



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10880.748083/2020-69
ACÓRDÃO	2201-011.924 – 2ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	3 de outubro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	PAULO ANDRE PORTO BILYK
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2015

FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES. FIP. SIMULAÇÃO.

O fundo de investimento em participações tem como finalidade precípua a realização de investimentos novos e não a mera alienação de parte de investimento antigo do cotista fundador do fundo, a reduzir artificialmente a tributação. Verificada a utilização simulada de fundo, importa afastar a estrutura simulada efetivando o lançamento em face do real beneficiário do ganho de capital.

MULTA QUALIFICADA.

Identificado o dolo do contribuinte na interposição de fundos de investimento entre ele e a companhia vendida, visando unicamente postergar ou diminuir o pagamento de tributo, cabível a qualificação da multa de ofício.

COMPENSAÇÃO. PEDIDO. APRECIÇÃO. COMPETÊNCIA.

A competência para apreciar pedido de compensação de tributos é do titular da unidade da Receita Federal do Brasil da jurisdição do domicílio tributário do contribuinte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reduzir a multa de ofício ao percentual de 100%, em virtude da retroatividade benigna.

Sala de Sessões, em 3 de outubro de 2024.

Assinado Digitalmente

Thiago Álvares Feital – Relator

Assinado Digitalmente

Marco Aurelio de Oliveira Barbosa – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Debora Fófano dos Santos, Fernando Gomes Favacho, Weber Allak da Silva, Luana Esteves Freitas, Thiago Álvares Feital e Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente).

RELATÓRIO

Do lançamento

A autuação (fls. 3531-3535) versa sobre a omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos, no ano-calendário de 2015. Do que se depreende do Termo de Verificação Fiscal (fl. 3537-3616), a operação autuada correspondia à articulação de dois fundos de investimento (Garantia FIP e RB Crédito II FIP) no intuito de dissimular a identidade dos verdadeiros vendedores das ações da empresa Unik S.A. à empresa Wright Express International Holdings Limited (WEX), elidindo o pagamento do Imposto sobre a Renda.

Exige-se o Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, multa de ofício qualificada e juros de mora. Formalizou-se representação fiscal para fins penais.

Da Impugnação

Inconformado com o lançamento, o recorrente apresentou Impugnação (fls. 3628-3687), argumentando, em apertada síntese, que:

- a) a Unik S/A se encontrava à beira da ruína, de forma que foi necessária a constituição dos FIP, especialmente o RB Crédito II FIP, para promover a sua reestruturação, a captação de investidores e a posterior revenda do investimento. O recorrente aportou as ações da Unik S/A nos FIP para promover, juntamente com seus dois sócios, a complexa recuperação da empresa.
- b) a detenção pelos FIP, de ações de empresas em dificuldades financeiras ou em necessidade de recuperação judicial é um dos principais objetivos de tais instrumentos, sendo que a Instrução CVM 391/03, revogada pela

Instrução CVM 578/16, facultava a possibilidade de os FIPs investirem em empresas envolvidas em processo de recuperação ou reestruturação.

- c) não havia qualquer disposição na Instrução CVM 391/03, ou em qualquer norma legal ou infralegal, determinando a elaboração de laudo de avaliação de ações a serem integralizadas em FIP à época da realização de tais operações.
- d) restou demonstrada, exaustivamente, não só a importância do RB Crédito II FIP, bem como a sua efetiva participação na reestruturação, recuperação e posterior alienação da Unik S/A.
- e) após a operação de venda, o RB Crédito II FIP realizou o reinvestimento por meio de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital na Medcheque S/A, para posterior aumento de capital na sociedade.
- f) a Rio Bravo DTVM, composta por outros diretores além do recorrente e de alguns dos antigos cotistas dos FIP, além de um corpo técnico com ampla experiência, é uma unidade diferente de cada um de seus membros, a qual coube reestruturar e alienar tal sociedade.
- g) são irrelevantes as divergências em relação ao registro e à custódia das cotas, sendo que várias delas foram sanadas.
- h) o RB Crédito II FIP foi constituído mais de quatro anos antes (em 19/05/2008) da assinatura do acordo de investimento firmado com a WEX, o qual tinha por objeto a alienação da Unik S/A. Com isso se pode concluir que seu objetivo jamais foi reduzir a carga tributária na operação de aquisição.
- i) o FIP existe até a presente data, mesmo após a alienação da participação que detinha na Unik S/A, o que também rechaça a conclusão de que teria sido constituído exclusivamente para a venda da participação societária.
- j) ainda que a utilização dos Fundos se destinasse exclusivamente ao diferimento ou à economia tributária (sendo certo que os fatos acima narrados demonstram não ser o caso), tratar-se-ia de uma opção legal do contribuinte, não se configurando, portanto, qualquer abuso ou fraude, sobretudo se levado em conta que todos os atos foram praticados às claras, sem simulação.

Pede, ao final, o cancelamento integral do auto de infração e, subsidiariamente a compensação do montante do IR retido na fonte do Impugnante, por ocasião das distribuições de rendimentos realizadas pelos Fundos a seus cotistas, acrescido de juros Selic, na medida em que o Auto de Infração não desconta tais valores do IRPF cobrado do Impugnante. Pede, ainda, a redução da multa para o patamar de 75% com o reconhecimento da inexistência de fraude.

Em sua impugnação apresentou 35 documentos, dentre eles:

- a) propostas de investimento.

- b) parecer de auditor fiscal independente.
- c) plano de recuperação judicial consolidado.
- d) memorando de entendimentos.
- e) solicitação de informações da Target.
- f) descrição sumarizada de due dilligence na Unik S/A.
- g) carta de intenções de investimento.
- h) atas de assembleia geral.
- i) contrato de investimento.
- j) material descritivo sobre a WEX e seus diretores.
- k) alterações contratuais.
- l) Comprovantes de arrecadação do imposto sobre a renda incidente nas distribuições praticadas em favor do recorrente.

Da decisão de primeira instância

O Acórdão de Impugnação (fls. 4436-4448), julgou a Impugnação improcedente, mantendo a integralidade do crédito tributário. A decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2015

GANHO DE CAPITAL. INTERPOSIÇÃO DE FUNDOS DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÃO.

Comprovada a interposição de fundos de investimento, com o fim 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 QUALIFICADA.

Identificado o dolo do contribuinte na interposição de fundos de investimento entre ele e a companhia vendida, visando unicamente postergar ou diminuir o pagamento de tributo, cabível a qualificação da multa de ofício.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do recurso voluntário

O contribuinte recorreu (fls. 4457-4528) da decisão de primeira instância, reiterando os argumentos formulados na Impugnação. Pede ao final: (i) reforma integral do Acórdão nº 107-006.854, de modo que seja cancelado o lançamento lavrado pela Autoridade Fiscal e discutido por meio do presente Processo; (ii) subsidiariamente, requer a compensação do

montante do IR retido na fonte do Recorrente, por ocasião das distribuições de rendimentos realizadas pelos Fundos a seus cotistas, acrescido de Juros SELIC, na medida em que o Auto de Infração não desconta tais valores do IRPF cobrado do Recorrente; e (iii) a redução da multa para o patamar de 75% (setenta e cinco por cento), eis que não houve fraude na utilização da estrutura atacada pela Autoridade Fiscal.

Não foram apresentadas Contrarrazões.

VOTO

Conselheiro **Thiago Álvares Feital**, Relator

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Da delimitação do litígio

A autuação versa sobre a utilização de fundos de investimento como interpostas pessoas para ocultar uma operação de compra e venda de cotas. Conforme termo de verificação fiscal às fls. 3537-3616, os fundos mencionados na autuação (RB CRÉDITO II FIP e GARANTIA FIP) nunca aportaram recursos em empresas com potencial de crescimento, tampouco participavam da gestão das empresas investidas, o que indicaria que sua utilização na operação atuada divergiu da finalidade jurídica normalmente desejada com a utilização deste instituto (fundo de investimento).

Em relação aos fatos autuados, dada a sua complexidade e o arco temporal em que ocorreram, julgo oportuno destacar a seguinte cronologia:

20/10/2006: É constituída a UNIK S/A, com um capital social inicial de R\$ 100,00, onde a RIO BRAVO SERVIÇOS FINANCEIROS S/A integra 97 ações, enquanto seus sócios, Gustavo Franco, Paulo Bilyk e José Roberto Kracochansky, integralizam 1 ação cada.

19/05/2008: É constituído o RB CRÉDITO II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (RB CRÉDITO II FIP), com a deliberação de emissão de até 5.000 cotas, podendo alcançar um patrimônio total de até R\$ 50.000.000,00.

14/08/2008: A PLC PARTICIPAÇÕES Ltda. subscreve as 5.000 cotas do RB CRÉDITO II FIP, mas integraliza apenas 100 cotas por meio de 1.300.000 ações da RIO BRAVO SERVIÇOS FINANCEIROS S/A (antiga denominação da UNIK PARTICIPAÇÕES S/A), desrespeitando a condição de integralização no mesmo dia.

24/10/2008: A PLC PARTICIPAÇÕES integraliza mais 35 cotas do RB CRÉDITO II FIP, enquanto o fundo adquire de RB FINANCIAL S/A 8.602.418 ações da UNIK S/A.

23/09/2009: Durante Assembleia Geral no RB CRÉDITO II FIP, os cotistas deliberam por alterar o valor mínimo de subscrição de cotas, reduzindo-o de R\$

1.000.000,00 para R\$ 100.000,00, e o valor unitário das cotas de R\$ 10.000,00 para R\$ 1,00.

24/11/2009: O capital social da UNIK S/A corresponde a R\$ 9.602.601,02, sendo detido majoritariamente pela UNIK PARTICIPAÇÕES S/A e pelo RB CRÉDITO II FIP. Assembleia Geral Extraordinária aprova a emissão gratuita de bônus de subscrição. As ações de UNIK S/A estão dispersas entre: UNIK PARTICIPAÇÕES S/A (27.200.502); RB CRÉDITO II FIP (8.602.418); JOSÉ ROBERTO KRACCOCHANSKY (2.867.474); GUSTAVO FRANCO (1.433.738); ROBSON DO ESPÍRITO SANTO (1).

14/12/2009: é constituído o GARANTIA CRÉDITO VAREJO FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (GARANTIA FIP).

23/12/2009: A UNIK S/A integraliza 1.150.916 cotas do RB CRÉDITO II FIP, porém, há divergências nos registros sobre a quantidade de ações integralizadas.

18/03/2010: é aprovada em Assembleia Geral da UNIK S/A a conversão dos bônus de subscrição, séries A, B e C, em 121.613.000 de ações ordinárias com a consequente emissão de 51.602.000 de ações ordinárias em nome de FRANCO; 47.584.000 de ações ordinárias em nome de BILYK; e 22.427.000 ações ordinárias em nome de KRACCOCHANSKY. Com isso, o capital social da UNIK S/A passou de R\$ 9.602.601,02, divididos em 40.104.133 de ações ordinárias, para R\$ 9.602.604,02, divididos em 161.717.133 de ações ordinárias. FRANCO, BILYK e KRACCOCHANSKY integralizam então suas ações no GARANTIA FIP, mantendo FRANCO e KRACCOCHANSKY uma ação cada. Há divergências entre as datas de integralização registradas em diferentes documentos.

06/04/2010: ocorre a integralização de Ações Nominativas da UNIK S/A, conforme Termos de Transferência n.º 16 a 18 do Livro de Registro de Transferência de Ações Nominativas. Divergências nos Recibos de Integralização de Cotas que indicam outras datas. Segundo os recibos, a integralização por KRACCOCHANSKY teria ocorrido 28/09/2010, BILYK em 25/10/2010. Ao mesmo tempo, a Assembleia Geral de Cotistas do GARANTIA FIP deliberou pela integralização de cotas por meio de ações da UNIK S/A em 26/10/2010. O Termo de Transferência n.º 19 do Livro de Registro de Transferência de Ações Nominativas da UNIK S/A indica que a integralização teria ocorrido em 07/04/2010. No Recibo de Integralização de Cotas, a data de integralização é 01/03/2011.

28/10/2010: a Assembleia Geral de Cotistas do RB CRÉDITO II FIP delibera sobre a integralização de cotas pelo GARANTIA FIP com ações da UNIK S/A.

27/08/2012: o RB CRÉDITO II FIP passa a ser o único acionista de UNIK S/A, de acordo com os Termos de Transferência n.º 20 a 22 do Livro de Registro de Transferência de Ações da UNIK S/A.

30/08/2012: a WEX torna-se sócia da UNIK S/A por meio de integralização de capital.

31/08/2015: Wex adquire 161.717.133 ações detidas pelo RB CRÉDITO II FIP.

Feitas essas considerações passa-se à análise do recurso.

Dos fundos de investimento em participações: natureza e requisitos

Argumenta o recorrente que as operações descritas no relatório são regulares e os FIP foram constituídos para exercer a sua função precípua, no caso, promover a reestruturação da UNIK S/A, captar investidores e permitir a sua posterior revenda.

De fato, o Fundo de Investimento em Participações (FIP) é uma modalidade de investimento coletivo que reúne recursos de diversos investidores para aplicar em empresas, com o objetivo de obter retorno financeiro a longo prazo. Uma das principais características instituídas era a possibilidade de adiar o pagamento de impostos sobre os ganhos obtidos com as operações por ele realizadas. A postergação da tributação se dava porque, até o final de 2023, a legislação brasileira determinava que os FIP fossem tributados apenas quando os investidores resgatassem seus recursos. O efeito indutor da regra consistia em possibilitar que os FIP realizassem sucessivas operações de compra e venda de ativos sem a tributação imediata, o que os tornava uma ferramenta atrativa para o planejamento sucessório e patrimonial.

Nos termos da Instrução CVM 391/2003 os fundos caracterizam-se por:

(i) consistir em uma comunhão de recursos:

Art. 2º O Fundo de Investimento em Participações (fundo), constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinados à 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, participando do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração.

(ii) Participar do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão (a) – pela detenção de ações que integrem o respectivo bloco de controle, (b) – pela celebração de acordo de acionistas ou, ainda, (c) – pela celebração de ajuste de natureza diversa ou adoção de procedimento que assegure ao fundo efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão:

Art. 2º [...]

§1º Sempre que o fundo decidir aplicar recursos em companhias que estejam, ou possam estar, envolvidas em processo de recuperação e reestruturação, será admitida a integralização de cotas em bens ou direitos, inclusive créditos, desde que tais bens e direitos estejam vinculados ao processo de recuperação da sociedade investida e desde que o valor dos mesmos esteja respaldado em laudo de avaliação elaborado por empresa especializada.

§2º A participação do fundo no processo decisório da companhia investida pode ocorrer:

I – pela detenção de ações que integrem o respectivo bloco de controle,

II – pela celebração de acordo de acionistas ou, ainda,

III – pela celebração de ajuste de natureza diversa ou adoção de procedimento que assegure ao fundo efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão.

(iii) possuir administração profissional:

Art. 4º O registro será automaticamente concedido mediante o protocolo na CVM dos seguintes documentos:

[...]

VII - breve descrição da qualificação e da experiência profissional do corpo técnico do administrador e do gestor, se houver, na função de gestão ou administração de carteira.

[...]

Art. 6º O regulamento do Fundo de Investimento em Participações deverá dispor sobre:

[...]

II – qualificação da instituição administradora e, se for o caso, da gestora;

[...]

Art. 9º A administração do fundo competirá a pessoa jurídica autorizada pela CVM para exercer a atividade de administração de carteira de valores mobiliários.

§1º A pessoa jurídica referida no caput deverá indicar o diretor ou sócio-gerente responsável pela representação do fundo perante a CVM.

§2º As funções de administrador e de gestor poderão ser exercidas pela mesma pessoa jurídica legalmente habilitada, podendo o administrador contratar terceira pessoa, igualmente habilitada para o exercício profissional de administração de carteira, para gerir a carteira do fundo.

[...]

Art. 10. O administrador terá poderes para exercer todos os direitos inerentes aos títulos e valores mobiliários integrantes da carteira do fundo, inclusive o de ação e o de comparecer e votar em assembleias gerais e especiais, podendo delegar para o gestor esses poderes, no todo ou em parte.

§1º Nos casos em que o administrador ou gestor compartilhe com o conselho ou comitê decisões inerentes à composição da carteira de investimentos, incluindo mas não se limitando à aquisição e à venda de ativos da carteira do fundo, os procedimentos referentes ao compartilhamento de tais decisões deverão estar claramente explicitados no regulamento.

A análise dos atos realizados pelos envolvidos mostra que a forma jurídica escolhida não corresponde à realidade das operações praticadas. Essa discrepância evidencia uma tentativa

de ocultar a verdadeira natureza do negócio, o que revela a simulação. Na síntese da autoridade fiscal (fl. 3585):

O negócio jurídico realizado (compra e venda de ações) é válido desde que o ato simulado (interposição do RB CRÉDITO II FIP como “laranja” dos verdadeiros vendedores das ações da UNIK S/A) seja apagado do mundo jurídico.

Senão, vejamos.

Da comunhão de recursos

Veja-se que a leitura das normas apontadas acima indica que a função do FIP é captar investidores que aportem recursos ao fundo que os utilizará para potencializar o crescimento de empresas selecionadas. Contudo, no presente caso, o que se verifica é um fluxo contrário, em que a utilização dos FIP parece ter o exclusivo propósito de propiciar ganhos a Recorrente (e demais envolvidos nas operações, mas estranhos a este processo). No caso, a dinâmica de integralização das cotas, dada a discrepância de valores envolvidos, destoa do resultado que se esperaria das mesmas operações, caso ocorridas no mercado. A este respeito, veja-se o seguinte excerto do TVF (fl. 3579):

112. Em relação aos valores, repise-se, sem a existência de laudo pericial, GUSTAVO FRANCO, PAULO BILYK e JOSÉ ROBERTO KRACOHANSKY teriam integralizado as 125.914.210 ações ordinárias da UNIK S/A no GARANTIA FIP e recebido 92.615 cotas do referido Fundo, no valor de R\$ 92.615,00. O GARANTIA FIP, por sua vez, integralizou tais cotas no RB CRÉDITO II FIP e recebeu 7.250.000 cotas no valor de R\$ 7.250.000,00.

113. Então, em 1 dia, 2 dias ou 5 meses, dependendo dos documentos considerados, essas operações teriam implicado um ganho de mais de 7.700%. Essas informações servem apenas para mostrar transações absurdas ligadas aos Fundos GARANTIA FIP e RB CRÉDITO II FIP.

Porém, essa discrepância é apenas um dos indícios do artificialismo da operação. Naturalmente, caso tomado isoladamente, não seria o bastante para sustentar a autuação. Soma-se a esse indício, a própria dinâmica das operações autuadas. Da definição de FIP acima, depreende-se que a finalidade do instituto atinge-se com a existência de uma pluralidade de cotistas que comungam do objetivo de captar recursos para fomentar determinado empreendimento. Esta é semântica de “comunhão de recursos”, expressão utilizada pela legislação de regência. Destoa dessa finalidade a utilização do FIP como mero veículo de trocas de participações societárias já existentes. Justamente isso o que se passa no presente caso.

Ressalte-se que a argumentação do Recorrente no sentido de narrar três tentativas de negociação para aporte de recursos no FIP não o socorre. Fato é que os FIP não injetaram novos recursos na UNIK S/A e a sua incapacidade de captar investidores corrobora a conclusão fiscal. Ao mesmo tempo, causa estranheza que o FIP dedicado ao resgate de empresa que se

pretende rentável e promissora como a descrita pelo Recorrente tenha se contentado com as malfadadas tentativas de captação mencionadas.

A este respeito, assim se pronunciou a decisão recorrida (fl. 4442):

Ao contrário do que alega a defesa, não houve de fato captação de investidores. No caso, os “investidores” foram os próprios sócios da pessoa jurídica Unik S.A. Conforme amplamente demonstrado pela Fiscalização, o contribuinte e seus sócios aportaram ações da Unik S/A no Garantia FIP e esse integralizou tais ações no RB Crédito II FIP.

[...]

De fato, tem-se que nenhum recurso novo foi aportado na companhia. Mais que isso, os fundos não trouxeram novos investidores, uma vez que após a reestruturação a companhia continuou sob o domínio do contribuinte e de seus sócios, só que agora com a interposição de dois fundos, como bem demonstrado pela Fiscalização.

Outro indício em favor da autuação, relacionado ao conceito de “comunhão de recursos”, é a ausência de laudo de avaliação das ações. Não se trata aqui, como quer fazer crer o Recorrente, de analisar o descumprimento de uma norma que, segundo o Recorrente, não o vincularia, dado que não seria obrigatória à época dos fatos autuados a elaboração de laudo de avaliação. O caso aqui não é o de verificar o adimplemento da regulamentação dos FIP, mesmo porque a Receita Federal não possui competência para tanto. O que se passa é que a inexistência de laudo demonstra um excesso de informalidade entre as pessoas envolvidas que dificilmente se verifica em condições normais de mercado. A este respeito, destaco o seguinte trecho da decisão recorrida (fls. 4442-4443):

Aponta ainda a Fiscalização a ausência de laudo de avaliação elaborado por empresa especializada para respaldar o valor das ações, o que é rebatido pela defesa sob o argumento de que não havia à época qualquer disposição determinando a elaboração de laudo de avaliação de ações a serem integralizadas em FIPs, uma vez que tal disposição somente teria passado a ser prevista na ICVM nº 578/16, art. 20, § 7º. Ocorre que a previsão, conforme apontado pela Fiscalização, sempre constou na ICVM nº 391/2003, art. 2º, §1º:

[...]

Independentemente da obrigação ou não, a ausência de laudo demonstra um alto grau de informalidade das operações, o que corrobora a tese da Fiscalização de que os fundos nunca funcionaram efetivamente como fundos de investimentos em participações.

[...]

Observa-se que o impugnante não esclarece a enorme divergência apontada acima, que não vejo como possível em operações efetivamente ocorridas no

mercado e evidencia de forma bastante contundente a total despreocupação com os atos relacionados aos fundos.

[...]

Nesse sentido também as falhas apontadas pela Fiscalização no item VII do TVF:

desencontro de informações da custódia de cotas do Fundo Garantia FIP e RB Crédito II FIP pela instituição responsável e pela Rio Bravo Investimentos e diversas divergências de datas nas integralizações de cotas. Ainda que algumas das falhas restem retificadas, não representam, como pretende fazer crer a defesa, pequenas divergências imateriais, mas corroboram de modo convincente a tese de que os fundos não funcionavam de forma efetiva como fundos de investimento em participação.

[...]

Quando confrontada com os valores praticados nas operações de integralização — que entre 2011 e 2015 foram realizadas ao valor unitário de R\$ 1,00 — o que implicou na diluição da participação dos cotistas, em frontal desrespeito a regra contida no regulamento dos fundos, reforça-se a constatação de que os FIP atuaram como interpostas pessoas ou meros repositórios de ativos a serem alienados. A este respeito veja-se o seguinte excerto do TVF (fl. 3601-3602):

167. Curiosamente, todas as integralizações de cotas no GARANTIA FIP e no RB CRÉDITO II FIP foram realizadas com o valor unitário de R\$ 1,00. As cotas são frações do patrimônio líquido do Fundo. Algo tão óbvio que nem precisaria constar em Regulamento de Fundo algum. Mas constou no item 8.1 em todas as versões dos Regulamentos de ambos os Fundos citados acima: [...].

168. De forma ainda mais clara, o item 8.2.1 do Regulamento do RB CRÉDITO II FIP que vigorou até ser alterado em março de 2013 determinava o seguinte:

8.2.1 - O valor unitário das novas quotas e o seu respectivo preço de emissão deverão ser fixados de forma a não acarretar diluição injustificada da participação dos antigos quotistas do FUNDO, ainda que tenham direito de preferência para subscrever as novas quotas, tendo em vista: (i) o valor do patrimônio líquido apurado em balancete no último dia do mês anterior ao da emissão em questão; ou (ii) as perspectivas de todas as empresas e fundos cujos valores mobiliários integrem a carteira do FUNDO e no estado dos negócios por elas explorados; sendo que, em ambos os casos o valor apurado deverá ser entregue aos quotistas na Assembléia Geral que deliberar sobre a emissão ou, conforme o caso, juntamente com o respectivo processo de consulta que, para tanto, lhes for dirigida pela ADMINISTRADORA, conforme respectivamente previsto no inciso V do item 9.1 e no item 9.9 deste Regulamento.

169. O sujeito passivo integralizou cotas no GARANTIA FIP em todos os anos entre 2011 e 2015 (ver Doc 14B). As demonstrações financeiras desse Fundo mostram claramente os efeitos causados pelas integralizações de cotas a R\$ 1,00. [...]

170. Em 31/12/2012 havia 203.731 cotas integralizadas no GARANTIA FIP. O valor unitário delas era de R\$ 35,02. Em 2013 teriam sido integralizadas 152.186 cotas a R\$ 1,00 cada. Ao final do exercício, as cotas tinham caído a, praticamente, metade de seu valor no início do período.

171. Outro exemplo, agora considerando o RB CRÉDITO II FIP. No final de novembro de 2015, o patrimônio líquido do Fundo era de R\$ 149.955.795,38 e haviam sido integralizadas 9.129.051 cotas. Portanto, cada cota valia R\$ 16,43:

[...]

172. Mostrei na seção VII.1 deste Termo de Verificação Fiscal que a FINVEST INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A (outroa RB FINANCIAL S/A) integralizou, em dezembro de 2015, 16.951 cotas a R\$ 16.951,00. Considerando-se que a cota valia R\$ 16,43, o correto seria a integralização de 1.031 cotas. Houve uma óbvia e injustificada diluição da participação dos outros cotistas.

173. Na verdade, quem não gostaria, por exemplo, de poder integralizar 1.000 cotas a R\$ 1,00 cada em um Fundo que tivesse 1.000 cotas a R\$ 999,00 cada? Em um instante, o patrimônio do felizardo passaria de R\$ 1.000,00 para R\$ 500.000,00. Pena que não aconteça no mundo real...

[...]

174. Um contraponto aos exemplos descritos acima vem de um Fundo do qual o sujeito passivo foi cotista (o Fundo foi extinto em 2017). Trata-se do RIO BRAVO INVESTIMENTOS FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (RBIFIP), CNPJ 08.254.073/0001-11. Tal Fundo era, de fato, um instrumento de investimentos utilizado pelos profissionais do Grupo Rio Bravo.

175. Em 21/12/2009, o sujeito passivo subscreveu e integralizou 597 cotas do RBIFIP (ver Doc 09B) por R\$ 1.243,5376 cada cota, totalizando R\$ 742.391,95. Parte das cotas foi integralizada com 116.176 ações da empresa Rio Bravo Investimentos S/A e parte por meio de DOC/TED.

[...]

176. As Demonstrações Financeiras do RBIFIP indicam que as cotas do Fundo tinham, em 31/12/2009, o valor unitário de R\$ 1.123,37, próximo ao valor unitário de integralização, o que é correto e necessário para que não haja diluição injustificada da participação de outros cotistas (que não integralizaram cotas na ocasião), no caso de cotas de valor muito inferior à fração do PL que representam.

Da participação dos FIP no processo decisório da companhia e da gestão profissional

Dado que o FIP tem a função de investir em empresas com potencial de crescimento, nada mais natural que seu administrador seja pessoa com destacada qualificação e experiência profissional, daí as normas citadas que fazem exigências a este respeito. Por isso, tão grave quanto a inexistência de aportes de recursos é o fato de a empresa ter permanecido sob

controle dos mesmos sócios originários. Com razão, a decisão recorrida assim dispôs sobre o tema:

[...] os fundos não trouxeram novos investidores, uma vez que após a reestruturação a companhia continuou sob o domínio do contribuinte e de seus sócios, só que agora com a interposição de dois fundos, como bem demonstrado pela Fiscalização.

A finalidade central de um fundo de investimentos em participação, segundo o art. 2º da Instrução CVM nº 391/2003, citado tanto no TVF como na impugnação, 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, no caso dos antigos sócios da Unik S/A, o objetivo precípuo do RB Crédito II deveria ser a realização de investimentos novos, e não a gestão profissional de investimentos antigos, reforçando-se, assim, a falta de propósito negocial.

Nesse contexto, entendo que não procede a alegação do contribuinte de que a importância dos FIPS e o legítimo propósito negocial restaram demonstrados tendo em vista sua importância e participação na reestruturação e alienação da Unik S/A.

Em texto publicado pela B3 em seu sítio na internet, o objetivo de um FIP é assim sumariado:

Busca-se criar valor para a companhia, por meio do desenvolvimento de seu negócio, bem como pela implementação de práticas de governança corporativa. (https://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/negociacao/rendavariavel/fundos-de-investimento-em-participacoes-fip.htm)

Ora, no presente caso, os antigos sócios da Unik S/A continuaram exercendo domínio sobre a empresa. Ainda que a Recorrente pretenda afirmar que a direção da Rio Bravo DTVM — gestora dos FIP — era exercida também por outras pessoas, reputo que a fiscalização conseguiu demonstrar que na prática o poder decisório permanecia sob domínio dos sócios originários da Unik S/A (fl. 3581):

121. A Administradora (e Gestora, de acordo com os Regulamentos) do GARANTIA FIP e do RB CRÉDITO II FIP durante praticamente todo o período desde a constituição de ambos foi a RIO BRAVO INVESTIMENTOS DTVM Ltda. Ela foi constituída sob a razão social MERCÚRIO DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS Ltda. Foi transformada em sociedade anônima no ano de 1996. A razão social foi alterada para RIO BRAVO INVESTIMENTOS S/A DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS em novembro de 2002 (Doc 34C). Em Assembleia Geral realizada no dia 12/12/2007 (Doc 34H), deliberou-se pela transformação da empresa novamente em uma sociedade limitada. Um dos

diretores da sociedade era o Sr. PAULO BILYK. Aliás, diretor responsável pela administração da carteira de seus valores mobiliários.

122. Na 1ª alteração contratual, datada de 08/12/2008 (Doc 34I), o Sr. PAULO BILYK, além de diretor responsável pela administração da carteira de valores mobiliários da RIO BRAVO INVESTIMENTOS DTVM Ltda, passou a ser sócio detentor de 99,9999% de suas cotas.

123. Na 2ª alteração contratual, datada de 17/06/2009 (Doc 34J), o Sr. GUSTAVO FRANCO foi nomeado diretor da sociedade. E na 5ª alteração contratual, datada de 02/03/2015 (Doc 34P), ele tornou-se cotista. Nessa ocasião, PAULO BILYK e GUSTAVO FRANCO passaram a deter 100% do capital da RIO BRAVO INVESTIMENTOS DTVM Ltda, além de serem seus diretores.

124. Passo agora à UNIK PARTICIPAÇÕES S/A. Como visto, essa empresa integralizou cotas no RB CRÉDITO II FIP com ações da UNIK S/A. É possível constatar, pelas Atas de Assembleia e pelo Livro de Registro de Ações Nominativas (Doc 27P) que, desde 16/04/2008, a quantidade de ações emitidas por ela não se alterou. Até o início de 2014, GUSTAVO FRANCO, PAULO BILYK e JOSÉ ROBERTO KRACOCHANSKY detinham ações que correspondiam a 61,12% de seu capital social. Ao final de 2014, essa participação subiu para 63,22%.

125. Devo registrar, ainda, que GUSTAVO FRANCO é diretor da UNIK PARTICIPAÇÕES S/A desde julho de 2004. PAULO BILYK é diretor dessa sociedade desde junho de 2005. E os dois passaram a ser os únicos diretores da UNIK PARTICIPAÇÕES S/A a partir do final de 2008.

[...]

127. Quanto às 35.802.920 ações de titularidade do RB CRÉDITO II FIP na ocasião, não é demais ressaltar que 27.200.502 haviam sido integralizadas pela UNIK PARTICIPAÇÕES S/A em 23/12/2009.

128. JOSÉ ROBERTO KRACOCHANSKY foi, de forma ininterrupta, diretor e membro do conselho de administração (nos períodos em que houve CA) da UNIK S/A desde a sua constituição. GUSTAVO FRANCO também o foi quase ininterruptamente. Ambos foram diretores-presidentes (em momentos distintos, obviamente) e presidentes do Conselho de Administração (também em períodos diferentes).

A dinâmica foi assim sumarizada pelo TVF (fls. 3583-3584) que analisando a posição de FRANCO, BILYK e KRACOCHANSKY concluiu:

Os três eram sócios majoritários da UNIK S/A até integralizarem suas ações no GARANTIA FIP;

Mesmo depois de integralizar as ações no GARANTIA FIP, GUSTAVO FRANCO e JOSÉ ROBERTO KRACOCHANSKY permaneceram como diretores e conselheiros de administração da UNIK S/A;

PAULO BILYK era sócio da RIO BRAVO INVESTIMENTOS DTVM (detentor de 99,9999% de seu capital social) e diretor responsável pela administração da carteira de valores mobiliários da sociedade. GUSTAVO FRANCO também era diretor desde 2009. A RIO BRAVO INVESTIMENTOS DTVM era administradora e gestora do GARANTIA FIP e do RB CRÉDITO II FIP;

Os três também eram sócios majoritários da UNIK PARTICIPAÇÕES S/A desde 2008. GUSTAVO FRANCO e PAULO BILYK eram os únicos diretores dessa sociedade de 2008 em diante;

132. Claro como a luz do dia que é indiferente a participação da RIO BRAVO INVESTIMENTOS DTVM na gestão da UNIK S/A. Com ou sem ela, as decisões passam, necessariamente, por GUSTAVO FRANCO, PAULO BILYK e JOSÉ ROBERTO KRACIOCHANSKY. Os cotistas dos Fundos e os tomadores de decisão na UNIK S/A, na RIO BRAVO INVESTIMENTOS DTVM e na UNIK PARTICIPAÇÕES S/A eram as mesmas pessoas!!!

Em síntese, os FIP em questão não exerciam autonomia decisória, estando submetidos ao comando integral do recorrente e seus sócios. Embora tenha havido alteração formal da titularidade das ações da empresa cujas cotas foram alienadas, o poder de controle sobre os empreendimentos e a efetiva participação nas decisões estratégicas permaneceram concentrados nas mãos do recorrente e seus sócios. Tais elementos, somados aos demais indícios presentes nos autos, evidenciam o caráter meramente formal e artificial da reestruturação operada.

Da desconsideração do ato simulado

Uma vez que esteja demonstrado nos autos que os atos praticados visavam a dissimular a alienação das ações da Unik S/A pelos seus titulares, em 31/08/2015, a questão resolve-se pela conjugação do princípio da verdade material. Veja-se que, no presente caso, se está diante de hipótese de simulação relativa: aquela na qual um ato jurídico aparente é adotado para dissimular outro ato, este último o verdadeiro ato desejado pelas partes. Considerando que, no direito tributário, a substância do ato se sobrepõe à forma adotada, ignorar o ato simulado é o que permite alcançar o ato substancialmente relevante.

Naturalmente, isto só pode ser feito uma vez constatada a existência de simulação, mesmo porque o uso de FIP como instrumento de planejamento tributário legítimo é induzido pela legislação tributária, desde que (por óbvio) inexista simulação. O Fisco está sujeito então a um robusto ônus argumentativo que exige um vasto esforço probatório, o qual reputo foi empreendido no presente caso: tendo o Fisco logrado demonstrar que a utilização dos FIP tinha o escopo de evitar o pagamento do imposto sobre a renda incidente no ganho de capital quando da alienação das ações da Unik S/A pelos seus titulares, dentre os quais o recorrente.

Assim, não vejo razão para afastar a decisão recorrida, com cujas razões me alinho.

Do pedido de compensação

O Recorrente pede ainda para compensar o valor do IRRF recolhido por ocasião das distribuições de rendimentos realizadas pelos Fundos a seus cotistas, acrescido de Juros SELIC, posto que o Auto de Infração não desconta tais valores do IRPF dele cobrado. Entendo que o pedido não pode ser deferido nesta instância administrativa, pois a tributação dos resgates refere-se a fato gerador distinto (resgate das cotas no FIP) do fato gerador aqui analisado (ganho de capital na alienação de participação societária).

Da qualificação da multa de ofício

Finalmente, sobre a multa qualificada, uma vez caracterizada a simulação, deve-se manter a qualificação da multa de ofício, nos termos do artigo 44, I e § 1º, da Lei nº 9.430/96.

Aplica-se, porém, ao caso a norma prevista no art. 8º, da Lei 14.689/2023 — que prevê multa de 100% — em virtude da retroatividade estabelecida no art. 106, II, “c” do CTN em favor do recorrente.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por conhecer do recurso e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para reduzir a multa de ofício ao percentual de 100%, em virtude da retroatividade benigna.

Assinado Digitalmente

Thiago Álvares Feital