$ 219.168.992,52.

Conforme explicou o Acórdão recorrido (...) O ágio passou a ser deduzido após a cisão e absorção do acervo líquido cindido da BAIN BRAZIL, por meio da qual os investimentos na INTERMÉDICA, INTERODONTO e ND SEGURADORA, assim como o ativo diferido correspondente ao ágio gerado na aquisição das holdings foram absorvidos pelas empresas adquiridas. - **A fiscalização, conforme descrito no relatório, considerou que o ágio contabilizado com fundamento na expectativa dos resultados futuros não se tornou elegível para ser amortizado, posto que não ocorreu confusão patrimonial, apontando que a BAIN BRAZIL não detinha poder decisório a respeito da compra das participações societárias, bem como não dispunha dos recursos financeiros necessários ao adimplemento das obrigações que simuladamente assumia; não participou das negociações, dos estudos e dos respectivos encargos incorridos nessa avaliação; não teve papel na decisão a respeito da compra das empresas brasileiras e não estava destinada a auferir os resultados proporcionados pelos investimentos. - Conforme a fiscalização, a BAIN BRAZIL foi utilizada como mero canal de passagem dos recursos necessários ao pagamento devido pela real adquirente pela BAIN CAPITAL, tendo a empresa brasileira servido apenas para solapar as bases de cálculo do IRPJ e CSLL.**

Portanto, conforme pontuado pela fiscalização e corroborado pela DRJ, a amortização do ágio não seria possível em razão da compra da participação societária realizada com ágio a partir de recursos financeiros de fundos estrangeiros, notadamente a BAIN CAPITAL PARTNERS que é uma das entidades do GRUPO BAIN, um grupo global gestor de fundos de participações societárias; e porque a Bain Brazil, empresa que formalmente efetuou a compra das ações das holdings com ágio, teria participado das operações societárias apenas com o objetivo de permitir o aproveitamento fiscal posterior do referido ágio, sem nenhuma outra razão econômica ou empresarial, operando como mera empresa veículo.

Noutra senda, a recorrente afirma, em síntese, que a dedução do ágio é válido e legítimo, pois decorreu de aquisição: (i) entre partes não-relacionadas; (ii) com efetivo pagamento de preço e remessa de dinheiro diretamente aos vendedores; (iii) com a tributação de ganhos de capital atribuíveis aos vendedores; (iv) devidamente fundamentada por laudo de avaliação preparado por empresa independente e especializada; (v) conduzida em operações devidamente revestidas de claros propósitos negociais e empresariais não tributários; (vi) protestou contra a qualificação da multa de ofício e sua concomitância com a multa isolada. Já as defesas dos solidariamente responsabilizados protestaram: (i) pela nulidade do termo de sujeição passiva; (ii) pela inaplicabilidade do artigo 124, inciso I, do CTN, ao caso; e (iii) pela improcedência do lançamento.

Assim, o ponto crucial para o deslinde do objeto controvertido é definir se a BAIN BRAZIL foi ou não utilizada como mero canal de passagem dos recursos necessários ao pagamento devido pela real adquirente (BAIN CAPITAL), tendo a empresa brasileira servido apenas para reduzir as bases de cálculo do IRPJ e CSLL, bem como se haveria efetivamente inobservância da norma de regência na hipótese de empresa veículo, especialmente após o entendimento estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça que se manifestou sobre a possibilidade da dedução do ágio oriundo de operações ocorridas sob a égide da Lei 9.532/1997 (RECURSO ESPECIAL Nº 2.026.473 - SC (2022/0289624-0)).

Para a fiscalização, restou evidente a artificialidade da participação da Bain Brazil na operação, isso porque a autoridade fiscal não considera que a referida empresa nasceu

essencialmente do Grupo Bain (estrangeiro), tendo em vista que a Bain Brazil surgiu em 12/07/2011, constituída por terceiros e com R\$ 100,00 subscritos e não integralizados, portanto, não haveria qualquer razão aparente para que ela adquirisse as ações das controladoras do GNDI (PSBB2 e PSBB3), logo, ela seria “empresa veículo” utilizada com o intuito intermediário para a passagem de recursos ou patrimônio cuja propriedade seria da real adquirente.

A fiscalização pontua ainda que antes da aquisição da Bain Brazil em 18/01/2013, pela Bain Capital Partners e pela BCTR não houve recursos integralizados, não havia receitas registradas ou despesas incorridas, também não havia sinais de aquisição societária. Para ilustrar, segue a sequência de fatos que embasa o entendimento da fiscalização contida no Acórdão nº 1201-006.260 supramencionado que analisou a mesma operação, *in verbis*:

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

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

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

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

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

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

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

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

A recorrente, por sua vez, rechaça os argumentos acima, defendendo que havia sim finalidade econômica para a existência da Bain Brazil e que ela não seria um mero instrumento de passagem de recurso para a utilização artificial indevida do ágio, e em síntese trouxe os seguintes fundamentos, *in verbis*:

86. Como consequência da aquisição das participações societárias da PSBB2 e PSBB3, a Bain Brazil passou a ser legalmente obrigada, nos termos do artigo 385 do Decreto nº 3.000, de 26.3.1999 (“RIR/99” – com base legal no artigo 20 do DL 1.598/77 vigente à época), a avaliar seu investimento na investida segundo o Método da Equivalência Patrimonial (“MEP”), isto é, desdobrando seu valor total em: (i) valor de patrimônio líquido da entidade adquirida; e (ii) ágio ou deságio.

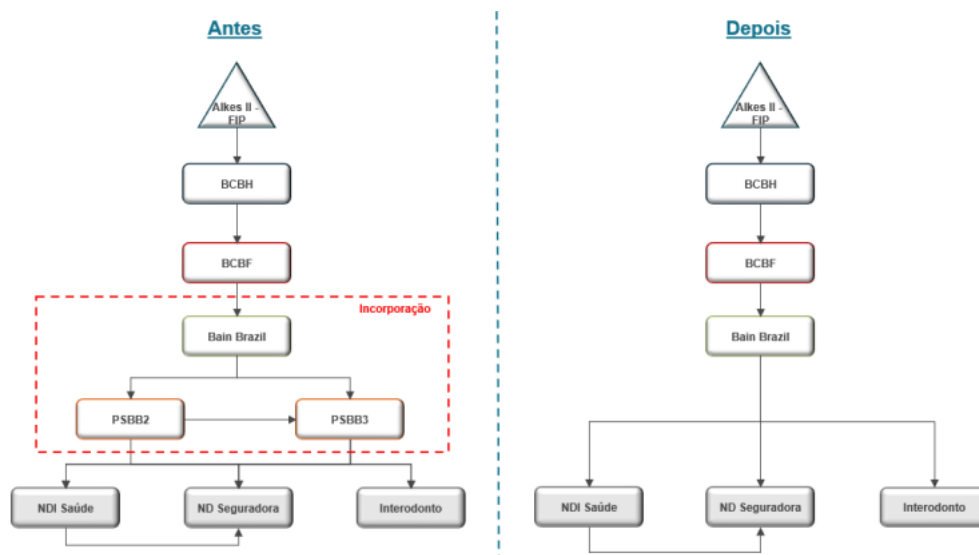
87. Portanto, segundo a legislação fiscal e societária em vigor à época da aquisição, a Bain Brazil apurou ágio no valor de R\$ 700.577.848,71 (setecentos milhões e quinhentos e setenta e sete mil e oitocentos e quarenta e oito reais e setenta e um centavos).

88. Nesse cenário, é importante destacar que o ágio reconhecido:

- a) resultou de uma operação efetiva de compra e venda de participação societária praticada entre partes independentes brasileiras, com o pagamento de preço em dinheiro;
- b) decorreu de operações efetuadas de forma transparente e em atendimento a todos os requisitos materiais e formais exigidos pela legislação aplicável, as quais foram todas aprovadas pelos órgãos reguladores competentes; e
- c) foi corretamente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura dos investimentos adquiridos, a qual foi mensurada com base em projeções de fluxo de caixa descontado, que expressavam valores significativamente superior ao patrimônio líquido das investidas à época.

(H) 8º Passo: Incorporação da PSBB2 e PSBB3 pela Bain Brazil 89. Em 30.9.2014, com o objetivo de simplificar a estrutura societária no Brasil, a PSBB2 e a PSBB3 foram incorporadas pela Bain Brazil (fls. 5.841/5.864).

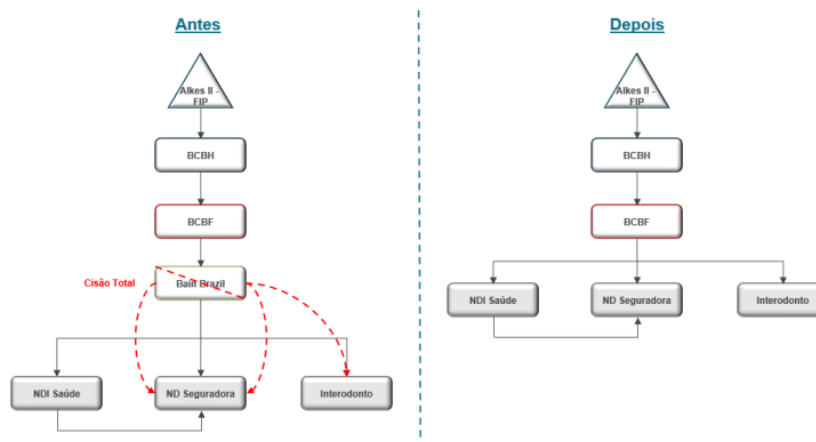
90. Como consequência, a Bain Brazil passou a deter investimento direto na NDI Saúde, na ND Seguradora e na Interodonto, conforme ilustrado abaixo:



91. Após a incorporação da PSBB2 e PSBB3 ao patrimônio da Bain Brazil, os ágios foram convertidos em ativo diferido desta sociedade, dedutível para fins fiscais nos exatos termos do artigo 7º, inciso III, e artigo 8º da Lei nº 9.532, de 10.12.1997 (“Lei 9.532/97”), reproduzido no artigo 386, inciso III, do então vigente RIR/99, tendo em vista que esse ágio tinha como justificativa econômica a expectativa de rentabilidade futura das sociedades adquiridas (PSBB2 e PSBB3).

(I) 9º Passo: Cisão Total da Bain Brazil e Incorporação da Parcela Cindida pelas Empresas Operacionais GNDI

92. Em 26.11.2014, a Bain Brazil foi totalmente cindida e a o seu patrimônio foi incorporado pela Recorrente, Interodonto e ND Seguradora (fls. 5.865/5.911):



93. Como consequência, a Recorrente, a Interodonto e a ND Seguradora passaram a suceder a Bain Brazil em todos os seus direitos e as suas obrigações, nos termos do art. 229, § 1º da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 (“Lei das S.A.”), passando a ter

direito ao aproveitamento fiscal do ágio gerado na aquisição da PSBB2 e PSBB3 pela entidade cindida.

94. Conforme apontado no “Protocolo de Cisão, Justificação e Consequente Incorporação do Acervo Líquido Cindido”, essa operação “tem como objetivo estratégico central simplificar a estrutura societária do grupo econômico ao qual pertencem todas as sociedades, com a consequente redução de custos administrativos e aumento na eficiência administrativa do grupo, com a redução de controles e correspondente burocracia” (fls. 5.865/5.911).

95. Assim, a incorporação da PSBB2 e PSBB3 pela Bain Brazil e posterior cisão total desta entidade consistiu em mera consequência lógica da anterior aquisição da participação societária da PSBB2 e PSBB3, correspondendo à reorganização e simplificação da estrutura societária do grupo econômico após a compra dessas empresas.

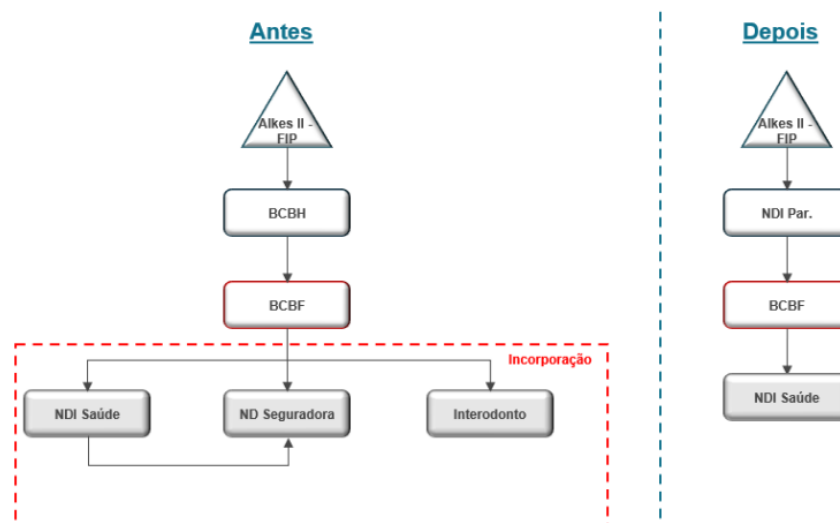
96. Assim, nota-se que o ágio reconhecido na operação de aquisição da PSBB2 e PSBB3 pela Bain Brazil e, posteriormente, aproveitado para fins fiscais foi:

i. fruto da aquisição efetuada por uma empresa domiciliada no Brasil, a Bain Brazil; ii. efetivamente pago pela Bain Brazil aos Vendedores na data de fechamento do contrato de compra e venda da Recorrente (21.5.2014), momento em que foi realizado o desembolso de caixa no valor total de R\$ 1.427.500.000,00; iii. fruto de transação efetuada entre partes independentes, com base em valores de mercado; e iv. teve como justificativa a expectativa de rentabilidade futura das sociedades adquiridas, baseada em laudo de avaliação, preparado nos termos da legislação fiscal, sem qualquer questionamento técnico por parte da Fiscalização e do Acórdão Recorrido quanto à sua forma.

97. Por isso, são incabíveis as alegações de que a aquisição da PSBB2 e PSBB3 pela Bain Brazil teria como único propósito econômico a redução do recolhimento de IRPJ e de CSL. Muito pelo contrário: os ágios gerados na transação decorreram de operação com efetivas razões empresariais e econômicas (ingresso no mercado brasileiro de saúde), praticada entre terceiros e a valores de mercados, em atendimentos às normas tributárias aplicáveis.

(J) 10º Passo: Incorporação da Interodonto e ND Seguradora pela NDI Saúde (Recorrente)

98. Em 31.3.2015 e 31.3.2016, a NDI Saúde (Recorrente) incorporou, respectivamente, a ND Seguradora e a Interodonto (fls. 5.912/5.952 e fls. 5.953/5.989). Posteriormente, em 25.4.2017, a BCBH altera a sua denominação social para Notre Dame Intermédica Participações S.A. (“NDI Par.” – fls. 5.990/6.026), sociedade responsável por exercer o papel de holding do grupo e centralizar das participações societárias das empresas GNDI visando futura realização de Oferta Pública Inicial (“IPO”) de suas ações na bolsa de valores brasileira (B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão – “B3”). O movimento das transações descritas pode ser retratado da seguinte maneira:



99. Feitos esses esclarecimentos acerca do panorama fático sob discussão, cabe examinarmos as razões pelas quais as alegações das Autoridades Fiscais e do Acórdão Recorrido não merecem prosperar.

V. O DIREITO – A IMPROCEDÊNCIA DA EXIGÊNCIA FISCAL

V.1. A COLOCAÇÃO DA QUESTÃO

100. O Ponto sob Discussão: como se pode notar, todas as operações que levaram à aquisição da PSBB2 e PSBB3 e incorporação destas entidades pela Bain Brazil e, posteriormente, à incorporação da ND Seguradora e Interodonto pela Recorrente foram respaldadas por razões empresariais e econômicas legítimas, tendo sido efetuadas de forma transparente e em atendimento a todos os requisitos formais e materiais aplicáveis.

101. Todas as transações foram praticadas por motivos não tributários, tendo um substrato negocial, estratégico e econômico apto a justificar cada um dos passos da operação.

102. O único ponto sob discussão é a possibilidade (ou não) de deslocar a condição de “real adquirente” da Bain Brazil à Bain Capital (gestora dos recursos dos investidores não-residentes) pelo simples fato de os recursos utilizados por aquela entidade para o pagamento do preço de aquisição terem originalmente integrado o seu patrimônio por conta de aportes de capital anteriores.

(...)V.3. A IMPROCEDÊNCIA DOS AUTOS DE INFRAÇÃO

116. Sendo assim, as alegações das Autoridades Fiscais somente poderiam ser consideradas (ainda que para fins de argumento) se fosse possível descaracterizar toda a estrutura de aquisição das participações societárias, para considerar que – na verdade – ocorreu um investimento da Bain Capital (entidade apontada pela Fiscalização como a “real adquirente”) na PSBB2 e PSBB3. Caso contrário, se a estrutura de aquisição (com a presença do Alkes FIP II – FIP, da NDI Par. e da BCBF) não for desconsiderada, não seria possível rejeitar a figura da Bain Brazil como adquirente das participações societárias.

117. No entanto, fato é que o próprio Acórdão Recorrido reconhece que todas as demais entidades brasileiras além da Bain Brazil estiveram presentes na estrutura por motivos empresariais e econômicos legítimos:

(...)

119. Com efeito, se a I. DRJ atesta que a NDI Par. e a BCBF tiveram legítimos propósitos empresariais e econômicos na estrutura, (i) não é possível afirmar que a Bain Capital (ou qualquer outra entidade) foi a “real adquirente” das participações societárias; e (ii) a Fiscalização e o Acórdão Recorrido não podem desconsiderar apenas a Bain Brazil, enquanto todo o restante da estrutura no Brasil é reconhecido como legítimo.

120. Com efeito, não cabe à Fiscalização e ao Acórdão Recorrido escolher qual nível da estrutura considerará como legítimo e qual nível da estrutura será desconsiderado, com fins meramente arrecadatários. Ou toda a estrutura é artificial e deve ser desconsiderada, ou toda a estrutura deverá ser considerada como legítima e os seus efeitos jurídico-tributários deverão ser observados. Não existe um “meio-termo”.

121. 2º Ponto | O reconhecimento de que as operações que deram surgimento ao ágio tiveram propósito negocial e que o ágio surgiu sem artificialidade: a própria decisão recorrida afirma que as operações sob discussão foram realizadas entre partes independentes, com propósito negocial, pagamento de preço e suporte em laudo técnico, bem como que o ágio surgiu sem artificialidade:

(...)124. Como se pode notar, ao mesmo tempo em que o Acórdão Recorrido reconhece que o ágio surgiu sem artificialidade em operação realizada com propósito negocial, a mesma decisão contraditoriamente afirma que as operações teriam sido realizadas com fins unicamente tributários, com o objetivo de “criar artificialmente” as condições para a amortização fiscal do ágio.

125. 3º Ponto | O Acórdão Recorrido aponta diversos supostos “reais adquirentes”, e não somente um “real investidor”: apesar de alegar que a Bain Brazil não seria a “real adquirente” das participações societárias, o Acórdão Recorrido indica entidades diferentes ao longo da decisão que, no seu entendimento, seriam as “reais investidoras”, mudando a entidade apontada como “real adquirente” a depender da passagem da decisão analisada:

(...)(B.1) A Bain Capital nunca poderia ser considerada a “real adquirente” dos investimentos 129. Conforme já mencionado, as Autoridades Fiscais glosaram as despesas de ágio com base na alegação de que a Bain Brazil não seria a “real adquirente” dos investimentos, mas sim a Bain Capital. No mesmo sentido, a I. DRJ também alega em algumas passagens do Acórdão Recorrido que a Bain Capital teria sido a “real adquirente” da PSBB2 e PSBB3:

(...)130. Entretanto, a impossibilidade de caracterização da “Bain Capital” como a “real adquirente” das participações societárias se torna clara a partir da análise do

seu objeto social, da natureza de suas atividades e da sua função nas operações sob discussão.

131. Isso porque a Bain Capital é uma gestora de private equity que, nessa condição, tem como objeto social a gestão de recursos de terceiros para a realização de investimentos de private equity, em nome e no interesse de terceiros. Ou seja, as aquisições de participações societárias efetuadas sob a estrutura de gestão da Bain Capital são realizadas com recursos de terceiros, e não da Bain Capital – que é mera gestora de private equity.

132. Com efeito, as atividades desempenhadas pelas sociedades do Grupo Bain Capital têm o seguinte objetivo: (i) captar recursos de diversos investidores; (ii) organizar o fluxo de recursos dos investidores para aquisição dos investimentos (o que é feito por meio de fundos de investimentos – que congregam os recursos desses diversos investidores de todo o mundo -, e de sociedades constituídas para esse fim específico, que tomam dívida para realizar o investimento); e (iii) auxiliar na gestão do investimento de terceiros, de forma profissional e aumentar seus retornos.

Nesse contexto, analisando os fundamentos acima delineados, entendo que assiste razão a recorrente, isso porque na ótica deste julgador a operação é regular e detém propósito econômico válido, em face da criação de holdings nacionais. Não se pode perder de vista que não há óbice legal na participação de companhias no quadro social de outras criadas para operacionalizar negócios jurídicos legais e legítimos com terceiros, conforme se depreende do caso em apreço, posto que não se antevê fraude alguma.

Vale ressaltar, em que pese o investimento tenha sido realizado por um Fundo de Investimento em Participações, não prejudica ou inviabiliza a possibilidade da utilização da amortização pretendida decorrente das operações realizadas.

Ademais, é certo que a aquisição da BAIN BRAZIL, pela gestora BAIN CAPITAL PARTNERS que fora real adquirente – das empresas operacionais investidas, no caso a INTERMÉDICA, INTERODONTO e ND SEGURADORA (todas nacionais), as quais formavam o Grupo Notre Dame Intermédica, passaram pelo crivo de processos regulatórios específicos frente à ANS (Agência Nacional de Saúde), uma vez que operam no setor da saúde e restou consignado no próprio TVF o propósito negocial firmado entres as partes com a menção das referidas empresas:

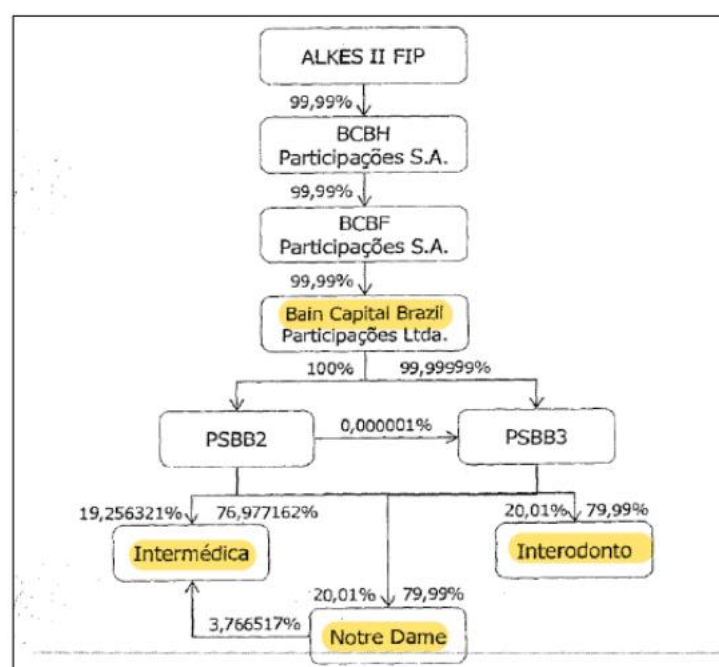
“2. OPERAÇÃO PRETENDIDA

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

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

O organograma abaixo detalha o resultado da Operação pretendida:

Estrutura Pretendida



Nesse contexto, vale transcrever o trecho da Declaração de Voto do I. Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque no Processo nº 16561.720078/2020-81, Acórdão nº 1201-006.260, Sessão de 22 de fevereiro de 2024 da mesma recorrente que por espelhar a conclusão deste relator, passa a fazer parte dos fundamentos integrantes da presente decisão, *in verbis*:

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

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

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

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

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

4. BCBF Participações, por sua vez, como quotista detentora de 99,99% das quotas de Bain Brazil (...) subscreverá e integralizará novas quotas da Bain Brazil no mesmo valor do Valor de Aquisição, cuja destinação será única e exclusivamente o pagamento do preço de compra relacionado à aquisição, pela Bain Brazil, de quotas representativas de 100% (cem por cento) do capital social da PSBB2 e PSBB3, controladoras diretas e detentoras, em conjunto, de 100% das ações e quotas conforme o caso, das Sociedades Transferidas (Operadoras).

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

Em 11/04/2014, a Bain Capital Partners instrui o processo em tramitação na ANS com declaração destinada a comprovar sua capacidade financeira perante a Diretoria de Normas e Habilitação de Operadoras – DIOPE daquela agência reguladora. Ressalte-se que, tal documento enfatiza a aquisição das Operadoras, foco da operação, e informa que recursos que serão utilizados virão dos Fundos de Private Equity, que são assessorados e Partners administrados pela Bain Capital e suas afiliadas. Vejamos:

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

Em complemento, nós declaramos que as sociedades Heal Luxco 1, Heal Luxco 2 e Heal Luxco 3, todas sociedades empresárias de responsabilidade limitada (société à responsabilité limitée), devidamente organizadas sob as leis do Grão-Ducado de Luxemburgo, são nossas coligadas, e subscreveram quotas do Alkes II FIP, um fundo de investimento em participações registrado na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, administrado pela Oliveira Trust. Heal Luxco 1 é controlada por GNDI Holdings I, Heal Luxco 2 é controlada por GNDI Holdings II e Heal Luxco 3 é controlada por GNDI Holdings III. Muito embora os investidores (limited partners) diretos e indiretos que deterão parcela substancial da participação na GNDI Holdings I, na GNDI Holdings II e na GNDI Holdings III (cada qual uma sociedade limitada isenta devidamente organizada sob as leis das Ilhas Cayman) serão diferentes, a Bain Capital Partners XI, uma sociedade limitada isenta devidamente organizada sob as leis das Ilhas Cayman, é a administradora (general partner) direta ou indireta em comum de tais sociedades limitadas,

e a Bain Capital Investors é a administradora (general partner) da Bain Capital Partners XI. Como administradora (general partner) da pessoa jurídica (Bain Capital Partners XI) que é a administradora (general partner) direta ou indireta da GNDI Holdings I, da GNDI Holdings II e da GNDI Holdings III, a Bain Capital Investors terá a totalidade dos poderes de controle e gerenciamento sobre os quotistas controladores da Heal Luxco 1, Heal Luxco 2 e Heal Luxco 3, respectivamente.

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

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

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

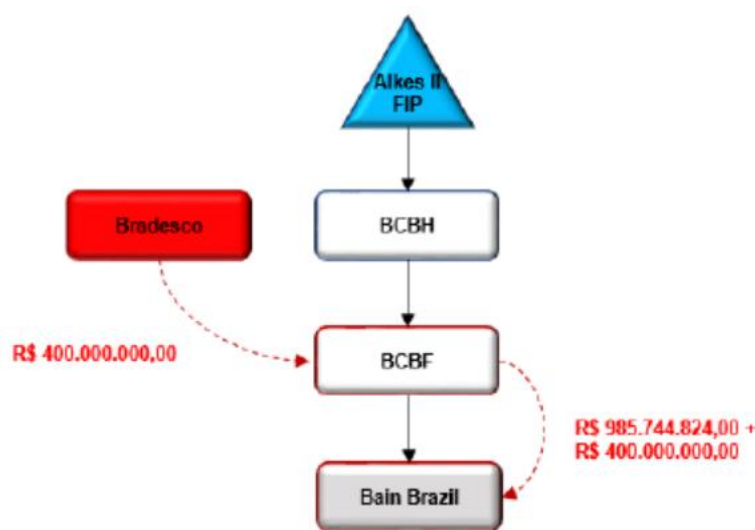
18. Sobre essa questão, a recorrente esclarece que os fundos investidores sequer poderiam criar ou absorver dívidas, também por questões regulatórias da CVM, a saber:

66. Como será oportunamente detalhado, à época dos fatos, a CVM não permitia que os FIPs contraíssem dívidas, conforme inciso II do artigo 35 da Instrução da CVM nº 391, de 14.7.2003 - "ICVM 391/03"), de maneira que necessariamente o Grupo Bain Capital deveria ter uma entidade criada especificamente para obter financiamento do preço restante a ser pago pela Recorrente.

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

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

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



Passo 7: Aquisição indireta das ações da Recorrente pela Bain Brazil 70. Concluídas as negociações entre as pessoas físicas controladoras do GNDI

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

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

72. Esse valor, vale repisar, estava devidamente suportado por um laudo de avaliação preparado 30.4.2014 (doc. nº 19 da Impugnação) pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda., cuja fundamentação era baseada na

expectativa de rentabilidade futura das sociedades adquiridas, nos termos do artigo 20, parágrafo 2º, alínea “b”, do Decreto-Lei 1.598/77.

73. A Recorrente destaca que a transferência de controle societário das operadoras de planos de assistência de saúde deve ser analisada e deferida pela ANS, nos exatos termos da Resolução Normativa ANS nº 270 de 10.10.2011

(“RN 270/11”). Assim, a efetiva transferências das ações somente ocorreu após a aprovação da ANS, que ocorreu em 27.3.2014 (doc. nº 20 da Impugnação).

74. No mesmo sentido, seguindo as disposições da legislação concorrencial, a aquisição em questão foi devidamente submetida à análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), que aprovou seus termos integralmente, em 25.4.2014, sem quaisquer restrições, evidenciando se tratar de um negócio jurídico real e legítimo (doc. nº 21 da Impugnação).

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

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

Isso porque, conforme defende a recorrente houve uma aquisição entre partes não-relacionadas; (ii) com efetivo pagamento de preço e remessa de dinheiro diretamente aos vendedores; (iii) com a tributação de ganhos de capital atribuíveis aos vendedores; (iv) devidamente fundamentada por laudo de avaliação preparado por empresa independente e especializada; (v) conduzida em operações devidamente revestidas de claros propósitos negociais e empresariais não tributários.

Assim, entendo aplicável os artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97, dispositivos que admitem a dedução quando a participação societária é extinta em decorrência da incorporação, fusão ou cisão de sociedades:

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: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Em conformidade com a norma acima posta, são requisitos para a dedução “(i) que o ágio seja justificado pela rentabilidade futura do investimento; (ii) que, após a aquisição, haja incorporação da controlada pela controladora, ou vice-versa; e (iii) que seja respeitado o limite de amortização de 1/60 por mês” (RECURSO ESPECIAL Nº 2.026.473 - SC (2022/0289624-0)).

Assim, aos olhos deste relator não havia óbice legal para a aquisição da BAIN BRAZIL, pela gestora BAIN CAPITAL PARTNERS - que fora real adquirente – das empresas operacionais investidas, no caso a INTERMÉDICA, INTERODONTO e ND SEGURADORA (todas nacionais), as quais formavam o Grupo Notre Dame Intermédica, posto que, inexistente o impedimento legal para tanto, o entendimento da impossibilidade da dedução decorrente do ágio quando a aquisição da empresa se dá por empresa veículo em razão da presunção de que tais organizações são desprovidas de fundamento material/econômico, é o mesmo que presumir a má-fé da operação e, ao contrário, no ordenamento jurídico brasileiro a presunção é pela boa-fé.

A presunção pela má-fé é bastante evidente quando se observa a suposta “interpretação sistemática” não raramente conferida aos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997 em conjunto com o art. 116, parágrafo único, e 149, VII, do CTN. Esse cenário foi bem posto pelo recurso voluntário.

É dizer: para construir a suposta impossibilidade do ágio interno – não expressa pelos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997 -, a fazenda pública fundamenta tal impossibilidade na ocorrência de fraude por parte do contribuinte. Presume que todas as aquisições realizadas entre partes dependentes que geraram ágio foram perfectibilizadas apenas para fins de ágio fictício.

A inadmissão da presunção da má-fé se soma ao fato de que a Lei nº 12.973 de 2014 expressamente proibiu o ágio interno – não a empresa veículo -, restando plenamente evidente para este relator, ainda que se entendesse por hipótese que a Bain Brazil fosse considerada uma empresa veículo, que não haveria óbice para a amortização do ágio. Ressalte-se que este Conselho de Recursos Fiscais já reconheceu a legalidade do ágio por intermédio de empresa veículo:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2016

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Até a edição da Lei n. 12.973/14 inexistia proibição para a constituição de ágio em operações de aquisição de participação societária de partes dependentes, sendo que durante a vigência do artigo 36 da Lei n. 10.637/02, havia até previsão expressa de diferimento de ganho de capital de operação de subscrição de participação societária pelo valor de mercado com geração de ágio. Inexistindo comprovação de que as operações que geraram o ágio entre partes dependentes foram fraudulentas, há que ser mantida a dedutibilidade da então despesa com a amortização do ágio.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO POR INTERMÉDIO DE “EMPRESA VEÍCULO”. LEGITIMIDADE.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa detentora do ágio por meio de fusão, cisão e incorporação. O uso de empresa veículo e de incorporação reversa não prejudicam o direito de amortizar fiscalmente o ágio.

MOTIVO DO NEGÓCIO. CONTEÚDO ECONÔMICO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

Não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam "conteúdo econômico" ou "propósito comercial" e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. O lançamento deve ser feito nos termos da lei. (Processo nº 15746.722264/2021-12. Sessão de 10 de setembro de 2024. Acórdão nº 1201-006.994 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária).

Aqui não se exclui a possibilidade da existência de fraude e simulação de ágio. Entretanto, elas precisam restar comprovadas para que a dedução do ágio seja indeferida pela autoridade fiscal. Neste caso concreto não há comprovação de fraude e nem de simulação, tendo a recorrente comprovado que as operações se deram, inclusive, para obedecer às normas da CVM e ANS.

Portanto, entendo que as autuações são improcedentes pelo que as glosas da amortização do ágio devem ser afastadas, devendo-se igualmente afastar a atribuição de responsabilidades solidárias, por consequência.

Não havendo qualquer ilegalidade nas deduções do ágio neste caso concreto, não há que se falar em multa isolada ou em multa qualificada.

DA CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA COM A MULTA DE OFÍCIO

No que diz respeito a multa isolada pela falta de pagamento das estimativas de IRPJ e CSLL, o Acórdão recorrido assim se pronunciou, in verbis:

Com a aprovação da Súmula nº 105, para os fatos geradores anteriores a 2007, restou pacificado o entendimento no âmbito do CARF em relação à impossibilidade de aplicação cumulativa de (i) multa pela falta ou insuficiência dos recolhimentos do Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) a título de estimativas mensais e da (ii) multa de ofício sobre o IRPJ e a CSLL anuais calculados no encerramento do período de apuração (ajuste anual). Nessas situações, deve prevalecer a multa de ofício.

No entanto, remanesceu a controvérsia em relação aos fatos geradores ocorridos após 2007, posto que os fundamentos que sustentaram o entendimento pelo descabimento da dupla penalidade não mais subsistiram após o advento da Lei 11.488, de 2007, que deu nova redação ao artigo 44 da Lei 9.430/96. Após a vigência da citada Lei, a multa isolada por falta de recolhimento deixou de ser exigível com base no art. 44, § 1º, IV da Lei nº 9.430/96, passando a ser exigível com base no art. 44, II, “a” do mesmo diploma legal.

Em decisão recente, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) prolatou Acórdão em que admite a cumulação de multa isolada e de ofício em lançamentos contra o contribuinte, para fatos geradores posteriores a 2007, revertendo a posição anterior constante na Súmula nº 105 do CARF.

Na citada decisão, consubstanciada no Acórdão nº 9101-002.251, de 02 de março de 2016, prevaleceu o entendimento de que a Súmula nº 105 do CARF referia-se a redação anterior do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, que determinava a mesma base de cálculo para multa isolada e de ofício, qual seja a “totalidade ou diferença de imposto ou contribuição”.

Com o advento da Lei nº 11.488/2007, foram criados incisos com previsões legais separadas para a multa isolada, que passou a ter como base de cálculo “o valor de pagamento mensal”, e para a multa de ofício, que continuará a incidir sobre a “totalidade ou diferença de imposto ou contribuição”.

O conselheiro relator entendeu que a “totalidade ou diferença de imposto ou contribuição” não se confunde com “o valor de pagamento mensal”, inexistindo, portanto, qualquer identidade, pessoal ou material, entre as multas.

Em consonância com o mais recente entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais, e considerando que no caso presente os fatos geradores mais antigos referem-se ao ano-calendário de 2008, considero correta a aplicação concomitante da multa de ofício e da multa isolada.

Por outro lado, entendo incorreta a aplicação concomitante da multa de ofício e da multa isolada em vista da falta de pagamento das estimativas mensais e me posiciono no sentido inverso ao Acórdão.

Não há dúvida que com a aprovação da Súmula CARF nº 105, restou sedimentado que: “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.” Em outras palavras, a Súmula aplica-se inquestionavelmente para os fatos compreendidos até dezembro/2006.

Conforme aduzido no voto vencido pelo Ilustre Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, no Processo nº 15504.729918/2014-44, Recurso Especial do Contribuinte, Acórdão nº 9101-006.618 – CSRF / 1ª Turma Sessão de 14 de junho de 2023 que assim se posicionou, in verbis:

(...) Dizemos indubitavelmente porque há corrente doutrinária e jurisprudencial, na linha do que argumenta a Recorrente, que sustenta que, após a nova redação dada pela Lei nº 11.488/2007 (conversão da Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007) ao art. 44 da Lei nº 9.430/96, não haveria mais espaço para interpretação diversa daquela que conclui pela possibilidade jurídica da exigência de multa isolada sobre estimativas mensais não recolhidas, mesmo nos casos em que também houver sido formulada exigência de multa de ofício em razão da falta de pagamento do IRPJ e da CSLL apurados no final do mesmo ano de apuração.

Por essa linha de pensamento, o Legislador teria prescrito sanções autônomas e inconfundíveis, autorizando ao fisco, na hipótese do contribuinte deixar de recolher estimativas mensais de IRPJ e CSLL, inclusive aquelas apuradas de ofício e, paralelamente, não recolher integralmente estes mesmos tributos no final do período de apuração, aplicar as duas sanções concomitantemente (multa de ofício sobre o IRPJ/CSLL devidos e não recolhidos + multa isolada sobre as estimativas “em aberto”).

Vejamos, então, o que dispõe o art. 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela MP nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007):

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de

declaração e nos de declaração inexata; II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

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

§ 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.

Da leitura desses dispositivos, verifica-se que a multa de ofício de 75% prevista no inciso I é aplicável nos casos de falta de pagamento de imposto ou contribuição, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

Já a multa isolada de 50%, prevista no inciso II, deve incidir sobre o valor das estimativas mensais não recolhidas, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física e 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.

Nesse contexto, não se pode perder de vista que as estimativas são meras antecipações do tributo devido, não figurando, portanto, como tributos autônomos. A propósito, dispõe a Súmula CARF 82 que “após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas”.

Também não nega-se que o não recolhimento das estimativas e o não recolhimento do tributo efetivamente devido são infrações distintas, como foi reconhecido pela própria lei nos incisos I e II acima transcritos. Todavia, e este é o ponto central para a discussão, quando ambas as obrigações não foram cumpridas pelo contribuinte, o princípio da absorção ou consunção impõe que a infração pelo inadimplemento do tributo devido prevaleça, afinal o dever de antecipar o pagamento por meio de estimativas configura etapa preparatória para o dever de recolher o tributo efetivamente devido, este sim o bem jurídico tutelado pela norma.

Adotando, então, uma interpretação histórica e sistemática dos referidos dispositivos legais e Súmulas, verifico que a alteração legislativa mencionada não possui qualquer efeito quanto à aplicação da Súmula CARF nº 105 para fatos geradores posteriores a 2007.

Isso porque a cobrança de multa de ofício de 75% sobre o tributo não pago supre a exigência da multa isolada de 50% sobre eventual estimativa (antecipação do

tributo devido) não recolhida. Admitir o contrário permitiria punir o contribuinte em duplicidade, em clara afronta aos princípios da consunção, estrita legalidade e proporcionalidade.

Nesse sentido já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se, por exemplo, a seguinte passagem do voto condutor proferido pelo Ministro Humberto Martins¹, da 2ª Turma desse E. Tribunal:

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

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

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

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

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

Esse posicionamento, diga-se, foi ratificado em outros julgados, conforme atesta, também de forma exemplificativa, a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. [...]. CUMULAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO E ISOLADA.

IMPOSSIBILIDADE.

[...]2. Nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata, seria cabível a multa de ofício ou no percentual de 75% (inciso I), ou aumentada de metade (parágrafo 2º), não se cogitando da sua cumulação.” (Resp 1.567.289-RS. Dje 27/05/2016).

E mais recentemente, em Sessão de 1º de setembro de 2020, esta C. Turma, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em julgamento do qual o presente Relator participou, afastou a

concomitância das multas de ofício e isolada para fatos geradores posteriores a 2007.

Do voto vencedor do Acórdão nº 9101-005.080, do I. Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, e do qual acompanhei, extrai-se que:

(...)Porém, também há muito, este Conselheiro firmou seu entendimento no sentido de que a alteração procedida por meio da Lei nº 11.488/2007 não modificou o teor jurídico das prescrições punitivas do art. 44 da Lei nº 9.430/96, apenas vindo para cambiar a geografia das previsões incutidas em tal dispositivo e alterar algumas de suas características, como, por exemplo a percentagem da multa isolada e afastar a sua possibilidade de agravamento ou qualificação.

Assim, independentemente da evolução legislativa que revogou os incisos do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 e deslocou o item que carrega a previsão da aplicação multa isolada, o apenamento cumulado do contribuinte, por meio de duas sanções diversas, pelo simples inadimplemento do IRPJ e da CSLL (que somadas, montam em 125% sobre o mesmo tributo devido), não foi afastado pelo Legislador de 2007, subsistindo incólume no sistema jurídico tributário federal.

E foi precisamente essa dinâmica de saturação punitiva, resultante da coexistência de ambas penalidades sobre a mesma exação tributária – uma supostamente justificada pela inoccorrência de sua própria antecipação e a outra imposta após a verificação do efetivo inadimplemento, desse mesmo tributo devido –, que restou sistematicamente rechaçada e afastada nos julgamentos registrados nos v. Acórdãos que erigiram a Súmula CARF nº 105.

Comprovando tal afirmativa, confira-se a clara e didática redação da ementa do v.

Acórdão nº 1803-01.263, proferido pela C. 3ª Turma Especial da 1ª Seção desse E.

CARF, em sessão de julgamento de 10/04/2012, de relatoria da I. Conselheira Selene Ferreira de Moraes (o qual faz parte do rol dos precedentes que sustentam a Súmula CARF nº 105):

(...)APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA.

Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço.

A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. (destacamos)

Como se observa, o efetivo cerne decisório foi a dupla penalização do contribuinte pelo mesmo ilícito tributário.

Ao passo que as estimativas representam um simples adiantamento de tributo que tem seu fato gerador ocorrido apenas uma vez, posteriormente, no término do período de apuração anual, a falta dessa antecipação mensal é elemento apenas concorrente para a efetiva infração de não recolhê-lo, ou recolhê-lo a menor, após o vencimento da obrigação tributária, quando devidamente aperfeiçoada - conduta que já é objeto penalização com a multa de ofício de 75%.

E tratando-se aqui de ferramentas punitivas do Estado, compondo o *ius puniendi* (ainda que formalmente contidas no sistema jurídico tributário), estão sujeitas aos mecanismos, princípios e institutos próprios que regulam essa prerrogativa do Poder Público.

Assim, um único ilícito tributário e seu correspondente singular dano ao Erário (do ponto de vista material), não pode ensejar duas punições distintas, devendo ser aplicado o princípio da absorção ou da consunção, visando repelir esse *bis in idem*, instituto explicado por Fabio Brun Goldschmidt em sua obra².

Frise-se que, *per se*, a coexistência jurídica das multas isoladas e de ofício não implica em qualquer ilegalidade, abuso ou violação de garantia. A patologia surge na sua efetiva cumulação, em Autuações que sancionam tanto a falta de pagamento dos tributos apurados no ano-calendário como também, por suposta e equivocada consequência, a situação de pagamento a menor (ou não recolhimento) de estimativas, antes devidas dentro daquele mesmo período de apuração, já encerrado.

Registre-se que reconhecimento de situação antijurídica não se dá pela mera invocação e observância da Súmula CARF nº 105, mas também adoção do corolário da consunção, para fazer cessar o *bis in idem*, caracterizado pelo duplo sancionamento administrativo do contribuinte – que não pode ser tolerado.

Posto isso, verificada tal circunstância, devem ser canceladas todas as multas isoladas referentes às antecipações, lançadas sobre os valores das exigências de IRPJ e CSLL, independentemente do ano-calendário dos fatos geradores colhidos no lançamento de ofício.

Digna de nota, também, é a declaração de voto constante desse mesmo Acórdão, da I. Conselheira Livia De Carli Germano, da qual transcrevo o seguinte trecho:

Isso porque, de novo, é essencial destacar que, nos presentes autos, não estamos tratando do principal de tributo, mas da pena prevista para a conduta consistente em agir em desconformidade com o que prevê a legislação fiscal (dever de adiantar estimativas mensais).

Neste sentido, a análise dos acórdãos precedentes que orientaram a edição de tal enunciado sumular esclarece que o que não pode ser exigido é apenas o principal da estimativa, visto que este está contido no ajuste apurado ao final do ano-

calendário. Não obstante, a pena prevista para o descumprimento do dever de recolher a estimativa permanece - e, até por isso, é denominada “multa isolada”: porque cobrada independentemente da exigibilidade da sua base de cálculo (a própria estimativa devida).

De fato, parece que só faz sentido se falar em exigência isolada de multa quando a infração é constatada após o encerramento do ano de apuração do tributo. Isso porque, se fosse constatada a falta no curso do ano-calendário, caberia à fiscalização exigir a própria estimativa devida, acrescida de multa e dos respectivos juros moratórios. Ao estabelecer a cobrança apenas da multa (ou seja, a cobrança “isolada”) quando detectada a falta de recolhimento da estimativa mensal, a norma visa exatamente à adequação da exigência tributária à situação fática.

A título ilustrativo, destaco a argumentação constante de trecho do voto condutor do acórdão 101-96.353, de 17/10/2007, que é um dos que orientaram a edição do enunciado da Súmula CARF 82:

(...)A ação do Fisco, após o encerramento do ano-calendário, não pode exigir estimativas não recolhidas, uma vez que o valor não pago durante o período-base está contido no saldo apurado no ajuste efetuado por ocasião do balanço.

Na prática, a aplicação da multa isolada desonera a empresa da obrigação de recolher as estimativas que serviram de base para o cálculo da multa. O imposto e a contribuição não recolhidos serão apurados na declaração de ajuste, se devidos.

(...)Portanto, compreendo que os argumentos acima não são suficientes para levar ao cancelamento da exigência de multas isoladas.

Não obstante, -- e aqui reside especificamente o ponto em que, com o devido respeito, discordo do voto da i. Relatora -- compreendo que a cobrança de multa isolada não pode prevalecer se e quando tenha sido aplicada a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor tal como apurado no ajuste anual.

Não nego que a base de cálculo das multas seja diversa (valor da estimativa devida versus valor do ajuste anual devido), assim como não nego que se trata de punição pelo descumprimento de deveres diferentes (a multa isolada como pena por não antecipar parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória, e a multa de ofício por não recolher o tributo apurado como devido no ajuste anual).

Ocorre que, sempre que a falta de recolhimento da estimativa refletir no valor do ajuste anual devido e este não for recolhido, ensejando a aplicação da multa de ofício, teremos uma dupla repercussão da primeira infração, já que esta ensejará, ao mesmo tempo, a exigência da multa isolada e da multa de ofício.

Aqui, sim, é relevante o fato de a estimativa ser mera antecipação do tributo devido no ajuste anual, sendo de se ressaltar a impossibilidade de se punir, ao mesmo tempo, uma conduta ilícita e seu meio de execução.

Neste sentido, havendo aplicação de multa de ofício pela ausência de recolhimento do ajuste anual, há que se considerar a multa isolada inexigível, eis que absorvida por esta.

E isso não porque se trate da mesma pena (porque não é), mas simplesmente porque, quando uma conduta punível é etapa preparatória para outra, também punível, pune-se apenas o ilícito-fim, que absorve o outro.

Dito de outra forma, não se nega que, no caso, é impróprio falar em aplicação concomitante de penalidades em razão de uma mesma infração: a hipótese de incidência da multa isolada é o não cumprimento da obrigação correspondente ao recolhimento das estimativas mensais, e a hipótese de incidência da multa proporcional é o não cumprimento da obrigação referente ao recolhimento do tributo devido ao final do período. Não obstante, porque uma das condutas funciona como etapa preparatória para a outra, em matéria de penalidades deve-se aplicar o princípio da absorção ou consunção.

A matéria é pacífica na doutrina penal, sendo certo, por exemplo, que um indivíduo que falsifica identidade para praticar estelionato apenas responderá pelo crime de estelionato, e não pelo crime de falsificação de documento – tal entendimento está, inclusive, pacificado na Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”. E isso é assim não porque as condutas se confundam (já que uma coisa é falsificar documento e outra é praticar estelionato), sendo certo também que as penas previstas são diversas e visam a proteger diferentes bens jurídicos, mas simplesmente porque, quando uma conduta for etapa preparatória para a outra, a sua punição é absorvida pela punição da conduta-fim.

Segundo Rogério Grecco, mostra-se cabível falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses: i) quando um crime é meio necessário, fase de preparação ou de execução de outro crime; ii) nos casos de antefato ou pós-fato impunível (Manual de Direito Penal. Parte 16ª ed. São Paulo: Atlas, p.121). Compreendo que o caso das estimativas que repercutem no valor devido no ajuste anual encaixa-se perfeitamente na primeira hipótese.

Neste tema, elucidativo o trecho do voto do então conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima no acórdão CSRF/0105.838, e 15 de abril de 2008 (o qual é citado nos votos condutores dos acórdãos 9101001.307 e 9101001.261, que, por sua vez, são precedentes que inspiraram a edição da Súmula CARF n. 105):

(...)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".

Segundo as lições de Miguel Reale Junior: "pelo critério da consunção, se ao desenrolar da ação se vem a violar uma pluralidade de normas passando-se de uma violação menos grave para outra mais grave, que é o que sucede no crime progressivo, prevalece a norma relativa ao crime em estágio mais grave..." E prossegue "no crime progressivo, portanto, o crime mais grave engloba o menos grave, que não é senão um momento a ser ultrapassado, uma passagem obrigatória para se alcançar uma realização mais grave".

Assim, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício na hipótese de falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também pela falta de antecipação sob a forma estimada. Cobrase apenas a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo.

Essa mesma conduta ocorre, por exemplo, quando o contribuinte atrasa o pagamento do tributo não declarado e é posteriormente fiscalizado. Embora haja previsão de multa de mora pelo atraso de pagamento (20%), essa penalidade é absorvida pela aplicação da multa de ofício de 75%. É pacífico na própria Administração Tributária, que não é possível exigir concomitantemente as duas penalidades — de mora e de ofício — na mesma autuação por falta de recolhimento do tributo. Na dosimetria da pena mais gravosa, já está considerado o fato de o contribuinte estar em mora no pagamento.

(...)É por isso que, mesmo após a alteração da Lei 9.430/1966, promovida pela Lei 11.488/2007, compreendo que prevalece, em caso de dupla penalização, as razões de decidir (ratio decidendi) que orientaram o enunciado da Súmula CARF n. 105, que diz:

Súmula CARF 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.

Em síntese, portanto, compreendo que as multas isoladas aplicadas em razão da ausência de recolhimento de estimativas mensais não podem ser cobradas cumulativamente com a multa de ofício pela ausência de recolhimento do valor

apurado no ajuste anual do mesmo ano calendário, eis que, embora se trate de penalidades por condutas distintas (e que visam a proteger bens jurídicos diversos, como acima abordado), estamos na esfera de aplicação de penalidades e, aqui, pelo princípio da consunção, quando uma infração (no caso, a ausência de recolhimento de estimativas) é meio de execução de outra conduta ilícita (no caso, a ausência de recolhimento do valor devido no ajuste anual do mesmo ano-calendário), a pena pela infração-meio é absorvida pela pena aplicável à infração-fim.

Estas são as razões pelas quais, novamente pedindo vênias à i. Relatora, orientei meu voto para cancelar as multas isoladas também quanto ao ano calendário de 2007.

Nesse sentido, e por concordar integralmente com os precedentes jurisprudenciais ora invocados, entendo que as multas isoladas não têm cabimento, em razão do princípio da consunção devendo, portanto, ser exoneradas.

Conclusão

Por todo o exposto, conheço dos Recursos Voluntários, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, voto por dar-lhes provimento, para cancelar a exigência tributária principal, bem como afastar a responsabilidade tributária solidária das sociedades NOTRE DAME INTERMEDICA PARTICIPACOES S.A. e BCBF PARTICIPACOES S.A, bem como para afastar a multa isolada pela impossibilidade de concomitância da exação com a multa de ofício.

Assinado Digitalmente

Fellipe Honório Rodrigues da Costa

Conselheiro Relator

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Maurício Novaes Ferreira, redator designado

Inobstante a fundamentação esgrimida pelo ilustre conselheiro relator, o colegiado, após os debates, houve por bem negar provimento ao mérito do recurso voluntário e manter a exigência da multa isolada, decisões tomadas por voto de qualidade, cabendo-me redigir o voto vencedor.

Considero que o então conselheiro André Mendes de Moura sintetizou muito bem os aspectos legais e contábeis envolvidos, motivo pelo qual peço vênia para reproduzir, por concordar com seu teor, excertos do voto condutor do acórdão nº 9101-004.289, de 11/07/2019:

1. Conceito e Contexto Histórico

Pode-se entender o ágio como um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, dentre outros).

Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.

Fato é que emergem dois critérios para a apuração do ágio.

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis (60 + 10 + 12 = 82 unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.

Ocorre que o legislador, ao editar o Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico para o ágio próprio para fins tributários.

Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E, posteriormente, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, autorizaram a amortização do ágio nos casos (1) e (2), mediante atendimento de determinadas condições.

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

Assim, voltando ao exemplo, a empresa C, investidora, ao adquirir ações da empresa investida B avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, pelo valor de 100 unidades, poderia justificar o sobrepreço de 40 unidades integralmente com base no fundamento

econômico de expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Na realidade, a legislação tributária ampliou o conceito do *goodwill*.

E como dar-se-ia o aproveitamento do ágio?

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40 unidades. Assim, a base de cálculo para apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural¹. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento. Contudo, mesmo com a nova redação, **remanesceu o mesmo núcleo da hipótese de incidência que autoriza o aproveitamento do sobrepreço do texto anterior**, tanto nos aspectos pessoal, material e temporal, que serão apreciados no decorrer do voto. Basta verificar que a redação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, precisamente os que predicam sobre a hipótese de incidência, não sofreram alteração, sendo que as modificações se concentraram no Decreto-lei nº 1.598, de 1977.

Assim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um conceito jurídico determinado pela legislação tributária.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

¹ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

Apesar de já ter sido apreciado singelamente no tópico anterior, o **destino** que pode ser dado ao ágio contabilizado pela empresa investidora merece uma análise mais detalhada.

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1.976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

E, ao se tratar de ágio, vale destacar, mais uma vez, os dois sujeitos, as duas partes envolvidas na sua criação: a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**, sendo a **investidora** é aquela que adquiriu a **investida**, com sobrepreço.

Não por acaso, são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

Pode-se dizer que os eventos (1) e (2) guardam correlação, respectivamente, com os incisos I e II da lei que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

No primeiro evento, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, **o ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. (...) (grifei)

Assim, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto **de alienação ou liquidação**.

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

b) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão².

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997³, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI⁴ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

² Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

³ 3 Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

⁴ 5 SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista⁵ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.602, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997?

⁵ 5 Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99. O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

(...)

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).

(...)

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou **deságio**. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da

participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida

com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

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

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

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

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

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

5. Amortização. Despesa.

Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de **despesa de amortização**, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.

No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99⁶.

Percebe-se que a despesa de amortização de ágio constitui-se em espécie do gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se **submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99**.

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

Por exemplo, o fato de auferir lucro, mediante operações espontâneas, das atividades operacionais da pessoa jurídica, amolda-se à hipótese de incidência prevista pela norma, razão pela qual nasce a obrigação do contribuinte recolher os tributos.

Da mesma maneira, a pessoa jurídica, no contexto de suas atividades operacionais, incorre em dispêndios para a realização de suas tarefas. Contrata-se um prestador de serviços, compra-se uma mercadoria, operações necessárias à consecução das atividades da empresa, que surgem naturalmente.

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos á amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

Trata-se de operações **especialmente** construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente

⁶ 6 Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de transformação societária.

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.** Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

A pessoa jurídica recebe tratamento diferenciado no sistema de tributação (com diferentes opções para apurar seus resultados) porque, essencialmente, tem um efeito **multiplicador** para a sociedade. A pessoa jurídica emprega pessoas, contrata fornecedores, movimenta a economia, multiplica os agentes de produção, e por isso dispõe de bases de cálculo e alíquotas diferentes das aplicadas para a pessoa física. Ora, as pessoas jurídicas devem fabricar produtos, e não despesas fictícias.

Admitindo-se uma **construção artificial** do suporte fático, consumir-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão). E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: 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.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁷.

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade.

Ao se apreciar o aspecto **pessoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da *qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária*.

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, e à pessoa jurídica investida.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa

⁷ 7 ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, a **pessoa jurídica A (investidora)**. No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumar a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*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...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão

de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUER⁸, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida.**

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam **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**, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável.**

Registre-se que a consumação do aspecto temporal não se confunde com o termo inicial do prazo decadencial.

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o conseqüente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal, material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o conseqüente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por conseqüência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial.**

⁸ 8 - SCHOUER, 2012, p. 62.

Enfim, vale dizer que, não obstante a publicação da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, no qual o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, a nova redação não promoveu nenhuma alteração nos aspectos pessoal, material e temporal da norma que permite o aproveitamento da despesa de amortização do ágio. A redação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, **precisamente os que predicam sobre a hipótese de incidência e os aspectos pessoal, material e temporal**, não sofreram qualquer natureza de alteração, sendo que as modificações se concentraram no Decreto-lei nº 1.598, de 1977.

[...]

9. Consolidação

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

A primeira verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado antes da subsunção do fato à norma. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem viabilizou a aquisição? De onde vieram os recursos de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem tomou a decisão de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a investidora originária.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a segunda verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

Enfim, refere-se a terceira verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990.

O caso dos autos é típico do uso de empresa veículo. Conforme relatado, o Grupo BAIN CAPITAL PARTNERS, LLC, pretendia adquirir o Grupo Notre Dame, formado pelas empresas operacionais INTERMÉDICA, INTERODONTO e ND SEGURADORA.

Como é cediço, a adquirente sediada no exterior não usufrui da possibilidade, regulada pela legislação pátria, de deduzir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL as despesas com amortização do ágio.

Deste modo, não é incomum que pessoas jurídicas domiciliadas no exterior desenvolvam organização societária visando superar o obstáculo ligado à origem dos investimentos a serem realizados.

No caso dos autos, restou demonstrado que a BAIN CAPITAL PARTNERS, por meio de 3 sociedades domiciliadas em Luxemburgo (LUXCO 1, LUXCO 2 e LUXCO 3), promoveu a capitalização, via Fundo de Investimentos em Participações AIKES II, da empresa de prateleira, com capital social não integralizado de R\$ 100,00, BAIN CAPITAL BRAZIL PARTICIPAÇÕES LTDA, adquirida em 18/01/2013.

Em 22/03/2014, foi firmado contrato de compra e venda por meio do qual a BAIN BRAZIL adquire a totalidade das cotas das holdings PSBB2 e PSBB3, que por sua vez detinham a integralidade das cotas das empresas operacionais alvo da operação de compra e venda.

O valor da operação alcançou a soma de R\$ 1.385.644.797,00, dos quais R\$ 700.577.948,71 foram registrados como ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura.

As holdings PSBB2 e PSBB3 foram incorporadas em 30/09/2014 e a BAIN BRAZIL passou por cisão total em 30/11/2014, de modo que o ágio registrado foi absorvido pelas investidas INTERMÉDICA, INTERODONTO e ND SEGURADORA.

Restou devidamente demonstrado pela autoridade fiscal que a BAIN BRAZIL era, antes de sua aquisição pelo grupo BAIN CAPITAL PARTNERS, empresa de prateleira, sem qualquer atividade empresarial comprovada.

Diante da inoperância empresarial da BAIN BRAZIL, não há controvérsia sobre a origem estrangeira dos recursos utilizados para aquisição do Grupo NOTRE DAME. O próprio conselheiro relator acentua que a real adquirente na operação é a BAIN CAPITAL PARTNERS (destaques acrescidos):

Assim, aos olhos deste relator não havia óbice legal para a aquisição da BAIN BRAZIL, pela gestora BAIN CAPITAL PARTNERS - **que fora real adquirente** – das empresas operacionais investidas, no caso a INTERMÉDICA, INTERODONTO e ND SEGURADORA (todas nacionais), as quais formavam o Grupo Notre Dame Intermédica, posto que, inexistente o impedimento legal para tanto, o entendimento da impossibilidade da dedução decorrente do ágio quando a aquisição da empresa se dá por empresa veículo em razão da presunção de que tais organizações são desprovidas de fundamento material/econômico, é o mesmo que presumir a má-fé da operação e, ao contrário, no ordenamento jurídico brasileiro a presunção é pela boa-fé.

A redação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 não deixa dúvida que as despesas com amortização do ágio somente poderão ser deduzidas quando houve a confusão patrimonial entre a investidora e a investida.

Se a investidora é domiciliada no exterior, e não foi objeto de incorporação, fusão ou cisão, não há fundamento legal para que o eventual ágio gerado na operação possa deduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Ressaltou ainda o ilustre conselheiro relator que a interposição da BAIN BRAZIL na operação tinha como objetivo atender requisito imposto pela Agência Nacional de Saúde (ANS). Tenho interpretação diversa para este fato. Compulsando-se o voto vencido, depara-se com a seguinte transcrição da declaração de voto firmada nos autos do processo nº 16561.720078/2020-81, que apreciou exatamente a mesma operação, relativa a período de apuração diverso (destaques acrescidos):

Em 11/04/2014, a **Bain Capital Partners instrui o processo em tramitação na ANS com declaração destinada a comprovar sua capacidade financeira** perante a Diretoria de Normas e Habilitação de Operadoras – DIOPE daquela agência reguladora. Ressalte-se que, tal documento enfatiza a aquisição das Operadoras, foco da operação, e informa que recursos que serão utilizados virão dos Fundos de Private Equity, que são assessorados e Partners administrados pela Bain Capital e suas afiliadas. Vejamos:

“A fim de instruir a vossa análise do pedido de aprovação regulatória prévia apresentado com relação à aquisição da Intermédica, Interodonto e ND Seguradora pela nossa afiliada, Bain Brazil, **vimos por meio da presente confirmar que a Bain Capital Partners**, sociedade limitada devidamente constituída sob as leis de Delaware, e suas coligadas, incluindo Bain Capital Investors (outra sociedade limitada devidamente constituída sob as leis de Delaware), administram fundos de investimento privados com ativos

equivalentes a pelo menos US\$ 40,8 bilhões (conforme item 4 do Anexo 1), como parte de seu negócio de gestão de ativos ilíquidos (private equity) e, como tal, somos uma das maiores empresas privadas de gestão de ativos do mundo, **com capacidade para obter o aporte de capital necessário para realizar a operação ora sob análise da ANS**. A Parte 2A do Formulário ADV anexado a esta (Anexo I), apresentado à United States Securities and Exchange Commission ("SEC", o órgão governamental dos Estados Unidos da América equivalente à Comissão de Valores Mobiliários — CVM no Brasil) em 31 de março de 2014 comprova tal fato. Tal documento está disponível ao público e pode ser acessado online no site da SEC (www.adviserinfo.sec.gov). A Apresentação Institucional anexa à presente (Anexo 2) contém informações adicionais sobre o negócio de gestão de ativos ilíquidos (private equity) da Bain Capital.

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

A Bain Capital Partners, junto com o administrador (general partner) de cada um dos Fundos da Bain Capital Partners, identifica oportunidades de investimento para cada um dos Fundos da Bain Capital Partners e participa da aquisição, gerência, supervisão e administração de tais Fundos da Bain Capital Partners. **Nesse contexto, a Bain Capital Partners, junto com a Bain Capital Partners XI, a administradora (general partner) da GNDI Holdings I, da GNDI Holdings II e da GNDI Holdings III, identificou a oportunidade de investimento que se encontra atualmente sob análise da ANS, e são tais**

pessoas jurídicas que vão participar da gerência, supervisão e administração de tal oportunidade de investimento. O diagrama anexo (Anexo 3) demonstra a estrutura de investimento proposta e o envolvimento das empresas do Grupo Bain Capital.

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

Os argumentos apresentados para a ANS, na verdade, pretendem demonstrar que a operação concretamente ocorreu entre e BAIN CAPITAL PARTNERS e as investidas. Todas as “garantias” apresentadas referem-se ao grupo domiciliado no exterior, que inclusive declara que as empresas estrangeiras é que irão participar da gerência, supervisão e administração da tal oportunidade de negócio.

Nada há que demonstre a necessidade de existência da BAIN BRAZIL, ou qualquer outra razão empresarial ou regulatória que implique na necessidade de sua interposição no negócio celebrado. Ao contrário disso, os reais adquirentes submeteram-se a firmar no documento que o aporte realizado na empresa veículo não consiste em “...atividades que possam ser consideradas lavagem de dinheiro”.

Os fatos trazidos indicam que a BAIN CAPITAL PARTNERS precisou, isso sim, demonstrar para a ANS que ela era a real adquirente do grupo NOTRE DAME, sob pena de ver a oportunidade de negócio inviabilizada, já que valeu-se, para fins de aproveitamento fiscal do ágio, de empresa veículo para concretizar a operação.

Por estes fundamentos, não há como acolher o mérito do recurso voluntário.

Sobre a possibilidade de concomitância da multa isolada com a multa de ofício, adoto, como razão de decidir, o voto proferido pelo ilustre Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado no acórdão nº 9101-005.695, de 13/08/2021:

Inexiste qualquer conflito legal para aplicação da multa de ofício pela falta de recolhimento do tributo em conjunto com a multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas.

Desde logo afasto a aplicação da súmula CARF nº 105, porquanto o lançamento da multa isolada, sobre os períodos abrangidos no recurso especial, foi fundamentado no Art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.

Com efeito, o alcance da referida súmula é limitado às exigências formalizadas anteriormente às alterações legislativas introduzidas pela Lei nº 11/488/2007. O enquadramento legal citado expressamente no texto da súmula (*art.44, § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996*) deixou de existir a partir de 22/01/2007.

Na mesma data, foi publicada no DOU (edição extra) e entrou em vigor a Medida Provisória nº 351/2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007. Foram alterados o percentual aplicável (de 75% para 50%) e também a base de incidência da multa (antes, *a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, após, o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado*).

Assim, se, além das estimativas mensais que deixaram de ser recolhidas, a fiscalização constata que também o saldo de imposto anual devido em face da apuração do resultado do exercício não foi declarado/recolhido, ou o foi à menor, impõe-se a cobrança das diferenças de tributos devidas acrescidas da respectiva multa de ofício (75%), aplicada sobre o saldo de tributo devido.

Ora, é princípio basilar de hermenêutica que "a lei não contém palavras inúteis".

Ao estabelecer que é devida a multa isolada ainda que a pessoa jurídica tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da contribuição social, o legislador deixou muito claro que a penalidade isolada não se confunde e não pode se fundir com a multa de ofício eventualmente devida pelo saldo de tributo devido no ano. Interpretação nesse sentido implica em negar validade ao citado dispositivo.

A imposição da multa isolada visa prestigiar o contribuinte que cumpre com suas obrigações e observa um dos princípios essenciais da atividade econômica, previsto na Constituição Federal de 1988: o princípio da livre concorrência (vide Art. 170, inc IV, Art. 146-A e Art. 173, § 4º).

Ao impor ao infrator a penalidade isolada a lei visa desestimular comportamentos que levem a condições desiguais, pois enquanto os contribuintes que honram com suas obrigações sacrificam parte de seus fluxos de caixa para contribuir com a coisa pública, muitas vezes tendo que recorrer ao pagamento de juros a terceiros, o infrator (que deixa de recolher o tributo estimado) preserva o seu "Caixa" e se coloca em situação vantajosa economicamente perante os seus concorrentes.

É cediço os efeitos que a sonegação tem sobre o equilíbrio concorrencial. Portanto, ao se desonerar da multa isolada o contribuinte que deixa de efetuar o recolhimento por estimativa ferir-se-ia, além da legalidade, o princípio da isonomia.

Rejeito, também, o argumento, que tem sido reiteradamente utilizado pelos que defendem a impossibilidade de coexistência das duas penalidades, quanto a possibilidade de estarmos diante da ocorrência de um "*bis in idem*": aplicação da multa isolada e da multa de ofício sobre um mesmo fato.

Não vejo como se possa defender a existência de um mesmo fato a ensejar a aplicação das penalidades.

A lei é cristalina ao estabelecer cada uma das hipóteses em que as penalidades são aplicáveis, sendo certo que as infrações ocorrem em momentos

absolutamente distintos, embora possam ser detectadas num mesmo momento pela fiscalização.

Enquanto a infração pelo não recolhimento dos tributos devidos com base na estimativa mensal ocorre durante o ano-calendário de sua apuração, a infração pelo não recolhimento do tributo anual devido só pode ocorrer depois de encerrado o período de apuração respectivo. São fatos diversos que ocorrem em momentos distintos e a existência de um deles não pressupõe necessariamente a existência do outro.

O percentual da multa isolada que antes coincidia com o mesmo percentual da multa de ofício também era comumente utilizado para justificar o alegado "*bis in idem!*". Porém, também não existe mais essa coincidência, em face de sua redução para 50% pela Lei nº 11.488/2007, e que passou a ser aplicada aos casos pretéritos (inclusive neste) em face da retroatividade benigna prevista no art. 106, II, alínea "c" do CTN.

Os prazos para cumprimento das obrigações em questão também são distintos em cada caso.

A definição da infração, da base de cálculo e do percentual da multa aplicável é matéria exclusiva de lei, nos termos do art. 97, inc.V do CTN, não cabendo ao intérprete questionar se a penalidade aplicada em tal e qual caso é adequada ou se é excessiva, a não ser que adentre a seara da sua constitucionalidade, o que é vedado no âmbito deste colegiado.

Por fim quanto à alegação da recorrida sobre a aplicação do princípio penal da consunção, valho-me da precisa fundamentação trazida pelo d. conselheiro Alberto Pinto Souza Junior no acórdão nº 1302-001.080, apontado como um dos paradigmas pela recorrente, para afastá-la, *verbis*:

Da inviabilidade de aplicação do princípio da consunção

O princípio da consunção é princípio específico do Direito Penal, aplicável para solução de conflitos aparentes de normas penais, ou seja, situações em que duas ou mais normas penais podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato.

Primeiramente, há que se ressaltar que a norma sancionatória tributária não é norma penal *stricto sensu*. Vale aqui a lembrança que o parágrafo único do art. 273 do anteprojeto do CTN (hoje, art. 112 do CTN), elaborado por Rubens Gomes de Sousa, previa que os princípios gerais do Direito Penal se aplicassem como métodos ou processos supletivos de interpretação da lei tributária, especialmente da lei tributária que definia infrações. Esse dispositivo foi rechaçado pela Comissão Especial de 1954 que elaborou o texto final do anteprojeto, sendo que tal dispositivo não retornou ao texto do CTN que veio a ser aprovado pelo Congresso Nacional. À época, a Comissão Especial do CTN acolheu os fundamentos de que o direito penal tributário não tem semelhança absoluta com o direito penal (sugestão 789, p. 513 dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN) e que o direito penal tributário não é autônomo ao direito tributário, pois a pena

fiscal mais se assemelha a pena cível do que a criminal (sugestão 787, p.512, idem). Não é difícil, assim, verificar que, na sua gênese, o CTN afastou a possibilidade de aplicação supletiva dos princípios do direito penal na interpretação da norma tributária, logicamente, salvo aqueles expressamente previstos no seu texto, como por exemplo, a retroatividade benigna do art. 106 ou o in dubio pro reo do art. 112.

Em conclusão, se a lei não prevê a possibilidade de aplicação de uma penalidade em detrimento da outra não cabe ao intérprete afastá-la ou modular sua aplicação.

Por estes fundamentos, não há como acolher a pretensão da Recorrente, impondo-se a manutenção da multa isolada aplicada pela autoridade fiscal.

Quanto à multa isolada do mês de dezembro, adoto, com lastro no previsto no art. 114, § 12, inciso I do RICARF, por concordar com eles, os fundamentos da decisão recorrida sobre o tema:

MULTA ISOLADA SOBRE AS ESTIMATIVAS DE DEZEMBRO

8. Como explicitado anteriormente, o julgador da DRJ é vinculado, não somente às leis vigentes, mas também ao entendimento da RFB expresso em atos normativos.

Sabemos que o artigo 1º da Lei nº 9.430/1996 determina que o IRPJ seja apurado em período trimestral, permitindo o art. 2º da mesma Lei, que o contribuinte faça a apuração do IRPJ apenas no final do ano.

O pagamento do tributo apurado no final do ano e o pagamento das estimativas mensais estão determinados pelo artigo 6º da mesma Lei nº 9.430/1996, sendo certo que o §3º do artigo 6º, dispõe sobre a diferença o imposto apurado no final do ano e a estimativa de dezembro, não existindo confusão.

Já, se o disposto no artigo 35 da Lei nº 8.981/1995 é adotado pelo contribuinte, prevalece uma coincidência numérica entre a estimativa de dezembro e o imposto anual, contudo esta coincidência não autoriza o entendimento de que existiria uma identidade entre essas duas obrigações tributárias, a ponto de elidir o pagamento da estimativa de dezembro, quando quitado o tributo anual.

Portanto, não merecem prosperar as alegações do impugnante.

Por estes fundamentos, impõe-se a manutenção da multa isolada por falta ou recolhimento a menor das estimativas mensais do período fiscalizado.

Assinado Digitalmente

Maurício Novaes Ferreira

ACÓRDÃO 1202-001.668 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 17459.720060/2023-61

DOCUMENTO VALIDADO