



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

Processo nº 10380.725186/2017-96
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.931 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de março de 2019
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF
Recorrente GISELA LOBÃO TELLES FUGIWARA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Data do fato gerador: 09/08/2012, 21/02/2013, 09/11/2015, 07/10/2016

DECADÊNCIA. GANHO DE CAPITAL. TERMO DE INÍCIO.

A incidência do IRPF sobre ganhos de capital ocorre sob o regime de caixa, pelo que não se encontra decaído o lançamento fiscal cientificado ao contribuinte antes do prazo quinquenal, com termo de início na data do efetivo recebimento dos recursos alusivos à alienação.

PEDIDO DE NULIDADE. IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. FUNDO DE INVESTIMENTO PERTENCENTE A GRUPO EMPRESARIAL. DESCONSIDERAÇÃO.

Com a desconsideração de fundo de investimento, tal entidade não se torna inválida ou inexistente, porém fica suspensa a eficácia de sua formação quanto a determinado(s) ato(s) praticado(s) pelo fundo.

Nesse passo, a desconsideração do fundo de investimentos não faz retroagir a estrutura societária do grupo empresarial para o momento anterior à criação de tal fundo, pelo que o fato gerador do tributo deve ser analisado (inclusive quanto à identificação do sujeito passivo) na data de sua efetiva ocorrência, apenas retirando o fundo de investimento da citada estrutura.

FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES - FIP. FINALIDADE. EMPRESAS OPERACIONAIS PREVIAMENTE CONTROLADAS PELO GRUPO EMPRESARIAL ANTES DA CRIAÇÃO DO FIP. DESNECESSIDADE. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

O fundo de investimento em participações tem como finalidade precípua a realização de investimentos novos, e não a gestão profissional de investimentos antigos, assim representados por empresas operacionais que já pertenciam àquele grupo empresarial, antes da criação do FIP.

No caso de FIP criado para gerir empresas operacionais previamente controladas pelo grupo empresarial, os ganhos esperados pelos cotistas do

FIP seriam os mesmos que obteriam se mantivessem diretamente o controle das empresas, revelando-se, assim a desnecessidade de tal FIP e sua falta de propósito negocial.

DESCONSIDERAÇÃO DE FUNDOS DE INVESTIMENTO.

Comprovada a interposição de fundos de investimento, com o fim exclusivo de usufruir da isenção de imposto de renda sobre o ganho de capital na venda de sociedade formalmente controlada por tais entidades, deve-se desconsiderar os fundos de investimento, de modo a cobrar o tributo dos cotistas desses fundos, proprietários últimos das ações da sociedade vendida.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INTERPOSIÇÃO DE FUNDOS DE INVESTIMENTO.

Identificado o dolo do agente na interposição de fundos de investimento entre seus cotistas e a companhia operacional vendida, para beneficiar-se de isenção de imposto de renda sobre o ganho de capital na mencionada venda, deve-se qualificar a multa de ofício.

MULTA DE OFÍCIO. NATUREZA CONFISCATÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. DISCUSSÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

No âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado o afastamento da aplicação de lei, sob fundamento de inconstitucionalidade, pelo que a autoridade julgadora administrativa não tem competência para afastar o dispositivo legal que determina a cobrança de multa de ofício, no percentual de 150% sobre o imposto devido, nas hipóteses de sonegação, fraude e conluio.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e não reconhecer a decadência, e no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencidos o conselheiro Wesley Rocha que dava provimento e o conselheiro Thiago Duca Amoni que dava parcial provimento para afastar a qualificação da multa.

(assinado digitalmente)

Antônio Savio Nastureles - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

Marcelo Freitas de Souza Costa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Reginaldo Paixão Emos, Wesley Rocha, Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez (Suplente), Thiago Duca Amoni, Cleber Ferreira Nunes Leite, Marcelo Freitas de Souza Costa, Juliana Marteli Fais Feriato e Antônio Savio Nastureles (Presidente), sendo que Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez e Thiago Duca Amoni, suplentes convocados, integraram o colegiado em substituição, respectivamente, aos conselheiros João Maurício Vital e Alexandre Evaristo Pinto

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado contra o contribuinte acima identificado em face do não recolhimento do Imposto de Renda da Pessoa Física – IRPF) com fatos geradores ocorridos em 09/08/2012, 21/02/2013, 09/11/2015, 07/10/2016. Além do imposto estão sendo cobrados na presente autuação, juros e multa qualificada de 150%.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 11/32), houve omissão de ganho de Ganhos de Capital na Alienação de Bens e Direitos e a presente autuação foi lavrada com os seguintes fundamentos:

Foram realizadas fiscalizações junto a pessoas físicas, membros do mesmo grupo familiar, que eram sócias da empresa holding TELLES PARTICIPAÇÕES E NEGÓCIOS S/A, CNPJ nº 02.806.215/0001-20.

O grupo familiar utilizou um planejamento tributário abusivo, com a criação, sem propósitos negociais, de fundos de investimento, com o intuito de se eximir do pagamento do imposto devido sobre ganho de capital na venda da empresa YPIÓCA AGROINDUSTRIAL DE BEBIDAS S/A, CNPJ nº 15.209.980/0001-04, uma das empresas pertencentes à holding.

O grupo extinguiu a empresa holding após transferir suas participações societárias para o TELLES FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (TELLES FIP), CNPJ nº 14.769.978/0001-27, como forma de integralização das cotas deste, que por sua vez teve suas cotas transferidas para o ALVORADA FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CRÉDITO PRIVADO (ALVORADA FIM) CNPJ nº 15.091.732/0001-01, também para fins de integralização das cotas do último.

As operações societárias foram realizadas quase que concomitantemente à venda da empresa fabricante de bebidas YPIÓCA AGROINDUSTRIAL DE BEBIDAS S/A e a soma dos valores não recolhidos ultrapassa os cem milhões de reais.

Por conta do planejamento tributário abusivo, a venda das ações da YPIÓCA AGROINDUSTRIAL DE BEBIDAS S/A realizou-se, então, artificial e formalmente, através do TELLES FIP, com o que se pretendeu afastar a incidência do imposto de renda devido sobre o ganho de capital obtido.

Foram, então, efetuados os lançamentos dos valores não recolhidos à Fazenda Pública desconsiderando-se as operações societárias efetuadas.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza (CE) julgou procedente a autuação e o contribuinte apresentou recurso a este conselho onde alega em síntese:

Nulidade do lançamento fiscal devido a erro na identificação do sujeito passivo uma vez que a pessoa física jamais foi proprietária direta das participações societárias alienadas.

Nulidade do lançamento fiscal devido a decadência do direito de lançar com base no art. 150, § 4º do CTN levando-se em consideração que o CADE aprovou a operação de compra e venda das participações acionárias em 25/05/2012 e notificação da presente autuação ocorreu somente em 13/07/2017.

Afirma que a criação do TELLES FIP, bem como dos demais Fundos de Investimentos criados pelo Grupo TELLES fez parte de um processo de reestruturação iniciado em 1998, decorrente de um planejamento societário e sucessório.

O objetivo central desse processo de reestruturação foi prover aos membros da família Telles uma gestão profissional de suas empresas operacionais, assim como manter distante, dessas empresas, eventuais divergências pessoais entre os membros da família.

Defende que os fundos de investimentos são ferramentas cada vez mais utilizadas, não só no Brasil, mas em todo o mundo, para gerir investimentos de forma geral, não só investimentos novos.

Cita como exemplo o fundo FIP-Dibra que criado em 2006 fez oferta pública no mesmo ano de parte significativa das ações representativas do capital social da M. Dias Branco, não resultando em nenhuma sanção à família Dias Branco ou qualquer outra instituição ou empresa, agindo corretamente o fisco neste caso.

Descreve todo procedimento realizado em ordem cronológica, desde 1998 quando se deu início ao processo de planejamento estratégico das empresas. Que a integralização da TELLES FIP foi realizada dentro da legislação vigente, inclusive com pagamento do Imposto de Renda sobre o Ganho de Capital antecipadamente, assim, deve-se compensar o imposto pago nos valores de R\$22.066.198,00 e R\$4.349.999,61 com o imposto lançado.

Em relação à multa qualificada, afirma que indícios podem autorizar, quando muito, a presunção, mas não no presente caso. As presunções somente são admitidas quando previstas em lei. Em direito, à guisa de princípio maior, tem-se assente que a simulação, a fraude, o conluio, etc, não se presumem, devem ficar sobejamente comprovados, estreme de qualquer dúvida, o que não encontramos nos autos.

Consoante o princípio da vedação ao confisco, o RE 523471 admite como razoável apenas penalidades cujo valor não ultrapasse o limite de 30% do crédito tributário. No presente caso estamos falando de 5 (cinco) vezes esse limite.

Requer o provimento do recurso considerando improcedente a autuação ou, alternativamente que, caso mantida, seja considerado o recolhimento do imposto efetuado quando da constituição da TELLES FIP. Requer ainda a retirada da qualificação da multa e que a multa seja reduzida aos limites estipulados pelo STF.

Colaciona documentos de 01 a 23.

É o relatório

Voto

Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa - Relator.

O recurso é tempestivo e estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

Em que pesem os argumentos do recorrente no sentido de que teria realizado um planejamento tributário que estaria legalmente amparado, entendo não procederem suas alegações.

Do que se depreende do Termo de Verificação Fiscal, em especial no contido nas efls. 26 a 29, a fiscalização demonstrou claramente a as irregularidades ocorridas no procedimento adotado pelo recorrente e seus irmãos caracterizando-se pela ausência do propósito negocial na integralização das cotas do TELLES FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES com as ações da TELLES PARTICIPAÇÕES E NEGÓCIOS S/A, alterando os elementos constitutivos da obrigação tributária, com intuito de isentar-se do recolhimento do imposto de renda sobre o ganho de capital.

Além do TVF, a decisão de primeira instância detalhou de forma minuciosa as razões pelas quais a autuação deve ser mantida. . Tendo em vistas que o recurso sob análise repetiu todas as alegações constantes da impugnação e por concordar plenamente com a decisão de primeira instância, peço vênias para transcrever o voto nela contido, nos termos do art. 57, III, § 3º do Regimento Interno do CARF.

DA NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL – ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO

10. Quanto a esse tópico, o contribuinte argumentou que:

(...) Entretanto, mesmo que se considere, apenas por amor ao debate e por segurança jurídica, a descon sideração intencionada pela fiscalização, o ganho de capital em comento deveria ser apropriado à empresa Agropaulo Agroindustrial S/A. (AGROPAULO), proprietária inicial das ações da Ypióca Bebidas, jamais às pessoas físicas, membros da família TELLES, entre eles o Impugnante, senão vejamos:

[p. 4 da impugnação]

(...)

(...) Tal ganho de capital foi realizado pela AGROPAULO, ou na pior das hipóteses, pela TELLES PARTICIPAÇÕES, afinal com a descon sideração da integralização dos Fundos, todos os atos por eles realizados após a sua criação, também devem ser descon siderados.

Dessa forma, considerando a inexistência dos fundos, como quer crer a fiscalização, e, por conseguinte, a inexistência dos atos societários praticados após a criação de tais fundos, a estrutura do Grupo TELLES para fins de determinação do ganho de capital ocorrido, deve ser considerada aquela existente antes da criação do TELLES FIP, demonstrado na Fig. 1, acima, que ora se reproduz:

(...)

Pela estrutura acima, os ativos vendidos à CINTER (imóveis, maquinários, equipamentos, estoques, as marcas de bebidas, inclusive a marca ‘Ypióca’) e utilizados para a criação da YPIÓCA BEBIDAS eram de propriedade da AGROPAULO.

[p. 8/9 da impugnação]

11. Falece conceitualmente a argumentação do administrado. Explica-se.

12. A ineficácia que se pretende configurar ao desconsiderar os fundos de investimentos é a relativa, uma vez que deve alcançar somente o negócio jurídico que for ineficaz para algumas pessoas (na espécie, o Fisco), devendo ser necessariamente eficaz para outras. Noutras palavras, a ineficácia relativa não pode ser confundida com a invalidade. Na invalidade, o ato é dotado de eficácia até o momento em que for efetivamente desconstituído, podendo se dar, inclusive, com efeitos ex tunc; enquanto que, na ineficácia relativa, o ato produz efeitos limitados perante terceiros, ou seja, o ato é válido, mas apenas sua eficácia subjetiva é limitada. 2

*13. Com a desconsideração dos fundos de investimento, o TELLES FIP e o ALVORADA FIM não se tornaram **inválidos** ou **inexistentes**, porém ficou **suspensa** a eficácia de sua formação **especificamente no episódio da venda** da totalidade das ações pertencentes à YPIÓCA BEBIDAS.*

14. Repita-se ainda que, apesar da desconsideração dos fundos de investimento, nela não se discute a nulidade da citada venda, que se considera integralmente válida.

15. Nesse passo, a desconsideração dos fundos de investimentos não faz retroagir a estrutura societária do grupo empresarial para o momento anterior à criação dos mencionados fundos, pelo que o fato gerador do tributo deve ser analisado (inclusive quanto à identificação do sujeito passivo) na data de sua efetiva ocorrência, apenas retirando os fundos de investimento da citada estrutura. Desconsiderar um fundo de investimento significa apenas extirpar o falso manto interposto com a sua constituição, imputando-se aos cotistas a titularidade pelo ato jurídico praticado. Como inicialmente foi desconsiderado o TELLES FIP, a venda por ele praticada foi imputada ao seu cotista único (ALVORADA FIM). Como, ato contínuo, o ALVORADA FIM também foi desconsiderado, a venda foi imputada aos seus cotistas, é dizer, aos membros da família Telles (pessoas físicas).

*16. O contribuinte também aduziu os Acórdãos nº **1201-000.484**, **9101-002.536** e **1401-00.377**, todos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf. De plano, destaque-se que as decisões administrativas não podem ser estendidas genericamente a outros casos, pois somente se aplicam sobre a questão ali analisada e apenas vinculam as partes envolvidas naqueles litígios.*

*17. Apenas para argumentar (“ad argumentandum tantum”), especificamente no caso relatado no Acórdão nº **1201-000.484**, com a cisão da sociedade “A”, uma das sociedades resultantes foi “B”, que optou pelo lucro presumido. 3 Segundo o Carf, como a “abusividade” no planejamento tributário está localizada na indevida opção da sociedade “B” pelo lucro presumido, e não no ato de cisão, deveria a autoridade lançadora ter autuado “B”, mas lançou em “A”, pelo que o colegiado do Carf entendeu no sentido da ilegitimidade passiva. Assim, tal julgado não possui qualquer correlação com o presente processo, pois, na espécie, o ato abusivo é de natureza totalmente distinta, consistindo na*

formação de fundos que foram desconsiderados, de modo a gerar a imputação do imposto de renda na pessoa física dos cotistas. Logo, inaplicável o julgado do Carf no caso concreto.

*18. No Acórdão nº **9101-002.536**, entende-se que é ilegítima a incidência de imposto de renda retido na fonte, sob acusação fiscal de “pagamento sem causa” (Lei nº 9.430/1996, art. 61), no caso de comprovação no sentido de que os recursos utilizados pelo contribuinte para o mencionado pagamento jamais lhe pertenceram de fato. Conforme se percebe, trata-se de situação fática frontalmente diversa da examinada neste processo, que envolveu a desconsideração de fundos de investimento. Logo, inaplicável o julgado do Carf no caso concreto.*

*19. Quanto ao Acórdão nº **1401-00.377**, trata-se de situação referente a exclusão de responsabilidade de sócios, ou seja, ilegitimidade passiva de **responsável** (arts. 121, parágrafo único, II, e 135 do CTN) na exigência de IRPJ; ao passo que, no presente processo, está se imputando a cobrança de IRPF diretamente ao **contribuinte** (art. 121, parágrafo único, I, do CTN). Logo, inaplicável o julgado do Carf no caso concreto.*

*20. Resumindo, conclui-se que o fato gerador relativo ao ganho de capital deve ser analisado na **data de sua realização** e, nessa data, é que deve ser identificado o contribuinte do imposto de renda, considerando-se, suspensa, apenas em relação à venda da YPIÓCA BEBIDAS, a eficácia da constituição dos fundos de investimento. Consequentemente, deve-se manter a identificação do sujeito passivo nas pessoas físicas dos cotistas do ALVORADA FIM, entre eles, o contribuinte ora autuado.*

DA ALEGAÇÃO de ILEGITIMIDADE PASSIVA POR SEREM OS ALIENANTES NUS-PRÓPRIETÁRIOS

Em primeiro lugar cumpre esclarecer que ganho de capital não é fruto. Este no caso em apreço é caracterizado pelo pagamento de dividendos.

O Código Civil em seu art. 1.394, 1395 e 1396 assim dispõem:

*Art. 1.394. O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção **dos frutos**.*

Art. 1.395. Quando o usufruto recai em títulos de crédito, o usufrutuário tem direito a perceber os frutos e a cobrar as respectivas dívidas.

Parágrafo único. Cobradas as dívidas, o usufrutuário aplicará, de imediato, a importância em títulos da mesma natureza, ou em títulos da dívida pública federal, com cláusula de atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos

*Art. 1.396. Salvo direito adquirido por outrem, **o usufrutuário faz seus os frutos naturais, pendentes ao começar o usufruto**, sem encargo de pagar as despesas de produção.*

•Parágrafo único. Os frutos naturais, pendentes ao tempo em que cessa o usufruto, pertencem ao dono, também sem compensação das despesas.

Pois bem, qual é o tratamento tributário no caso de alienação do usufruto e da nua propriedade a terceiro em uma mesma operação? Até 9 de janeiro de 2003, nos termos do art. 717 do Código Civil de 1916, o usufruto só pode ser alienado ao proprietário da coisa.

A partir de 10 de janeiro de 2003, nos termos do art. 1.393 do Código Civil de 2002, não se pode transferir o usufruto por alienação.

Ocorrendo a transmissão do usufruto e da nua propriedade concomitantemente, isto é, em uma mesma operação, o usufrutuário e o nu-proprietário sujeitam-se à apuração do ganho de capital.

O usufrutuário deve apurar o ganho de capital relativo à alienação do usufruto e o proprietário (ex nu-proprietário), o ganho de capital relativo à alienação do bem.

Vejamos o PN Cosit nº 4, de 1995:

IMPOSTO SOBRE A RENDA - PESSOA FÍSICA

Alienação ou Cessão de Direitos do Usufruto O ganho de capital apurado na cessão de direitos, por alienação, do usufruto está sujeito à tributação na pessoa física do usufrutuário. As importâncias recebidas pela cessão do exercício do usufruto são consideradas como aluguéis e tributadas como tal. Tratando-se de cessão a título gratuito, constitui rendimento tributável, na declaração de rendimentos, o equivalente a dez por cento do valor venal do imóvel cujo usufruto foi cedido gratuitamente, podendo ser considerado o valor constante da guia do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU ou da Declaração do Imposto Territorial Rural - ITR, observado o disposto no inciso IX do art. 40 do RIR/94.

Dívidas são levantadas a respeito do tratamento fiscal a ser dispensado nos casos de alienação ou cessão de direitos do usufruto.

2. Inicialmente, cabe lembrar que o Código Civil assim determina:

"Art. 717 - O usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário da coisa; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso".

"Art. 724 - O usufrutuário pode usufruir em pessoa, ou mediante arrendamento, o prédio".

3. Com fundamento nos preceitos acima expendidos, verificam-se duas situações a serem analisadas:

I - a alienação, que só pode ter como adquirente aquele que detém a nua-propriedade; e II - a cessão de exercício do usufruto, que pode ser a título gratuito ou oneroso, e realizada com terceiros.

ALIENAÇÃO 4. O art. 798 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 11/01/94 (RIR/94), dispõe que está sujeita ao pagamento do imposto a pessoa física que auferir ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza.

5. O conceito de alienação encontra-se veiculado no art. 799 do RIR/94, o qual determina que "... na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins".

5.1 O art. 801 do RIR/94, com a alteração introduzida pelo art. 23 da Lei nº 8.981/95, dispõe que, na apuração do ganho de capital, serão excluídos:

a) as transferências "causa mortis" e as doações em adiantamento da legítima; e b) o ganho de capital auferido na alienação de bens ou direitos, cujo preço unitário de alienação, no mês em que esta se realizar, seja igual ou inferior a 25.000,00 UFIR. Apuração do Ganho de Capital 6. No que se refere ao tópico em questão, o § 2º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, c/c o § 7º do art. 2º da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, base legal do art. 812 do RIR/94 e art. 22 da Lei nº 8.981/95, dispõe que o ganho de capital será determinado pela diferença positiva entre o valor da cessão do direito e o custo de aquisição atualizado monetariamente com base na variação da UFIR. Valor de alienação 7. Segundo o disposto no art. 802 do RIR/94, considera-se valor de alienação:

I - o preço efetivo da venda ou da cessão de direitos;

II - o valor de mercado nas operações não expressas em dinheiro. Valor de aquisição 8. Para os direitos existentes em 31 de dezembro de 1991, considera-se custo de aquisição o valor de mercado, nessa data, convertido em quantidade de UFIR pelo valor desta no mês de janeiro de 1992, constante da declaração de bens relativa ao exercício de 1992 (art. 805 do RIR/94).

Tratando-se de direitos adquiridos a partir de 1º de janeiro de 1992, o custo será o valor de aquisição convertido em quantidade de UFIR, pelo valor desta:

I - no mês de aquisição, no período de janeiro/92 a dezembro/94;

II - no trimestre de aquisição, a partir de janeiro/95. Na ausência do valor pago, o custo de aquisição dos direitos será (art. 809 do RIR/94):

I- o valor atribuído para efeito de pagamento do imposto de transmissão;

II - o valor de transmissão utilizado, na aquisição, para cálculo do ganho de capital do alienante;

III - o valor corrente, na data da aquisição;

IV - igual a zero, quando não possa ser determinado nos termos dos incisos anteriores. Quando se tratar de direito do usufruto

decorrente de doação em adiantamento da legítima, o doador deverá fazer constar do instrumento público de doação o valor correspondente ao usufruto e mantê-lo em sua declaração de bens ou direitos. Na sua ausência poderá ser considerado como custo de aquisição o valor atribuído para efeito de pagamento do imposto de transmissão, relativo ao usufruto.

9. Ocorrendo a transmissão do usufruto e da nua-propriedade concomitantemente, isto é, em uma mesma operação, tendo como adquirente um terceiro, o usufrutuário e o nu-proprietário ficam sujeitos à apuração do ganho de capital, na forma do item 6, observado o disposto na letra "b" do subitem 5.1.

10. No caso de desistência do usufruto a favor do nu-proprietário, o usufrutuário deverá proceder à apuração do ganho de capital, excluídos os casos citados no subitem 5.1.
CESSÃO DO EXERCÍCIO DO USUFRUTO 11. *Analizando os arts. 717 e 724 do Código Civil, transcritos no item 1, verifica-se que na concessão do exercício do usufruto, não ocorre propriamente a transferência do usufruto (art. 717), mas, sim, a cessão do direito de usar e fruir as utilidades do bem sobre o qual recai o usufruto. Assim sendo, não se materializa, na espécie, qualquer transmissão de direito, mas sim permissão para o uso desse direito.*

11.1. Não ocorrendo transmissão não há que se falar em apuração do ganho de capital pelo cedente do direito. Portanto, as importâncias recebidas pelo cedente, periodicamente ou não, fixas ou variáveis, serão consideradas como aluguel ou arrendamento, conforme determina o art. 50 do RIR/94.

11.2. Tratando-se de cessão a título gratuito, constitui rendimento tributável, na declaração de rendimentos, o equivalente a dez por cento do valor venal de imóvel cujo usufruto foi cedido gratuitamente, podendo, entretanto, ser adotado o valor constante da guia do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU correspondente ao ano-calendário da declaração, convertido em UFIR pelo valor desta no 1º trimestre do respectivo ano-calendário, exceto quando ocupado pelo próprio usufrutuário ou para uso do cônjuge ou de parentes de primeiro grau (art. 50, § 1º do RIR/94).

11.2.1. No caso de imóvel rural, constitui rendimento tributável na declaração de rendimentos o equivalente a dez por cento do valor venal (terra nua) ou o valor constante da Declaração do Imposto Territorial Rural - ITR.

12. Analisando os dispositivos transcritos, conclui-se que:

a) ocorrendo cessão de direitos, por alienação, do usufruto, o alienante deverá proceder a apuração do ganho de capital, excluídos os casos citados no subitem 5.1;

b) ocorrendo a cessão do exercício do usufruto a título oneroso, o cedente (usufrutuário) deverá considerar como aluguel ou arrendamento as importâncias recebidas periodicamente ou não, fixas ou variáveis, pela celebração do contrato (art. 50 do RIR/94);

c) tratando-se de cessão do exercício do usufruto a título gratuito, o cedente (usufrutuário) deverá considerar como rendimento tributável na declaração de rendimentos, o equivalente a dez por cento do valor venal do imóvel, podendo ser adotado o valor constante da guia do IPTU ou da declaração do ITR, observado o disposto no inciso IX do art. 40 do RIR/94 (art. 50, § 1º do RIR/94).

DA DECADÊNCIA

21. Sobre esse tema, o impugnante alegou que:

a) *Às fls. 6 do TVF o Fisco assim se posicionou: ‘Segundo Relatório do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que aprovou a venda, a operação ocorreu em 25 de maio de 2012’. Ora se a venda ocorreu em 25/05/2012 e a Notificação do Auto de Infração somente ocorreu em 13/07/2017, vê-se, nesse caso, a presença clássica da Decadência, na forma do parágrafo 4º, do artigo 150 do CTN. O Fisco afirma, as fls. 3 do TVF, que: ‘O imposto de renda referente aos respectivos ganhos de capital decorrentes dessa operação foi recolhido pelos contribuintes acima (Anexo 4)’. Examinando os referidos DARFs, constata-se que tais recolhimentos ocorreram em janeiro de 2012.*

b) *Tendo o Fisco desconsiderado o ato jurídico decorrente da criação do TELLES FIP, obviamente o imposto de renda recolhido sobre o ganho de capital, naquela data, obrigatoriamente, deve representar parte do recolhimento do IRRF devido na operação de compra e venda de participações acionárias, conforme apuração dos ganhos de capital. Assim sendo, tendo sido recolhido o IR em 27 de janeiro de 2012, e tendo a venda, formalmente, se concretizado em 25/05/2012, o fato gerador do tributo deve ser o dies a quo da contagem do prazo decadencial (25/05/2012). A Fazenda Pública tem cinco anos para exercer o direito de revisar ou constituir crédito da tributação do Imposto de Renda sobre ganho de capital se houve pagamento, mesmo que parcial, sendo que o início do prazo é a data da ocorrência do fato gerador, em conformidade com o parágrafo 4º do artigo 150 do CTN.*

c) *Tentando fugir da decadência, o Fisco, as fls. 6 do TVF busca se agarrar em Relatório do TELLES FIP e assim se posiciona: “De acordo com o item 5 do Relatório ‘Demonstrações Contábeis - Período de 29 de dezembro de 2011 (início das atividades) a 30 de setembro de 2012’ - do TELLES FIP, a venda se concretizou em 09 de agosto de 2012 pelo valor de R\$ 902.017.655,20, (...)”. Com isso o Fisco quer fazer crer que a transação ocorreu em 09 de agosto de 2012, baseando-se no mencionado relatório de Demonstrações Contábeis.*

22. *Para fins de contagem do prazo decadencial, a data da venda é irrelevante porque o Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF, mais especificamente sobre os ganhos de capital, não obedece ao regime de competência.*

23. *É que a incidência do IRPF sobre ganhos de capital ocorre sob o regime de caixa, ou seja, o fato gerador somente se aperfeiçoa por ocasião da efetiva percepção dos rendimentos, na forma do art. 21, § 1º, da Lei nº 8.981/1995:*

Art. 21. *O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza sujeita-se à incidência do Imposto de Renda, à alíquota de quinze por cento.*

(...)§ 1º O imposto de que trata este artigo deverá ser pago até o último dia útil do mês subsequente ao da percepção dos ganhos.

24. Em se tratando de alienações a prazo, a tributação sobre os ganhos de capital também está sujeita ao regime de caixa, na forma do art. 21 da Lei nº 7.713/1988:

Art. 21. Nas alienações a prazo, o ganho de capital será tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês, considerando-se a respectiva atualização monetária, se houver.

25. Na espécie, a data mais antiga de recebimento de recursos alusivos à venda de ações da YPIÓCA BEBIDAS aconteceu em 09/08/2012 (p. 7/8 e 20 do TVF, com as planilhas ali demonstradas). Como não transcorreu o lapso quinquenal do lançamento fiscal cientificado ao administrado em 14/07/2017 (fl. 1107), não resta decaído o débito tributário lançado.

26. Outrossim, a jurisprudência colacionada pelo administrado – especialmente o REsp 973.733 – não lhe socorre, pois, ainda que obedecendo ao art. 150, § 4º, do CTN, o cerne da questão diz respeito à fixação do termo inicial da decadência. O impugnante entendeu que tal termo seria em 25/05/2012, em atenção ao regime de competência, que, conforme visto, é inaplicável ao caso.

*27. Apenas para argumentar (“ad argumentandum tantum”), o termo de início da decadência sucedeu em 01/01/2013, pois não se poderia aplicar a regra geral do art. 150, § 4º, do CTN, tendo em vista que: **a)** inexistiu pagamento antecipado do IRPF sobre ganho de capital [consoante tópico “DO CÁLCULO DO IR SOBRE GANHO DE CAPITAL (COMPENSAÇÃO DE IMPOSTO PAGO)”, *infra*]; **b)** houve incidência de dolo do contribuinte [consoante tópico “DA MULTA QUALIFICADA”, *infra*]. Logo, o caso deveria sofrer os efeitos da regra especial do art. 173, I, do CTN, para o qual o termo inicial só ocorre no início do exercício seguinte (01/01/2013).*

28. Ainda para mera argumentação (“ad argumentandum tantum”), firme-se que, no trecho aludido pelo impugnante (parágrafo 21, item “a”, retro), a autoridade lançadora estava explicitamente citando o Relatório do Cade, cujo entendimento se deu no sentido da ocorrência da venda da YPIÓCA BEBIDAS em 25/05/2012. Tal excerto, portanto, não expressa o juízo do auditor fiscal.

29. Em tempo, na p. 6 do TVF, nas Demonstrações Contábeis do próprio TELLES FIP consta que a mencionada venda se deu em 09/08/2012. Portanto, não foi o Fisco que intentou fazer crer que a transação aconteceu nessa data, mas o fundo pertencente, em última análise, aos membros da família Telles. Caso o impugnante entenda que a venda ocorreu em outra data, deveria ter trazido provas aos autos nesse sentido, mas não o fez.

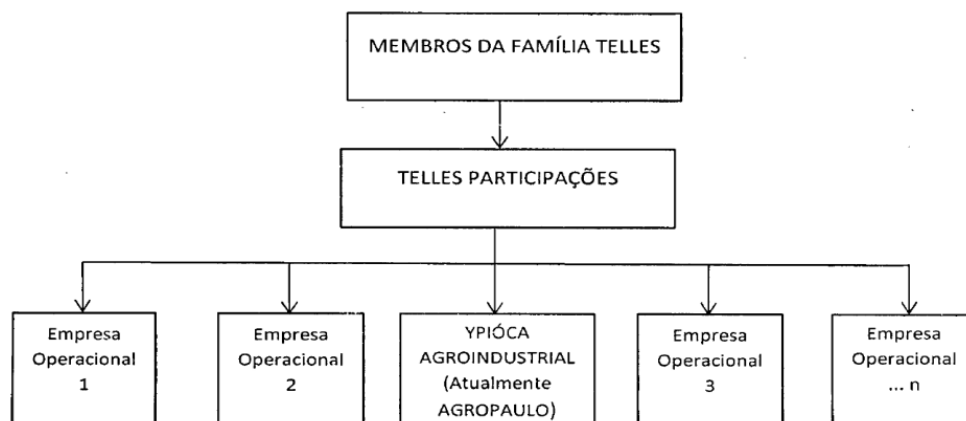
30. Em resumo, conforme parágrafos 25 e 27 (supra), aplicando-se, respectivamente, o art. 150, § 4º, do CTN ou o art. 173, I, do mesmo Código, inexistiu caducidade do direito de lançar.

No caso em questão, em face do dolo/simulação, a regra a ser aplicada é a o art. 173, I até mesmo por não ter havido antecipação.

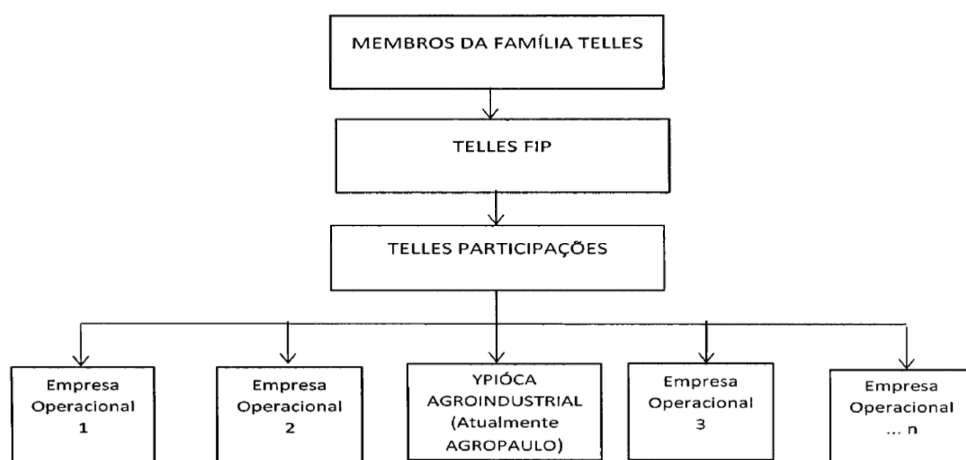
Ou seja, também não merece prosperar a alegação da recorrente trazida da tribuna com relação a extinção da Holding como data a ser considerada para fins de contagem de prazo decadencial.

*DO MÉRITO**DO PROPÓSITO NEGOCIAL*

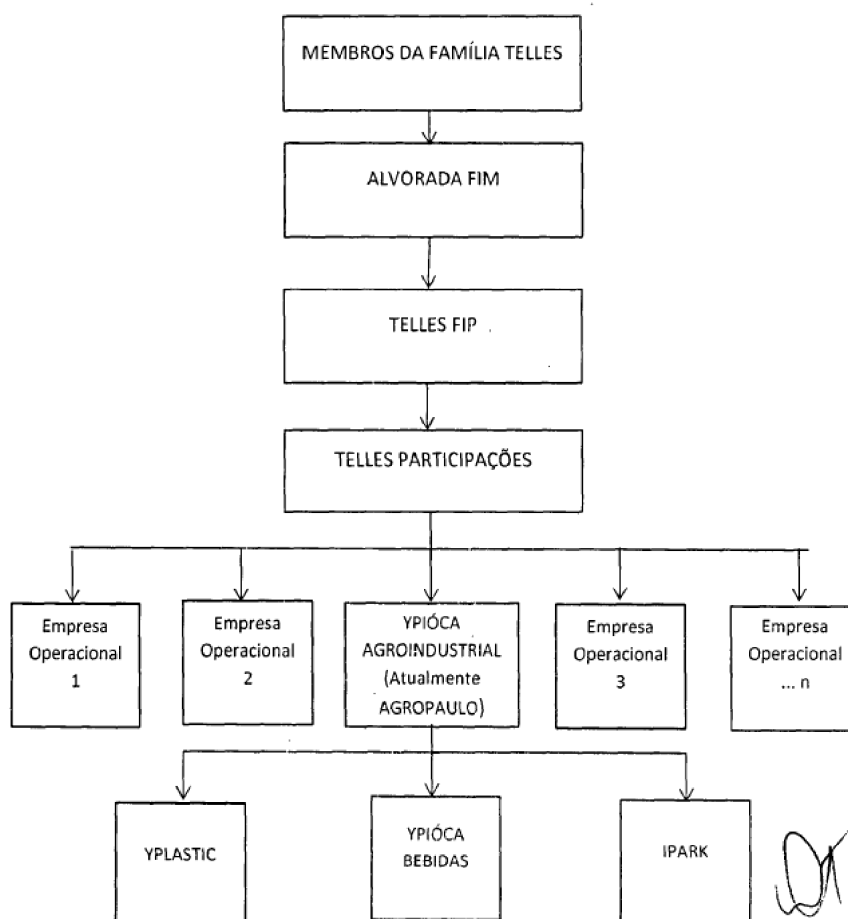
32. Para facilitar o entendimento, veja-se graficamente a estrutura dos negócios da família Telles em **1998**, segundo o próprio contribuinte:



33. Com a criação do Fundo TELLES FIP, em **dezembro/2011**, tal estrutura passou a revelar a seguinte forma:



34. Ainda consoante peça impugnatória, depois da criação do ALVORADA FIM e da YPIÓCA BEBIDAS, ambos em **fevereiro/2012**, o Grupo TELLES passou a ter a seguinte representação:



35. Frise-se que, a grosso modo, a YPIÓCA BEBIDAS (acima representada) é que foi vendida para o grupo DIAGEO/CINTER e tal venda foi objeto do ganho de capital ora analisado.

36. Fazendo um resumo do TVF, a autoridade lançadora utilizou os seguintes fatos e argumentos para fundamentar a desconsideração dos fundos de investimento (TELLES FIP e ALVORADA FIM):

a) Em 11/05/2012 a empresa AGROPAULO sofreu cisão parcial, vertendo parte do seu capital, compreendido pelas participações societárias nas empresas YPIÓCA BEBIDAS (apenas elementos do ativo, com ações ordinárias no valor de R\$ 62.453.300,00), YPLASTIC e IPARK para a empresa TELLES PARTICIPAÇÕES (p. 6 do TVF).

b) Em 12/05/2012 foi decidido em Assembleia Geral a dissolução da empresa TELLES PARTICIPAÇÕES. Com a dissolução da companhia, a YPIÓCA BEBIDAS passou a pertencer diretamente ao TELLES FIP (p. 6 do TVF).

c) Em 23/05/2012, a Assembleia Geral do TELLES FIP aprovou a venda da totalidade das ações da YPIÓCA BEBIDAS para a empresa CINTER INTERNATIONAL BRANDS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, CNPJ nº 60.699.865/0001-10 (p. 6 do TVF).

d) Sendo o fundo de investimento uma reunião de recursos para aplicação em diversos ativos e, no caso específico do Fundo de Investimento em Participações, em ações de companhias das

quais o fundo deve participar da gestão, qual a finalidade de se integralizar as quotas de um fundo recém-criado com ações de empresa das quais os próprios cotistas do fundo eram os proprietários? Se o objetivo de um investimento é a aplicação de recursos para a obtenção de um ganho com esses investimentos, que ganhos os cotistas do TELLES FIP esperariam obter com o Fundo que não obteriam se mantivessem diretamente o controle das ações das empresas? Qual o propósito comercial, então, de se integralizar as quotas do fundo com as ações da TELLES PARTICIPAÇÕES? Nenhum. O Fundo, neste caso, se apresenta como mero ente interposto entre as empresas e os seus acionistas/cotistas (p. 18 do TVF).

e) As negociações com vistas à venda da YPIÓCA BEBIDAS, como é usual nesse tipo de operação, já vinham ocorrendo há bastante tempo, antes mesmo da constituição do TELLES FIP e do ALVORADA FIM (p. 19 do TVF).

f) Estranhamente, o Sr. Everardo Ferreira Telles recebeu, conforme deliberações da Assembléia do TELLES FIP, de 23/05/2012, plenos poderes para a concretização do negócio quais sejam: estabelecer o preço da venda e quaisquer outras cláusulas ou condições do negócio e assinar quaisquer documentos necessários para o seu implemento (p. 6 do TVF).

g) Em 22/02/2012, foi constituído o ALVORADA FIM (p. 3 do TVF).

h) Em 23/04/2012, por decisão em Assembleia Geral, os cotistas do TELLES FIP utilizaram todas as suas cotas para a integralização das cotas do ALVORADA FIM. Desse modo, o ALVORADA FIM passou a deter com exclusividade 100% das cotas do TELLES FIP (fundo exclusivo) (p. 4 do TVF).

i) Os ganhos decorrentes da venda da YPIÓCA BEBIDAS foram recebidos inicialmente pelo TELLES FIP, que seria o proprietário das ações, e esses recursos foram repassados a título de amortização para o ALVORADA FIM, único cotista do TELLES FIP. Em ambos os casos, por se tratar de fundos de investimento, não haveria incidência de imposto, seja sobre ganho de capital, seja sobre rendimentos do fundo decorrentes da operação de venda da empresa (p. 15 do TVF).

j) A prevalecer a pretensão dos contribuintes, dada essa configuração, a única possibilidade de haver a incidência imediata do imposto seria se o ALVORADA FIM amortizasse cotas em favor dos seus cotistas, os membros do grupo familiar TELLES, o que, até o momento em que se escreveu este TVF, não ocorreu (p. 15 do TVF).

k) O ALVORADA FIM utilizou os recursos recebidos em várias aplicações, em outros fundos que, por sua vez, os aplicaram na aquisição de cotas de outros fundos e em variados tipos de ativos (Anexo 33). Aliás, o que justificaria a criação do ALVORADA FIM e a transferência para este Fundo da totalidade das cotas do TELLES FIP seria exatamente, além do afastamento da

exigência do imposto de renda sobre os ganhos decorrentes da alienação da YPIÓCA BEBIDAS, a ampliação das possibilidades de escolha de ativos para a aplicação dos recursos (p. 15 do TVF).

1) É que, se o produto da venda da YPIÓCA BEBIDAS permanecesse no TELLES FIP, este teria que aplicá-lo predominantemente (90%) na aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, conforme artigo 6º c/c artigo 2º da Instrução nº 391/2003, da Comissão de Valores Mobiliários - CVM (p. 16 do TVF).

37. As alíneas de “a” até “f” do parágrafo anterior estão relacionadas especificamente ao TELLES FIP; e, de “g” até “l”, referem-se ao ALVORADA FIM.

38. O impugnante afirmou que a criação do TELLES FIP fez parte de um processo de reestruturação, cujo objetivo central foi “prover aos membros da família TELLES uma gestão profissional de suas empresas operacionais, assim como manter distante, dessas empresas, eventuais divergências pessoais entre os membros da família”. Não convence tal alegação, pois:

*a) A finalidade central de um fundo de investimento em participações - FIP, segundo o art. 2º da Instrução CVM nº 391/2003, se realiza por meio da **aquisição** de ações e de outros títulos e valores mobiliários. Como ninguém tem como objetivo **adquirir** algo que previamente já estava sob seu domínio, o **objetivo precípua** do TELLES FIP deveria ser a realização de **investimentos novos**, e não a gestão profissional de **investimentos antigos** (representados, na espécie, por empresas operacionais que já pertenciam àquele grupo empresarial antes da criação do FIP), demonstrando-se, assim, a falta de propósito comercial do TELLES FIP. O argumento acima está em consonância com o fundamento fiscal disposto no parágrafo 36, item “d” (retro).*

b) Antes da criação do TELLES FIP, o Grupo Telles era administrado por meio de holding⁴ (TELLES PARTICIPAÇÕES) que, por isso, já cumpria esse papel de interface administrativa entre os membros das famílias TELLES e as empresas operacionais, além da possibilidade de gestão profissional de tais empresas. Assim, não convencem as alegadas vantagens, aduzidas pelo impugnante, em alterar o tipo de controladora das empresas operacionais, saindo de um modelo de holding para o modelo de FIP.

39. Quanto à “governança corporativa” citada pelo impugnante como sendo um dos objetivos que levaram à criação do TELLES FIP, de plano, traz-se seu conceito segundo a CVM: “Governança corporativa é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas”.

40. E consoante MURAKAMI, a atuação eficiente de holding em um grupo empresarial já permite a operacionalização de governança corporativa:

Da mesma forma, define o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa:

Governança Corporativa é o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal. O objetivo das práticas de governança corporativa é a criação e operacionalização de um conjunto de mecanismos que visam a fazer com que as decisões sejam tomadas de forma a otimizar o desempenho de longo prazo das empresas.

RIBEIRO complementa o termo, ao afirmar que a governança corporativa, além de indicar um sistema de gestão das sociedades, “privilegia a probidade, a transparência, a ampliação e a compatibilização dos direitos daqueles que se relacionam com a companhia”. Como se vê, trata-se de um sistema de governo e gestão de empresa, cujas práticas serão consideradas boas ou más dependendo do resultado que delas possam acontecer.

No entanto, no caso das empresas familiares, o problema da governança corporativa adquire características mais complexas, em razão da influência emocional existente. Além dos eventuais conflitos que pode ocorrer entre os executivos, conselheiros e acionistas/quotistas, nas empresas familiares, como já visto, existem os relacionamentos entre familiares, com sentimentos envolvidos e a possibilidade de problemas na sucessão e transição de gerações.

Assim, as boas práticas de governança corporativa no âmbito da empresa familiar devem situar as relações no campo de separação entre propriedade e gestão e, também, na seara das relações entre a família, o patrimônio societário e a empresa.

Mais que isso, elas também devem ter por finalidade a proteção e o bem da empresa familiar, abrigando, desse modo, o interesse de todo e qualquer componente que se relacione com a sociedade empresária (controladores, administradores, stakeholders, etc.).

Neste sentido, ressaltam BERNHOEFT e GALLO:

Para alguns dos empresários, e especialmente os conselheiros independentes, o comentário foi enfático no sentido de afirmar que a contribuição da governança para a empresa familiar tem o mesmo peso que teria para qualquer outro tipo de empresa. Significa a necessidade de respeitar os interesses dos diferentes públicos com que a empresa se relaciona, conferindo-lhes o peso e a relevância que são merecedores. Certamente para a continuidade da empresa familiar tudo isto tem uma maior importância ainda. Nunca é demais lembrar que quem cria empregos, gera riqueza e lucros é a empresa. Portanto, a

governança deve funcionar como um instrumento ativo e crítico na geração e agregação de valor para todos os envolvidos. Inclusive os acionistas.

O planejamento sucessório através da holding familiar age dessa forma, haja vista a ideia da perpetuidade do empreendimento e, como já visto, da separação da família e da gestão corporativa, demonstrando o real interesse dos que detém o poder decisório.

Além de permitir a manutenção do bloco de poder familiar, a holding funciona como um sistema que permite a conservação das brigas familiares dentro da própria família, sem que contamine a gestão da empresa, protegendo, de certa forma, o interesse de todos com que se envolve.

Assim dispõe o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa:

A falta do planejamento de sucessão destrói o valor das organizações, pondo em risco sua credibilidade perante o mercado e demais partes interessadas. [...] Empresas são feitas de pessoas. Nessa perspectiva, a clareza com relação a quem vai continuar o negócio, de que forma e segundo qual filosofia, preocupa investidores, colaboradores, clientes e parceiros. O planejamento da sucessão é, por conseguinte, importante porque torna clara a intenção dos acionistas com relação ao seu negócio, tendo em vista o conjunto de expectativas – tanto de dentro, quanto de fora da organização. [...] Um processo de planejamento de sucessão objetivo, abrangente e contínuo, além de ser uma boa prática de governança corporativa, comunica às diversas partes interessadas (stakeholders), a importância que a organização atribui à continuidade dos negócios. É através desse processo que a empresa promove uma coerência entre sua visão de futuro e a ação empresarial e transmite uma mensagem clara, para investidores e colaboradores, sobre o ciclo de continuidade da liderança.

Dessa forma, o planejamento sucessório através da holding familiar pode ser considerado uma prática de governança corporativa, pois além de proteger o interesse dos familiares, ao manter o bloco do controle das decisões, ele, também, conserva o interesse de todos, na busca da perpetuidade e na separação dos problemas familiares da empresa.

41. Logo, como a atuação efetiva da TELLES PARTICIPAÇÕES (holding) já permitiria a prática de governança corporativa, mais uma vez não convence o fundamento, aduzido pelo impugnante, em alterar o tipo de controladora das empresas operacionais, saindo de um modelo de holding para o modelo de FIP.

42. Outrossim, o contribuinte afirmou: “não é porque a Ypióca estava sendo assediada por algumas empresas, que o Grupo TELLES estaria certo do fechamento de algum negócio, e por tal motivo idealizaria um ‘planejamento tributário ilícito’”; “em abril de 2012, portanto, após a criação dos fundos de investimentos mencionados pela fiscalização, as negociações com a DIAGEO foram dadas como encerradas”. Entende-se pela irrelevância de tais argumentos pois, em cada negócio efetivado pelo TELLES FIP, inclusive quanto à venda da YPIÓCA BEBIDAS, deveria o impugnante demonstrar (e não o fez!) que a citada companhia operacional teria o aspecto de um investimento novo, configurando assim em parte integrante do propósito negocial do TELLES FIP que, dessa forma, encontrar-se-ia apto para obter a isenção de imposto de renda sobre eventual ganho de capital.

43. Destaque-se que a Assembleia Geral do TELLES FIP promoveu alteração de seu Regulamento, em 23/04/2012, com o seguinte teor:

DELIBERAÇÕES: Os Cotistas deliberaram, por unanimidade, com base na pauta acima aprovar todas as seguintes alterações no Regulamento do Fundo.

(...)f) Alterar o Artigo 30 para esclarecer que o Comitê Gestor e de Investimento não tem competência exclusiva e não necessita, nem deve deliberar sobre assuntos que já tenham sido objeto de deliberação por parte da Assembléia Geral de Cotistas.

g) Alterar o Artigo 17 para acrescentar um texto final ao Parágrafo Terceiro desse artigo para deixar claro que, especialmente no caso de ativos vinculados a garantias dadas ao comprador de ativo desinvestido, conforme previsto na alínea c) do Inciso II do parágrafo 3º do Artigo 6º-A da Instrução CVM 391, o valor desse tipo de ativo deverá ser somado aos ativos fins do Fundo, não implicando, portanto, em desenquadramento da carteira.

h) Alterar o Parágrafo Quarto ao Artigo 31 para acrescentar que os deveres e prerrogativas do Comitê Gestor e de Investimento, enquanto não eleito o Comitê pela Assembléia Geral, serão exercidas pelo maior cotista do Fundo ou usufrutuário da maior quantidade de cotas, que seja detentor dos direitos sobre mais de 50% das cotas emitidas; cotista que poderá receber procuração do Fundo para representá-lo perante as companhias investidas.

44. Apenas como reforço argumentativo (“ad argumentandum tantum”), apesar de a venda da YPIÓCA BEBIDAS não estar finalizada, as alterações acima promovidas no Regulamento revelam toda a preparação/preocupação para a citada venda, mediante: **a)** limitação da competência do Comitê Gestor e de Investimento (art. 30); **b)** explicação sobre os cálculos alusivos a desenquadramento da carteira, na forma do art. 6º-A, § 3º, II, “c”, da Instrução CVM nº 391/2003 (art. 17, § 3º); **c)** inclusão de competência do maior cotista do Fundo ou usufrutuário da maior quantidade de cotas acima de 50% para receber procuração do Fundo para representá-lo perante as companhias investidas (art. 31, § 4º).

45. O impugnante também asseverou: “(...) desde abril de 2007, (...) que o Grupo TELLES vem utilizando-se de fundo de investimento exclusivo (sem participação de outras pessoas físicas ou jurídicas, que não as do Grupo TELLES), em sua organização. Fundos esses que poderiam ter sido utilizados para albergar as empresas operacionais do Grupo, bastando simplesmente alterar seu regulamento perante a CVM. Será que, se o Grupo Telles tivesse utilizado o fundo de investimento criado em 2007 também seria considerado pelo Fisco como parte de um ‘planejamento tributário ilícito’? É evidente que não!”. Repita-se aqui o que já foi dito retro, ou seja, se a venda da YPIÓCA BEBIDAS tivesse se dado por meio de outro fundo de investimento, o contribuinte teria, da mesma forma, o ônus de demonstrar que a YPIÓCA BEBIDAS teria o aspecto de um investimento novo, configurando-se assim como parte integrante do propósito negocial de determinado fundo de investimento que, só assim, encontrar-se-ia apto para obter a isenção de imposto de renda sobre eventual ganho de capital. Caso contrário, esse fundo também seria desconsiderado para apuração de tal imposto.

46. O administrado também alegou que inúmeras outras empresas globais, além da DIAGEO, procuraram o Grupo TELLES, desde janeiro/2008, objetivando adquirir o negócio YPIÓCA (p. 25/26 da impugnação e vide docs. 07 a 10, e parte do doc. 11 relativo à PERNOD RICARD, anexos à impugnação), apesar de não terem concretizado a compra. De tal premissa não decorre nenhuma conclusão no sentido de que houve ou não planejamento tributário ilícito, mas daí se infere apenas que existia, no máximo, a possibilidade de ocorrência da citada venda. Nada mais! Portanto, com a exceção do acordo de confidencialidade com a DIAGEO (parcela do doc. 11 anexo à impugnação), os demais documentos relativos ao assédio de empresas globais em nada interferem no lançamento fiscal ora analisado.

47. Saliente-se aqui que, como a própria CVM prevê a formação de um fundo exclusivo, 7 a premissa fiscal de que os fundos de investimento têm “o objetivo de promover a **aplicação coletiva de recursos**” não foi utilizada no presente Voto como fundamento, pelo que não será analisada a contestação do contribuinte sobre esse tema.

48. No que tange à alegação do impugnante no sentido de que “um fundo de investimento em participações (FIP) é um mecanismo legal, (...), que permite ao investidor diversificar as aplicações de recursos financeiros”, trata-se de argumento que milita em favor da autoridade lançadora, já que no caso ora examinado o Grupo TELLES usou o TELLES FIP para controlar sociedades que eram previamente controladas pelo citado Grupo, e não para diversificar investimentos em empresas alheias.

49. Quanto aos Acórdãos do Carf nº 3402-001.908, 104-21.729 e 101-94.127, cujas ementas foram aduzidas pelo impugnante, saliente-se, mais uma vez, que as decisões administrativas não podem ser estendidas genericamente a outros casos, pois somente se aplicam sobre a questão ali analisada e apenas vinculam as partes envolvidas naqueles litígios.

50. Apenas para argumentar, nos Acórdãos acima, o respectivo colegiado se posicionou contra o lançamento fiscal, tendo por premissa, data venia, um certo apego ao formalismo. Todavia, deve o aplicador da legislação tributária se aprofundar nos aspectos substanciais da relação Estado versus contribuinte, sob a luz de princípios subjetivados, tais como, isonomia, capacidade contributiva e função social da propriedade, todos reforçados pela Constituição da República de 1988. Como premissa, adota-se a tese de que o direito individual de auto-organizar-se e a liberdade de iniciativa, como qualquer direito individual, não possuem caráter absoluto, já que são podados quando o exercício desse direito gera dano social. Logo, mergulhando no aspecto substancial da relação Estado-contribuinte, deve prevalecer a seguinte tese fiscal: “Se o objetivo de um investimento é a aplicação de recursos para a obtenção de um ganho com esses investimentos, que ganhos os cotistas do TELLES FIP esperariam obter com o Fundo que não obteriam se mantivessem diretamente o controle das ações das empresas? Qual o propósito negocial, então, de se integralizar as quotas do fundo com as ações da TELLES PARTICIPAÇÕES E NEGÓCIOS S/A? Nenhum. O Fundo, neste caso, se apresenta como mero ente interposto entre as empresas e os seus acionistas/cotistas”. Noutro dizer, se o Grupo TELLES promoveu a existência de uma entidade interposta entre as empresas e seus acionistas/cotistas, tal ato se conforma ao conceito de simulação, que vem a ser a violação da lei exigida pelos mencionados Acórdãos.

51. O contribuinte aduziu em sua defesa as normas da Constituição da República de 1988 – CR/1988, relativas aos valores sociais da livre iniciativa (art. 1º, IV), à livre concorrência (art. 170, IV), ao princípio da legalidade (art. 5º, II), à garantia do direito de propriedade (art. 5º, XXII). Todavia, essa mesma Constituição traz também valores opostos àqueles, como o objetivo de construir uma sociedade solidária (art. 3º, I), a função social da

propriedade (art. 5º, XXIII, e art. 170, III) e o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º).

52. *O impugnante também perguntou: “(...) que planejamento tributário ilícito é este, no qual o contribuinte paga R\$22.066.198,00 de imposto de renda, a título de ganho de capital, sem que, à época do pagamento, não havia nenhuma venda confirmada?”. Ora, o citado pagamento refere-se a imposto de renda incidente sobre ganho de capital, em **dezembro/ 2011**, alusivo à alienação das ações da TELLES PARTICIPAÇÕES para o TELLES FIP (transferência para integralização das cotas do fundo – fls. 216/219), aqui denominado como **evento 1**. Portanto, trata-se de tema estranho à presente lide que se limita a examinar o ganho de capital sobre a venda de ações de outra sociedade (YPIÓCA BEBIDAS), aqui denominado como **evento 2**. Para fins de exercício argumentativo, se houvesse correlação entre o imposto pago em referência ao evento 1 e o imposto pago em referência ao evento 2, verifica-se que os membros da família TELLES pagaram **R\$22.066.198,00** (= R\$3.152.314,00 x 7 filhos) pelo evento 1, ao passo que, nos lançamentos ora em julgamento, foi formalizado a quantia principal de **R\$114.071.898,71** (= R\$16.295.985,53 x 7 filhos). *Aí residiria o planejamento tributário: uma economia com tributos no expressivo valor de **R\$92.005.700,71** (= R\$114.071.898,71 – R\$22.066.198,00).**

53. *Aduz-se ainda mais um argumento acessório (“ad argumentandum tantum”) nos parágrafos 54 a 57 (infra).*

54. *As etapas do ciclo de investimentos de um fundo são: a) captação de recursos; b) identificação de oportunidades; c) seleção, estruturação e acompanhamento de investimentos; d) desinvestimentos.*

55. *Consoante entrevista em 15/10/2012 do próprio Sr. Everardo Ferreira Telles, usufrutuário vitalício das ações do Grupo Empresarial TELLES, destaca-se que: a negociação para a venda da YPIÓCA BEBIDAS começou no início do ano de 2011; a negociação foi longa e difícil, como não poderia deixar de sê-la, tendo em vista os inúmeros detalhes de uma venda desse porte. 9*

56. *Acompanhando a peça impugnatória, o administrado aduziu acordo de confidencialidade firmado por DIAGEO, Ypióca Agroindustrial Ltda (neste voto denominado por AGROPAULO) e outras empresas do Grupo TELLES, celebrado em 22/12/2010 (parcela do doc. 11 anexo à impugnação). Esse acordo é o primeiro documento assinado entre o potencial comprador e o vendedor, por meio do qual os envolvidos na potencial transação se comprometem a manter em sigilo todas as informações sobre a negociação e dados obtidos da outra parte durante o período dessas tratativas. 10*

57. *Portanto, como a Assembléia Geral do TELLES FIP decidiu pela venda da YPIÓCA BEBIDAS apenas em 23/05/2012, a negociação se estendeu, no mínimo, pelo período de 18 meses. Já a YPIÓCA BEBIDAS somente passou a pertencer diretamente ao TELLES FIP em 12/05/2012, onze dias antes da citada Assembleia. Por via de consequência, das etapas de um ciclo de investimento (consoante parágrafo 54, retro), o TELLES FIP só teria atuado, em tese, na etapa final relativa ao “desinvestimento” (venda da YPIÓCA BEBIDAS). Aqui se utilizou a expressão “em tese” porque, mesmo nessa última fase, o Sr. Everardo Ferreira Telles recebeu, conforme deliberações da Assembleia Geral do TELLES FIP, de 23/05/2012, plenos poderes para a concretização do negócio, quais sejam: estabelecer o preço da venda e quaisquer outras cláusulas ou condições do negócio e assinar quaisquer documentos necessários para o seu implemento. Em outras palavras, a existência do TELLES*

FIP – e de seus profissionais de mercado – se mostrou inteiramente **desnecessária** em **todas** as etapas do ciclo de investimentos na YPIÓCA BEBIDAS, somente emergindo o referido fundo no momento de obter indevidamente a isenção do ganho de capital ora analisado. Daí o estranhamento causado na autoridade lançadora, conforme p. 6 do TVF, o que não foi compreendido pelo impugnante.

58. Quanto à desconsideração do ALVORADA FIM, deve-se manter a ineficácia desse fundo na venda da YPIÓCA BEBIDAS, em harmonia com o parágrafo 36, item “k” (retro), isto é, o objetivo da interposição do ALVORADA FIM foi, além da isenção do imposto sobre o ganho de capital na venda da YPIÓCA BEBIDAS, a ampliação das possibilidades de

escolha de ativos para a aplicação dos recursos que um fundo de investimento multimercado tem em cotejo com o fundo de investimento em participações.

59. Em relação aos contratos com a Fundação Dom Cabral (docs. 03 e 04 anexos à impugnação) e ao documento intitulado “Estrutura de Governança – Situação Futura” (doc. 05 anexo à impugnação), trata-se de elementos que, respectivamente, ocorreram em 2013 (docs. 03 e 04) ou criaram expectativa para o período posterior a 07/08/2017, data da impugnação (doc. 05), e, portanto, não influenciaram na venda da YPIÓCA BEBIDAS ocorrida em 2012.

60. Quanto às notícias publicadas em 12/04/2012 e 03/05/2012 (docs. 06 e 14 anexos à impugnação), é normal que o processo de negociação de venda de companhia do porte da YPIÓCA BEBIDAS envolva idas e vindas, desistências e retomadas das tratativas. Nesse contexto, resta claro que a definitividade da venda só ficou demarcada com a assinatura do Contrato de Compra e Venda de Ações em 25/05/2012 (Anexo 24 do TVF) e do Aditamento e Consolidação do Contrato de Compra e Venda de Ações em 03/08/2012 (Anexo 25 do TVF). Porém, tendo em vista o porte da YPIÓCA BEBIDAS, o acordo de confidencialidade firmado com a DIAGEO em 22/12/2010 (parcela do doc. 11 anexo à impugnação) e a quantidade de empresas globais interessadas na YPIÓCA BEBIDAS, é razoável e plausível que o Grupo TELLES tenha se preparado juridicamente para a hipótese de a venda se tornar realidade, atos preparatórios esses que restaram demonstrados conforme visto nos parágrafos 33, 34, 36, 43 e 56 (retro).

61. Mantêm-se, pois, as infrações descritas pela autoridade fiscal.

DO CÁLCULO DO IR SOBRE GANHO DE CAPITAL (COMPENSAÇÃO DE IMPOSTO PAGO)

(...)

63. De plano, destaque-se que a YPIÓCA BEBIDAS, objeto do ganho de capital ora sob exame, só foi criada em **29/02/2012** (dois meses depois do ganho de capital ocorrido em dezembro/2011).

64. O fato alegado pelo contribuinte ocorreu em **30/12/2011** e o objeto do ganho de capital incidiu na alienação de ações da **TELLES PARTICIPAÇÕES**. Já os fatos tributários ora analisados ocorreram em **09/08/2012**, **21/02/2013**, **09/11/2015** e **07/10/2016** e consistem em ganhos de capital na alienação de ações da **YPIÓCA BEBIDAS**. Destarte, os elementos material e temporal dos fatos geradores são distintos.

65. Demais disso, a YPIÓCA BEBIDAS resultou da segregação de atividades da Ypióca Agroindustrial S/A (futura AGROPAULO). Essa última sociedade, bem como

*NATURÁGUA, FIEL, BOTICÁRIO, HALLEY e PECÉM, são empresas operacionais que, na época, eram controladas pela TELLES PARTICIPAÇÕES e foram objeto da avaliação (efetuada pela PAX Corretora de Valores e Câmbio S/A) que serviu de base para o ganho de capital ocorrido em dezembro/2011. Assim, resta plausível que o custo de aquisição das ações vendidas da YPIÓCA BEBIDAS (R\$62.453.300,00), em agosto/2012, tenha nele embutido a valorização calculada por ocasião do evento de dezembro/2011. **De qualquer sorte, o impugnante sequer se esforçou para demonstrar – mediante escrituração contábil devidamente suportada por documentos – que o evento de dezembro/2011 foi influenciado, pelo menos em parte, por fatos imputáveis futuramente à YPIÓCA BEBIDAS (que só foi criada em fevereiro/2012); tampouco quantificou essa parte. Portanto, denega-se o pleito do administrado para excluir, do imposto lançado, o tributo pago sobre ganho de capital ocorrido em 30/12/2011.***

66. Em seguida, o impugnante argumentou que:

E mais, entre a data de constituição dos fundos TELLES FIP e ALVORADA FIM e a data de hoje, ocorreram amortizações no ALVORADA FIM pelas pessoas físicas, o que ensejou o recolhimento de imposto de renda sobre ganho de capital, na forma da legislação vigente, no valor total de R\$4.349.999,61 (quatro milhões, trezentos e quarenta e nove mil, novecentos e noventa e nove reais e sessenta e um centavos), conforme extratos de movimentação (Doc. 13).

67. Não se acolhem os alegados pagamentos de imposto de renda, tendo em vista suposta amortização de cotas do ALVORADA FIM (doc. 13 anexo à impugnação), pois:

*a) O impugnante não explicitou o fundamento fático que determinou a alegada amortização de cotas, tampouco a norma do Regulamento que embasou sua realização. Como o ALVORADA FIM detém o controle do TELLES FIP (que, por seu turno, controla diversas empresas operacionais, tais como, AGROPAULO, NATURÁGUA, PECÉM, HALLEY, CEARÁ-MIRIM, YPETRO, YPLASTIC e IPARK), os rendimentos conferidos aos cotistas podem ter como fundamento quaisquer desses ativos (sociedades operacionais). **E mais importante: o impugnante não demonstrou – por meio de escrituração contábil devidamente suportada por documentos – que o fundamento da amortização de cotas do ALVORADA FIM seria a venda das ações da YPIÓCA BEBIDAS.***

b) O impugnante aduziu meros “extratos de conta depósito”, sem qualquer formalidade, tampouco assinatura. Nesse passo, não demonstrou sequer que houve efetivamente amortização de cotas do ALVORADA FIM.

*c) No caso dos impostos pagos referentes aos Srs. EVERARDO FERREIRA TELLES e MARIA HELOISA FERREIRA DE MELO, como se trata de pessoas que não se encontram como **contribuintes** ¹¹ (art. 121, parágrafo único, I, do CTN) em nenhum dos processos ora analisados em conjunto, tal matéria é estranha ao presente feito.*

DA MULTA QUALIFICADA

68. Contra a qualificação da multa para o percentual de 150% sobre o imposto devido, o contribuinte alegou que:

a) Foram duas as razões que levaram o Fisco a concluir pela aplicação da qualificação da multa, a saber: i) reduzido espaço de tempo entre a criação do TELLES FIP e a venda da Ypióca Agroindustrial de Bebidas S/A (seis meses); e ii) matéria dos jornais "O Valor" e "O Povo", datados de 28/05/2012; 29/05/2012; e 15/10/2012, onde o Sr. Everardo Ferreira Telles, controlador do Grupo Telles informa, que o negócio com a Diageo estava em andamento desde o ano anterior (2011).

b) Entretanto, o Fisco deixou de mencionar que em 12/04/2012, o mesmo Sr. Everardo declarou a imprensa que o negócio que estava em andamento com a Diageo foi cancelado, pois as empresas não conseguiram chegar a um acordo em relação aos valores da negociação. Vejam que a data desta divulgação à imprensa foi anterior àquelas publicações mencionadas pelo Fisco. Isto prova que qualquer negócio só está fechado após contrato assinado e dinheiro depositado na conta bancária. E como visto e comprovado nesta Impugnação, foram inúmeras as tentativas de negociação que o Grupo Telles conviveu ao longo de muitos anos, sem, contudo ter negociado qualquer ativo.

c) Da mesma maneira não houve qualquer citação por parte do Fisco, de que o Grupo Telles em 2007 criou o Fundo de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento Multimercado Crédito Privado Halley (FUNDO HALLEY) e em 2009 criou o Fundo de Investimento em Cotas de Fundo de Investimento de Ações Telles Exclusivo (FUNDO TELLES EXCLUSIVO). Ou seja, a criação de fundos é parte indissociável do planejamento societário/sucessório que vem sendo implantado desde 1998 e ainda não foi concluído. E mais, a cessão dos direitos acionários levados para o TELLES FIP, criado em dezembro de 2011, poderiam ter sido levados para quaisquer dos dois fundos existentes, criados em 2007 e 2009, bastando para tanto alterar o Regulamento dos ditos fundos junto a CVM. Se isso tivesse ocorrido, o Fisco não poderia dizer que o TELLES FIP foi criado especificamente para receber as ações da Ypióca Agroindustrial de Bebidas S/A. E o Grupo Telles só não fez isso, para não mexer na estrutura de Fundos concebida no planejamento societário. Cabe aqui um questionamento: Por que o Fisco omitiu a existência desses dois Fundos criados em 2007 e 2009? Esses fatos são mais do que suficientes para afastar qualquer interpretação de fraude, dolo ou simulação.

d) Importante ressaltar que desde 2008 a Ypióca vem recebendo visitas de grandes grupos internacionais da área de bebidas (Pernod Ricard, Campari, Distell e Diageo) na busca de algum tipo de negociação, tais como: participação acionária, joint venture, etc. Tal fato se prova através da publicação no jornal 'Brasil Econômico' do dia 03/05/12 que traz como manchete o seguinte: 'Diageo, Campari e Pernod Richar disputam a Ypióca' e das propostas dos bancos de investimento UBS, BTG PACTUAL, CREDIT SUISSE, (Does. 06 a 11). Como se vê, a Ypióca foi assediada ao longo de muitos anos pelas maiores empresas do mundo no segmento de bebidas.

e) A aplicação da multa qualificada pelo d. Fiscal baseou-se, como dito em tópicos anteriores, na alegação, da existência de sonegação, fraude e simulação, uma vez que (...) o contribuinte promoveu e se beneficiou de um planejamento tributário abusivo, cujo objetivo foi alterar maliciosamente as características essenciais da obrigação tributária decorrente da compra e venda de ações representativas de sua participação societária(...) (fls. 20 do TVF).

f) No presente caso, analisando os elementos contidos nos autos e em especial as duas únicas razões apresentadas pelo Fisco no TVF, não há prova alguma de dolo por parte do Impugnante, apenas indícios e presunções indicados no referido relatório da fiscalização.

g) É notório que quem alega ilícito está obrigado a provar o alegado. É o ônus da prova. Trata-se de norma elementar de Direito, que não necessita de maiores explicações ou comentários.

h) [Aduziu os Acórdãos Carf nº 9101-002.823, 1301-002.158, 9202-003.832, 9101-001.980 e 1803-000.346 em seu favor]. i) Indícios podem autorizar, quando muito, a presunção, mas não no presente caso. As presunções somente são admitidas quando previstas em lei. Em direito, a guisa de princípio maior, tem-se assente que a simulação, a fraude, o conluio, etc, não se presumem, devem ficar sobejamente comprovados, estreme de qualquer dúvida, o que não encontramos nos autos.

69. Diferentemente do que apontou o contribuinte, a autoridade lançadora não se resumiu àqueles dois fundamentos citados no item “a” do parágrafo anterior. De modo contraditório, o próprio impugnante indicou que a fundamentação para a multa qualificada encontra-se em “tópicos anteriores”, consoante item “e” do parágrafo anterior.

70. Também a autoridade fiscal aponta para tópicos antecedentes ao da “qualificação da multa aplicada”, consoante seu trecho inicial (p. 20 do TVF):

Conforme demonstrado ao longo deste termo, em relação à infração acima, o contribuinte promoveu e se beneficiou de um planejamento tributário abusivo, cujo objetivo foi alterar maliciosamente as características essenciais da obrigação tributária decorrente da compra e venda de ações representativas de sua participação societária na empresa Ypióca Agroindustrial de Bebidas S/A.

71. Em suma, os fundamentos anotados pela autoridade lançadora no TVF são:

a) Por conta do planejamento tributário abusivo, a venda das ações da YPIÓCA AGROINDUSTRIAL DE BEBIDAS S/A realizou-se, então, artificial e formalmente, através do TELLES FIP, com o que se pretendeu afastar a incidência do imposto de renda devido sobre o ganho de capital obtido. [p. 2 do TVF] b) Ora, sendo um fundo de investimento uma reunião de recursos (...) para a aplicação em diversos ativos e, no caso específico do Fundo de Investimento em Participações, em ações de companhias das quais o fundo deve participar da gestão, qual a finalidade de se integralizar as quotas de um fundo recém-criado com ações de empresa das quais os próprios cotistas do fundo eram os proprietários? Se o objetivo de um investimento é a aplicação de recursos para a obtenção de um ganho com esses investimentos, que ganhos os cotistas do TELLES FIP esperariam obter com o Fundo que não obteriam se mantivessem diretamente o controle das ações das empresas? Qual o propósito negocial, então, de se integralizar as quotas do fundo com as ações da TELLES PARTICIPAÇÕES E NEGÓCIOS S/A? Nenhum. O Fundo, neste caso, se apresenta como mero ente interposto entre as empresas e os seus acionistas/cotistas. [p. 18 do TVF] c) O ALVORADA FIM utilizou os recursos recebidos em várias aplicações, em outros fundos que, por sua vez, os aplicaram na aquisição de cotas de outros fundos e em variados tipos de ativos (Anexo 33). Aliás, o que justificaria a criação do ALVORADA FIM e a transferência para este Fundo da totalidade das cotas do TELLES FIP seria exatamente, além do afastamento da exigência do imposto de renda sobre os ganhos decorrentes da alienação da Ypióca Agropecuária de Bebidas S/A, a ampliação das possibilidades de escolha de ativos para a aplicação dos recursos.

d) Do acima exposto, estando caracterizada a ausência de propósito negocial na integralização das cotas do TELLES FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (TELLES FIP) com as ações da TELLES PARTICIPAÇÕES

E NEGÓCIOS S/A, desnuda-se o real propósito da operação, qual seja, alterar os elementos constitutivos da obrigação tributária, mais particularmente o sujeito passivo, que passaria a ser o Fundo, o qual, a prevalecer a pretensão dos contribuintes, e como já referido anteriormente, estaria isento do imposto de renda sobre o ganho de capital. [p. 19 do TVF]

72. *Simulação é a realização de atos ou negócios jurídicos por meio de forma prescrita ou não defesa em lei, mas de modo que a vontade formalmente declarada no instrumento oculte deliberadamente a vontade real dos sujeitos da relação jurídica. O ato existe apenas aparentemente; é um ato fictício, uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado.*

73. *Na espécie, constata-se que a descrição fiscal dos fatos se subsume perfeitamente ao conceito de simulação, pois os **atos aparentes** disseram respeito à formalização do TELLES FIP e ALVORADA FIM, entidades interpostas entre as sociedades operacionais e seus acionistas/cotistas (membros da família Telles); ao passo que a **vontade** que se queria materializar consistiu na economia com tributos (TELLES FIP), bem como na ampliação das possibilidades de escolha de ativos para aplicação de recursos (ALVORADA FIM).*

74. *Para se demonstrar o dolo do contribuinte, há que se perquirir os elementos **vontade e consciência** voltados para a prática do delito. Tais elementos estão assim demonstrados:*

a) Como qualquer fundo de investimento em participações, o TELLES FIP deveria ter como função precípua a realização de investimentos novos, e não a gestão profissional de investimentos antigos, assim representados por empresas operacionais que já pertenciam àquele grupo empresarial, antes da criação do TELLES FIP.

b) A YPIÓCA BEBIDAS passou a pertencer diretamente ao TELLES FIP, depois da cisão parcial da AGROPAULO (11/05/2012) e da dissolução da TELLES PARTICIPAÇÕES (12/05/2012), e assim, evitou-se deliberadamente, às vésperas da Assembleia Geral do TELES FIP de 23/05/2012, que a YPIÓCA BEBIDAS pertencesse diretamente à AGROPAULO ou à TELLES PARTICIPAÇÕES. Essa concatenação de atos societários concentrados em período curto teve como objetivo tornar isenta a venda da YPIÓCA BEBIDAS, com evidente economia de custos tributários.

c) A concentração de poderes nas mãos do Sr. Everardo Ferreira Telles para a concretização do negócio da venda da YPIÓCA BEBIDAS, demonstrando-se, mais uma vez, a desnecessidade do TELLES FIP.

75. *Caracterizado que a forma jurídica adotada (leia-se: fundos de investimento) não reflete o fato concreto, o Fisco encontra-se autorizado “a determinar os efeitos tributários decorrentes do negócio realmente realizado, no lugar daqueles que seriam produzidos pelo negócio retratado na forma simulada pelas partes”.*

76. *No item “d” do parágrafo 71 (retro), a autoridade fiscal descreveu o ato ilícito cometido como sendo a alteração dos elementos constitutivos da obrigação tributária (elementos do fato gerador), especialmente o **contribuinte** do tributo devido. Tal ato se coaduna com as hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, pois o*

impugnante, ao interpor artificialmente dois fundos de investimentos entre ele e a YPIÓCA BEBIDAS, promoveu ação dolosa tendente a impedir ou retardar a ocorrência de fato gerador de imposto de renda sobre ganho de capital na venda daquela companhia, haja vista que os verdadeiros contribuintes desse tributo eram os cotistas do ALVORADA FIM (membros da família Telles, entre eles, o ora impugnante).

77. Mantém-se, pois, a multa qualificada.

DA NATUREZA CONFISCATÓRIA DA MULTA QUALIFICADA

78. O impugnante argumentou que a multa tem natureza confiscatória, ao ferir o art. 150, IV, da Constituição da República de 1988, pois transborda todos os limites da razoabilidade.

79. Tal multa, contudo, foi aplicada com fulcro no art. 44, I e §1º, da Lei nº 9.430/1996. Sendo o lançamento atividade plenamente vinculada (arts. 3º e 142, parágrafo único, do CTN), não pode a autoridade julgadora administrativa, sob pena de responsabilidade funcional, deixar de cumprir a legislação tributária.

80. Além disso, de acordo com o art. 26-A, caput, do Decreto nº 70.235/1972, no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, excetuando-se a hipótese de declaração de inconstitucionalidade de tal ato normativo por decisão definitiva **plenária** do Supremo Tribunal Federal (art. 26-A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235/1972).

81. O contribuinte também aduziu o **Ag. Reg. no RE 754.554**, no sentido de que o princípio da vedação ao confisco seria aplicável não só aos tributos, mas também às multas fiscais. O referido precedente do STF é inaplicável na espécie, pois: **a)** trata-se de julgado da lavra da **2ª Turma** da Suprema Corte, e não de seu plenário, configurando, portanto, decisão não vinculante para a Administração Judicante (art. 26-A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235/1972); **b)** mesmo que fosse de observância obrigatória, não restou caracterizado, no caso concreto, o efeito confiscatório da multa de 150% sobre o imposto devido; **c)** mesmo que fosse de observância obrigatória, o caso julgado pelo STF diz respeito a **multa cobrada pelo Estado de Goiás**, ou seja, ali a Suprema Corte não decidiu sobre a constitucionalidade da normas que embasaram a aplicação da penalidade ora sob exame (art. 44, I e § 1º, da Lei nº 9.430/1996).

82. O impugnante também arguiu em seu favor o **Ag. Reg. no RE 523.471**, no sentido de que, consoante o princípio da vedação ao confisco, a multa não poderia ultrapassar o percentual de 30%. O mencionado precedente do STF é inaplicável na espécie, pois: **a)** trata-se de julgado da lavra da **2ª Turma** da Suprema Corte, e não de seu plenário, configurando, portanto, decisão não vinculante para a Administração Judicante (art. 26-A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235/1972); **b)** o caso julgado pelo STF diz respeito à **multa de mora**, paga espontaneamente por mero inadimplemento no recolhimento de tributos; ao passo que a matéria aqui tratada se refere à **multa de ofício**, exigida mediante lançamento de ofício, na hipótese de falta de lançamento por homologação; **c)** mesmo que fosse de observância obrigatória, o caso julgado pelo STF diz respeito a **multa previdenciária**, ou seja, ali a Suprema Corte não decidiu sobre a constitucionalidade da normas que embasaram a aplicação da penalidade ora sob exame (art. 44, I e § 1º, da Lei nº 9.430/1996).

83. Por fim, o administrado aduziu lição doutrinária de Sacha Calmon Navarro Coelho (p. 38 da impugnação), mas em tal excerto não se encontra a opinião do autor sobre qual seria o percentual máximo de multa que, ultrapassado, tornaria a penalidade confiscatória.

84. Esclareça-se, por fim que em relação à **multa de ofício qualificada** aplicada na forma do art. 44, I e § 1º, da Lei nº 9.430/1996, corre no STF recurso extraordinário que decidirá sobre a eficácia confiscatória de tal penalidade, sob o rito da repercussão geral, consoante **RE 736.090 RG**. Enquanto não houver o julgamento desse tema pela Suprema Corte, descabe ao órgão administrativo de julgamento a discussão sobre constitucionalidade de lei, que autoriza, por enquanto, a cobrança de multa de ofício qualificada no percentual ali indicado.

Resumindo os argumentos acima esposados, podemos concluir como correta a atuação fiscal. Em suma temos que os atos praticados pela recorrente demonstraram claramente a intenção verdadeira de desviar-se do propósito negocial dos Fundos e não atender às finalidades alegadas pelos contribuintes.

Ora, observa-se que num curtíssimo prazo ocorreram várias operações alterando totalmente a estrutura societária do grupo originário, com ação paralela visando a criação de um grupo econômico com o único objetivo de

- 14.12.2011, criou-se o fundo Telles Fundo de Investimento em Participações (TELLES FIP).
- 29.12.2011, integralizaram-se as cotas do TELLES FIP com ações da *holding* do Grupo Telles, a Telles Participações e Negócios S.A. (TELLES PARTICIPAÇÕES), e-fls. 108 e ss. O valor das ações integralizadas perfaz R\$ 410.689.100,00 segundo laudo de avaliação elaborado por PAX Corretora de Valores e Câmbio S.A.
- 22.02.2012 foi constituído o Telles Fundo de Investimento Multimercado Crédito Privado, o qual, após duas mudanças de denominação, passou a ser designado Alvorada Fundo de Investimentos Multimercado Investimento no Exterior (ALVORADA FIM).
- 23.04.2012 as quotas do ALVORADA FIM foram integralizadas com quotas do TELLES FIP.

Enquanto isso, as sociedades componentes do grupo sofreram as seguintes modificações:

- 02.01.2012, Ypióca Agroindustrial Ltda, controlada pela TELLES PARTICIPAÇÕES, transforma-se em sociedade por ações.
- 29.02.2012, foi criada a Ypióca Agroindustrial de Bebidas Ltda (YPIOCA BEBIDAS), tendo como sócios Everardo Ferreira Telles e Ypióca Industrial S/A.
- 20.03.2012, foi alterado o contrato social para registrar o aumento de capital na YPIOCA BEBIDAS, o qual foi integralizado por Ypióca

Industrial S/A mediante entrega de bens. O capital social passou a ser de R\$ 17.906.000,00

- 30.04.2012, TELLES PARTICIPAÇÕES sofreu cisão parcial e o acervo foi vertido para Ypióca Agroindustrial S/A, agora denominada Agropaulo Agroindustrial S/A (AGROPAULO), sua controlada. Na mesma data, o capital social da YPIOCA BEBIDAS foi aumentado para R\$ 62.453.300,00, integralmente subscrito por AGROPAULO e integralizado com bens.
- 04.05.2012, YPIOCA BEBIDAS foi transformada em sociedade por ações.
- 10.05.2012, o regulamento do TELLES FIP foi alterado quanto aos critérios de definição da carteira de investimentos do Fundo. Especificamente quanto à YPIOCA BEBIDAS a avaliação seria feita pelo método da avaliação econômica (Anexo 17).
- 11.05.2012, a sociedade AGROPAULO foi cindida parcialmente. O capital cindido correspondia às participações na sociedade YPIOCA BEBIDAS, além daquelas nas sociedades YPARK e YPLASTIC. Todas as parcelas cindidas foram vertidas em favor de TELLES PARTICIPAÇÕES, sua controladora.
- 12.05.2012, a Assembléia Geral da *holding* TELLES PARTICIPAÇÕES deliberou por sua dissolução. Em consequência, os ativos detidos pela sociedade passaram à titularidade do seu único sócio, o TELLES FIP.
- 23.05.2012, a Assembleia Geral do TELLES FIP aprovou a venda da totalidade das ações da YPIOCA BEBIDAS para a CINTER.
- 25.05.2012, foi assinado contrato de compra e venda e em 03.08.2012 foi assinado aditivo ao contrato de compra e venda.
- 09.08.2012, fechamento do negócio.

Verifica-se, pois, que os atos jurídicos formalizados, foram materializados com o fim único de livrar as partes de uma tributação específica, tendo a Fiscalização apurado diversos indícios que levaram à conclusão de que a recorrente formulou planejamento fiscal abusivo no conjunto de operação que resultou na aquisição da YPIOCA BEBIDAS pela CINTER.

Em caso semelhante assim restou decidido no CARF:

Acórdão n. 2402006.696:

No caso em concreto, resta evidenciado da leitura dos autos,...), que a conduta do Recorrente incorreu no uso abusivo das formas jurídicas de direito privado com o objetivo de reduzir a apuração do ganho de capital nas operações de alienação em tela, utilizando-se de artifício consubstanciado na alienação das

ações das companhias eólicas para o fundo de investimento SALUSFIP(empresa veículo), sem qualquer propósito negocial, apenas para transferir a tributação do ganho de capital da pessoa física para a pessoa jurídica com a consequente postergação indevida do recolhimento de imposto de renda sobre ele incidente, caracterizando-se, no meu entender, hipótese clara de dissimulação a atrair a incidência do art.116, parágrafo único, do CTN c/c o art.167 da Lein.10.406/2002(Código Civil), e não de ato ilícito nos termos do art.187 do Código Civil, como preconiza a decisão a quo.

Ante ao exposto;

recurso. Voto no Sentido de Rejeitar as preliminares e no mérito Negar provimento ao

(assinado digitalmente)

Marcelo Freitas de Souza Costa

r