



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10880.748423/2022-13
ACÓRDÃO	2302-003.842 – 2ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	6 de agosto de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	ELON GOMES DE ALMEIDA
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Data do fato gerador: 03/10/2017

PRELIMINAR. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. ERRO BASE DE CÁLCULO.

Afasta-se a nulidade do lançamento quando todos os requisitos previstos no art. 142 do CTN e nos arts. 59 e 10 do Decreto n. 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal, foram observados quando da lavratura do Auto de Infração. Nos termos do art. 145 do CTN, uma vez verificado o excesso de lançamento, deve-se promover a revisão do lançamento, mediante exclusão do excesso verificado, e não a anulação de todo o crédito tributário lançado.

PRELIMINAR. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

A decisão foi fundamentada, não havendo que se falar em nulidade quando o julgador proferiu decisão devidamente motivada, explicitando as razões pertinentes à formação de sua livre convicção. Ademais, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte, mas somente sobre os que entender necessários ao deslinde da controvérsia, de acordo com o livre convencimento motivado.

FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÃO. FIP. FINALIDADE. SIMULAÇÃO.

Deve ser desconsiderado para fins tributários o FIP criado para gerir empresas operacionais previamente controladas pelo grupo empresarial, cuja negociação para a venda já se encontrava em andamento.

FUNDOS DE INVESTIMENTO. INTERPOSIÇÃO. SIMULAÇÃO.

Verificada a interposição de pessoa jurídica mediante o uso de artificialidades para reduzir a carga tributária em operação de alienação de

participação societária, deve-se afastar a estrutura simulada efetivando o lançamento em face da pessoa física, real beneficiário do ganho de capital.

MULTA QUALIFICADA. CONDICIONADA A CONDIÇÃO SUBJETIVA DO AGENTE.

Demonstrada a conduta dolosa do sujeito passivo em fraudar a norma tributária com o intuito claro de obter vantagem tributária, deve ser mantida a multa de ofício em percentual qualificado.

MULTA QUALIFICADA. RETROATIVIDADE BENIGNA. REDUÇÃO A 100%.

O inciso VI, §1º, do art. 44 da Lei n. 9.430/96, deve ser aplicado, retroativamente, tratando-se de ato não julgado definitivamente, conforme o art. 106, inciso II, alínea 'c', do CTN.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso, para (i) autorizar o aproveitamento do montante de R\$ 14.498.270,94 pago a título de ganho de capital; (ii) excluir o montante de R\$1.000.000,00, relativo à não-concorrência, do valor de alienação das ações da ALIANÇA e (iii) reduzir a multa de ofício qualificada ao percentual de 100% (cem por cento).

Assinado Digitalmente

Angélica Carolina Oliveira Duarte Toledo – Relator

Assinado Digitalmente

Johnny Wilson Araujo Cavalcanti – Presidente

Participaram do presente julgamento os conselheiros Marcelo Freitas de Souza Costa, Alfredo Jorge Madeira Rosa, Angelica Carolina Oliveira Duarte Toledo, Johnny Wilson Araujo Cavalcanti (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração exigindo Imposto de Renda Pessoa Física, acrescido de multa de ofício qualificada e juros de mora, em razão de a fiscalização haver apurado omissão de

ganho de capital auferido, em 03/10/2017, na alienação de 25% das ações remanescentes das empresas Aliança Administradora de Benefícios de Saúde S/A (250.000 ações), CNPJ 08.407.581/0001-92, e GA Corretora de Seguros Consultoria Administração e Serviços S/A (2.500 ações), CNPJ 08.365.269/0001-83, para as empresas do grupo QUALICORP, respectivamente Qualicorp Administradora de Benefícios S/A, CNPJ 07.658.098/0001-18, e Qualicorp Consultoria e Corretora de Seguros S.A., CNPJ 11.992.680/0001-93.

Conforme o Termo de Verificação Fiscal (TVF) às e-fls. 14/139, a autoridade fiscal constatou a ocorrência de planejamento tributário ilícito, no qual o contribuinte ELON GOMES DE ALMEIDA (ELON) interpôs dois fundos de investimento (FIP ALGARVE FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES e FUNDO DE INVESTIMENTOS MULTIMERCADO VICTORIA 07 CRÉDITO PRIVADO – INVESTIMENTO NO EXTERIOR) com o objetivo de ocultar a relação verdadeira: a alienação de ações para o grupo QUALICORP pela pessoa física, evadindo-se da tributação por ele devida na operação.

É ver trecho da decisão de piso que contém a síntese dos fatos apurados e descritos no TVF, com base nos elementos de prova coletados no curso da ação fiscal junto ao interessado e terceiros (e-fls. 4027/4052):

- a) mediante Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças celebrado entre as partes em 23/05/2012 (fl. 1520/1555), o interessado alienou 60% das ações das companhias ALIANÇA ADMINISTRADORA e GA CORRETORA às empresas QUALICORP ADMINISTRADORA e QUALICORP CONSULTORIA, por R\$ 378.639.059,05, tendo recolhido imposto de renda sobre o ganho de capital relativo a essa operação no valor de R\$ 13.067.159,94 em 2012 e de R\$ 35.748.723,07 em 2014;
- b) o referido contrato continha cláusula (fl. 1533, item 4.2, (vii)) que estabelecia, como condição para o fechamento do negócio, a celebração de acordos de acionistas tendo por objeto a totalidade das ações dessas companhias, nos termos da minuta constante do Anexo 4.2 do referido contrato, estipulando ainda que, após decorridos cinco anos contados da data da celebração do negócio, a QUALICORP teria a opção de compra de 100% do restante das ações detidas pelo interessado e que, nesse mesmo prazo, o interessado teria a opção de venda das ações, podendo exigir que a QUALICORP adquirisse 100% das ações remanescentes por ele detidas;
- c) dois meses depois, em 23/07/2012, o interessado promoveu a transformação da sociedade limitada ALIANÇA ADMINISTRADORA em sociedade anônima, mantendo o capital social igual ao da sociedade limitada, no montante de R\$ 1.000.000,00, divididos em 1.000.000 de ações ordinárias, todas nominativas e sem valor nominal, das quais o contribuinte era proprietário de 999.999 ações ordinárias, ficando a Aliança Investimentos Ltda com a propriedade de 01 ação ordinária, conforme Instrumento Particular de Alteração Contratual e Transformação do Tipo Jurídico da Sociedade Empresária Limitada em Sociedade Anônima às fl. 1975/1971;

d) ainda em 23/07/2012, o interessado também promoveu a transformação da sociedade limitada GA CORRETORA em sociedade anônima, mantendo o capital social igual ao da sociedade limitada, no montante de R\$ 10.000,00, dividido em 10.000 de ações ordinárias, todas nominativas e sem valor nominal, das quais o contribuinte era proprietário de 9.999 ações ordinárias, ficando a Aliança Investimentos Ltda com a propriedade de 01 ação ordinária, conforme Instrumento Particular de Alteração Contratual e Transformação do Tipo Jurídico da Sociedade Empresária Limitada em Sociedade Anônima às fl. 2707/2737;

e) a compra e venda das ações objeto do contrato assinado em 23/05/2012 (item 'a' supra) se concretizou alguns dias depois, em 08/08/2012, com a efetiva cessão e transferência das ações detidas pelo interessado às compradoras (fl. 2164 e 3018), bem como com a celebração do acordo de acionistas previsto no Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças (fl. 1736/ 1756) contendo a opção de compra e venda das ações remanescentes (item 'b' acima), em caráter irrevogável e irretratável (fl. 1745);

f) além de diversas cláusulas de bloqueio (incluindo a já citada opção de compra das ações remanescentes do interessado pela QUALICORP e opção de venda dessas ações pelo contribuinte, exercíveis no prazo de 5 anos), o acordo de acionistas celebrado em 08/08/2012 entre o interessado e as empresas do grupo QUALICORP (fl. 1585, item 6.1):

- manteve o interessado no cargo de Diretor Presidente das companhias ALIANÇA ADMINISTRADORA e GA CORRETORA pelo prazo de 5 anos, apesar de a QUALICORP ter adquirido a maioria das ações dessas companhias (fl. 1583, item 5.2);

- estabeleceu uma exceção específica às limitações sobre as transferências de ações da ALIANÇA ADMINISTRADORA e da GA CORRETORA, que permitiria a futura transferência da nua propriedade das ações do interessado nessas companhias para uma sociedade ou FIP por ele controlados, direta ou indiretamente (fl. 1585, item 6.2);

g) os Livros Registro de Ações Nominativas da ALIANÇA ADMINISTRADORA e da GA CORRETORA contêm observação na página de escrituração das ações do interessado de que as ações de sua titularidade estavam vinculadas ao acordo de acionistas das companhias celebrado em 08/08/2012, entre o contribuinte e as empresas do grupo QUALICORP, e que o acordo fora registrado na sede das respectivas companhias, que assim estavam obrigadas a observar as disposições do referido documento (fl. 2151/2152 e 3005/3006); essa mesma observação encontra-se na página de escrituração das ações da QUALICORP ADMINISTRADORA e da QUALICORP CONSULTORIA (fl. 2154 e 3008);

h) em Assembleias-Geral Extraordinárias realizadas pelas sociedades anônimas ALIANÇA ADMINISTRADORA e GA CORRETORA em 08/08/2012, às 10:00 horas e 11:00 horas, respectivamente, o interessado foi eleito diretor presidente de ambas as companhias, cargos que manteve até sua renúncia em 03/10/2017 (fl.

1993/1997 e 2740/2742), quando as ações foram finalmente alienadas para a QUALICORP ADMINISTRADORA e da QUALICORP CONSULTORIA;

i) em 01/09/2014, o interessado celebrou o Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças de fl. 1764/1782 com as empresas QUALICORP ADMINISTRADORA e QUALICORP CONSULTORIA, por meio do qual alienou mais 15% das ações companhias ALIANÇA ADMINISTRADORA e GA CORRETORA, de um total de 40% que ainda detinha àquela ocasião, pelo montante de R\$ 155.000.000,00 (fl. 1764/1782);

j) os direitos de opção de compra e opção de venda exercíveis após cinco anos (2017), previstos no primeiro contrato assinado em 23/05/2012, foram ratificados no contrato assinado em 01/09/2014 (fl. 1771, item 6.1);

k) em 10/12/2015, o interessado subscreveu e integralizou 100,9 cotas do FIP ALGARVE (fl. 3536/3544), fundo de investimento em participações que havia sido criado em 04/11/2015 pela administradora BTG Pactual Serviços Financeiros S.A. DTVM (fl. 3644/3649), pelo valor total de R\$ 100.900.000,00, tornando-se o único cotista do fundo;

l) na qualidade de único membro do comitê de investimentos do FIP ALGARVE, o interessado deliberou pela integralização de cotas do fundo com a nua-propriedade das ações de suas empresas ALIANÇA ADMINISTRADORA e GA CORRETORA, de acordo com a Ata da Reunião do Comitê de Investimentos realizada em 10/12/2015 (fl. 3261/3262);

m) mediante Instrumento Particular de Integralização de Cotas Com Reserva de Usufruto e Outras Avença de fl. 3521/3532, de 10/12/2015, as cotas FIP ALGARVE subscritas pelo interessado foram integralizadas da seguinte forma (fl. 3522, item 1.1):

- transferência da nua-propriedade de 2.500 ações de emissão da GA CORRETORA, representativas de 25% de seu capital social, tendo por custo de aquisição o valor R\$ 266.010,48, reservando para si o direito de usufruto das ações;
- transferência da nua-propriedade de 250.000 ações de emissão da ALIANÇA ADMINISTRADORA, representativas de 25% de seu capital social, tendo por custo de aquisição o valor R\$ 3.722.389,36, reservando para si o direito de usufruto das ações;
- pagamento em moeda corrente nacional valor de R\$ 256.460,58, por meio de transferência eletrônica disponível (TED);

n) conforme item 1.3. Extensão dos Direitos do Usufrutuário do referido Instrumento Particular de Integralização de Cotas Com Reserva de Usufruto e Outras Avença (fl. 3523), o usufruto constituído sobre as ações por ocasião da integralização de cotas compreendia o direito ao recebimento dos proventos relacionados às ações que viessem a ser declarados e pagos pelas companhias

emissoras na forma de dividendos, nos termos da Lei das S/A e de seus respectivos estatutos sociais, e bonificações decorrentes de capitalização de lucros;

o) foram excluídos do usufruto, expressamente, os direitos políticos inerentes às ações, ou seja, os direitos relativos à representação e/ou voto em todas e quaisquer deliberações sociais das companhias emissoras; bem como os seguintes direitos econômicos: os proventos pagos sobre qualquer outra forma e o direito sobre a valorização das ações após a integralização das cotas, que assim que passaram a pertencer ao fundo de investimento;

p) o usufruto referido nos itens anteriores teria vigência até 31/12/2017, podendo, entretanto, ser prorrogado a critério das partes, com previsão de extinção antecipada pelo falecimento do usufrutuário ou “a qualquer momento a partir de 08 de agosto de 2017, em caso de recebimento, pelo Fundo, de (a) oferta vinculante, irrevogável e irretroatável enviada por terceiro de boa-fé para a aquisição da totalidade das Ações, ou (b) qualquer manifestação ou intenção de venda das Ações para terceiros de boa-fé, desde que vinculante” (fl. 3524, item 2.1);

q) portanto, o prazo de vigência do usufruto das ações coincidia com o fim do prazo de cinco anos, contados a partir de 08/09/2012, previsto no Acordo de Acionistas, quando se tornaria exercíveis os direitos de opção de compra das ações da ALIANÇA ADMINISTRADORA e da GA CORRETORA pelo grupo QUALICORP e de opção de venda das ações pelo interessado, em face da transferência da totalidade das ações para o grupo QUALICORP;

r) durante o curso da fiscalização, o interessado apresentou comprovantes de recolhimentos (Darf) do imposto de renda efetuados em 15/12/2015 (fl. 438/439), com o código de receita 5029 (Ganho de Capital – Integralização de Cotas com Ativos Financeiros – Ganho de capital decorrente da integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros), em nome de BTG Pactual Serviços Financeiros S/A DTVM, relativos à “integralização da empresa Aliança Administradora de Benefícios de Saúde S.A.” (R\$ 8.400.431,61) e à “integralização da empresa GA Corretora de Seguros, Consultoria, Administração e Serviços S.A.” (R\$ 6.097.839,33), respectivamente;

s) apesar de ter alienado 75% das ações da ALIANÇA ADMINISTRADORA e da GA CORRETORA e a nua-propriedade das restantes 25%, com a cessão dos direitos políticos a elas associados (cláusula 1.2 do capítulo I do Instrumento Particular de integralização de Cotas com Reserva de Usufruto e outras Avenças), o interessado permaneceu na condição de diretor presidentes dessas companhias, conforme previsão que já constava do Acordo de Acionistas celebrado em 08/08/2012, inclusive assinando como representante das empresas até sua renúncia em 03/10/2017;

t) o interessado também era o único integrante do comitê de investimento do FIP ALGARVE (fl. 28/36), conservando o poder de deliberar nas assembleias do FIP e

nas assembleias e atos das empresas investidas que tiveram participação do fundo de investimento (ALIANÇA ADMINISTRADORA e GA CORRETORA);

u) nenhum dos administradores ou gestores do fundo participava do processo decisório das sociedades investidas (ALIANÇA ADMINISTRADORA e GA CORRETORA), mas sim o interessado, que, como registrado acima, permaneceu na função de diretor presidente dessas companhias e assinava como único membro do comitê de investimento do FIP ALGARVE, conservando efetiva influência na gestão das companhias investidas;

v) poucos dias após a integralização das cotas do FIP ALGARVE com a nuapropriedade das ações da ALIANÇA ADMINISTRADORA e GA CORRETORA em 10/12/2015, o interessado, na data de 28/12/2015, transferiu suas cotas do FIP ALGARVE para outro fundo de investimento, o FIM VICTORIA 007, administrado pelo BTG PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S/A DTVM, a fim de integralizar a totalidade das cotas desse segundo fundo, que haviam sido subscritas pelo contribuinte, que assim se tornou o único cotista;

w) de fato, de acordo com declarações dos seus procuradores no curso da ação fiscal (fl. 441), o interessado efetuara duas integralizações das cotas subscritas (aplicações) no FIM VICTORIA 007 em dez/2015, correspondentes a 100% das cotas (fl. 3555/3557): a primeira em 11/12/2015 (no dia seguinte à integralização da totalidade das cotas do FIP ALGARVE), com recursos financeiros (R\$ 256.460,58); e a outra em 28/12/2015, com a totalidade de suas cotas do FIP ALGARVE (R\$ 100.643.539,42);

x) a manifestação dos procuradores foi instruída com os extratos do FIM VICTORIA 007 relativos ao período de ago/2016 a dez/2017, os quais informam saldo do investimento consolidado em 31/08/2016 de R\$ 150.529.736,04, correspondente a 100% das cotas do FIM (fl. 446), sendo o interessado, portanto, o único cotista do fundo;

y) o registro de cotistas do FIP ALGARVE informa o fundo VICTORIA 007 como único cotista daquele fundo a partir de 11/12/2015, não fazendo menção ao interessado;

z) apesar de formalmente ter transferido a totalidade das cotas do FIP ALGARVE para o FIM VICTORIA 007, o interessado permaneceu como único membro do Comitê Gestor e de Investimentos do FIP ALGARVE, e, por conseguinte, com poderes sobre as companhias ALIANÇA ADMINISTRADORA e GA CORRETORA, da quais também era o diretor presidente;

aa) em reunião realizada em 01/10/2017, o interessado, na qualidade de único membro do Comitê Gestor e de Investimentos do FIM ALGARVE, deliberou autorizar o administrador daquele fundo a proceder à “formalização dos atos e providências relacionados ao exercício, pela Qualicorp Administradora e para a Qualicorp Consultoria, da opção de compra da totalidade das ações de emissão da Aliança Administradora e G.A. Corretora, , prevista no Capítulo IX do Acordo de

Acionistas celebrado em 08 de agosto de 2012”, conforme Declaração de Voto do Comitê Gestor e de Investimento de fl. 3264/3265;

bb) em documento, datado de 02/10/2017, o interessado, na qualidade de procurador do FIP ALGARVE, notificou as empresas do grupo QUALICORP, conforme cláusula 9.4.1 do Acordo de Acionistas, da sua concordância com os balanços patrimoniais da ALIANÇA ADMINISTRADORA e GA CORRETORA, que serviriam de base para o exercício da opção de compra dos 25% restantes das ações dessas companhias, concordando com o respectivo EBITDA utilizado para o cálculo do preço da opção;

cc) em 03/10/2017, as restantes 25% das ações da ALIANÇA ADMINISTRADORA e da GA CORRETORA, cuja nua-propriedade havia sido transferida para o FIP ALGARVE a título de integralização das cotas subscritas pelo interessado, foram alienadas para a QUALICORP ADMINISTRADORA e para a QUALICORP CONSULTORIA, respectivamente, em face do exercício do direito de compra previsto no Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças celebrado pelo contribuinte com as referidas compradoras em 23/05/2012, conforme acordo de acionistas de 08/08/2012 (itens ‘a’, ‘b’ e ‘e’, supra);

dd) na mesma data de 03/10/2017, o interessado:

- renunciou aos cargos de diretor presidente e responsável técnico da ALIANÇA ADMINISTRADORA (fl. 3511) e de diretor presidente da GA CORRETORA (fl. 3512), por intermédio de Cartas Renúncia encaminhadas a essas companhias, nas quais deu plena e integral quitação em relação a qualquer indenização ou pagamento, ressalvado o direito ao recebimento da remuneração mensal do mês de setembro de 2017, bem como o direito de receber os dividendos declarados pelas companhias em 02/10/2017, referente ao período de 01/04 a 31/08/2017, ao qual fazia jus como usufrutuário das ações de ambas as empresa, detidas naquela data pelo FIP ALGARVE;
- deu plena e geral quitação às empresas QUALICORP ADMINISTRADORA e QUALICORP CORRETORA em relação às obrigações assumidas, inclusive de indenização, “no Contrato de Aquisição Original e no Contrato de Indenização” e em relação aos dividendos declarados pelas empresas ALIANÇA ADMINISTRADORA e GA CORRETORA, “que serão pagos nos termos dispostos das respectivas Atas”, por intermédio de carta encaminhada àquelas companhias (fl. 3515/ 3516).

O lançamento foi impugnado e os autos foram encaminhados à DRJ. Os membros da 19a Turma da DRJ08, apreciaram a impugnação e, por unanimidade de votos, julgaram improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário em litígio. É ver a ementa abaixo transcrita:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF Exercício: 2017

GANHO DE CAPITAL SOBRE ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. TRIBUTAÇÃO.

Comprovada a interposição fraudulenta de pessoas mediante simulação, a tributação do ganho de capital sobre a alienação de bens e direito deve ser apurada na pessoa física, e não nas pessoas jurídicas interpostas.

MULTA QUALIFICADA.

Restando provada a ocorrência da circunstância qualificadora, imprescindível para a aplicação da multa qualificada, cabível é a aplicação da penalidade de 150%.

IMPUGNAÇÃO. INSTRUÇÃO.

A impugnação deve vir acompanhada dos elementos de prova em que se fundamentar, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a não ser nos casos de força maior, ou quando as provas se refiram a fato ou direito superveniente, ou quando se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Cientificado do acórdão, o contribuinte apresentou recurso voluntário tempestivo, alegando, conforme sumarizado nas “Conclusões” da peça recursal, em síntese:

V. CONCLUSÕES

562. Como se demonstrou acima, em dezembro de 2015, o Recorrente integralizou cotas do FIP ALGARVE com a entrega de 25% das ações que detinha na ALIANÇA e na GA CORRETORA, seguindo as disposições da Lei n. 13.043/14 (i.e., valor de mercado, com pagamento de IR sobre o ganho).

563. Em outubro de 2017, quase dois anos após a integralização, o FIP ALGARVE vendeu as ações na ALIANÇA e na GA CORRETORA à Qualicorp (companhia aberta independente), tendo apurado ganho, o qual, nos termos do art. 28, §10, da Lei n. 9.532/97, é isento.

564. Registre-se que não havia qualquer certeza sobre se a venda ocorreria e se, em caso positivo, qual seria o seu valor, uma vez baseado em EBITDA ainda não existente. Tais fatores (venda e preço) dependiam de eventos futuros e incertos, sobre os quais o Recorrente não tinha qualquer ingerência.

565. Todavia, por meio do auto de infração ora combatido, sob o argumento de estar diante de suposto planejamento tributário abusivo, a d. fiscalização tentou afastar o FIP ALGARVE para imputar referido ganho diretamente ao Recorrente, o que foi mantido pela DRJ, em uma decisão bastante superficial e que trouxe inovações em tentativa de manutenção da autuação a qualquer custo.

566. Não obstante, o auto de infração deverá ser cancelado pelos seguintes motivos.

567. Preliminarmente, deve-se relembrar que:

(i) Como demonstrado no item III.2, houve erro na identificação do sujeito passivo da obrigação, uma vez que a fiscalização afastou tão-somente o FIP ALGARVE, o qual não era devido pelo Recorrente, mas sim pelo FIM VICTORIA 007. Ou seja, ainda que o FIP ALGARVE venha a ser desconsiderado (o que se admite apenas por argumentação), a fiscalização deveria ter atribuído ao FIM o ganho que se pretende imputar ao Recorrente, o que, contudo, não foi feito. Ressalte-se que a d. fiscalização não afastou expressamente o FIM VICTORIA 007, nem indiretamente, já que não trouxe quaisquer elementos para tanto. Apenas alegou que o FIM supostamente teria “funcionado como mero repositório” das cotas do FIP ALGARVE. Todavia, o FIM VICTORIA 007, constituído em abril de 2014, consolida até hoje os diversos investimentos do Recorrente, não podendo ser afastado por meio de um argumento genérico e sem fundamentação. Neste sentido, registre-se que a pretensão de afastamento do FIM VICTORIA 007 só se verificou a partir da inovação promovida pela DRJ, que, de forma totalmente contraditória, apresenta ainda passagens em que confirma a utilidade deste fundo para os fins de planejamento sucessório e melhor gestão patrimonial apontados pelo Recorrente. Assim, resta demonstrada a improcedência do auto de infração em razão da ilegitimidade passiva do Recorrente.

(ii) Ademais, como demonstrado no item III.3, houve diversos erros na apuração da base de cálculo do ganho atribuído ao Recorrente, os quais ensejam a improcedência do auto de infração:

a. Erro na apuração do custo de aquisição: a d. fiscalização considerou que o custo de aquisição das participações na ALIANÇA e na GA CORRETORA seria o valor declarado pelo Recorrente em sua Declaração de Ajuste Anual do ano-base de 2015, “posição em 31/12/2014”, isto é, antes da integralização das cotas do FIP ALGARVE. Todavia, a integralização em questão, ocorrida em dezembro de 2015, foi realizada a valor de mercado (R\$100,7milhões), com base em laudo de avaliação da EY, tendo o Recorrente, inclusive, recolhido IR (R\$14,5milhões) sobre o ganho escritural que auferiu em tal ocasião (ganho este que foi devidamente informado em sua Declaração de Ajustes Anual de 2015). Assim, ainda que se afaste o FIP ALGARVE, a d. fiscalização não poderia ter optado por desconsiderar os efeitos tributários da integralização realizada em 2015 (i.e., majoração do custo de aquisição da ALIANÇA e da GA CORRETORA), havendo patente erro na apuração do custo de aquisição das participações.

Quanto à decisão de 1ª instância, esta apresenta diversos fundamentos contraditórios e mutuamente excludentes para não acatar este pleito do Recorrente, sendo o principal deles a suposta não comprovação de que o Recorrente teria suportado o ônus tributário do imposto de renda. Tratam-se, no entanto, de argumentos superficiais, que não analisaram os fatos e documentos trazidos pelo Recorrente ao processo, os quais, indiscutivelmente, fazem a prova exigida.

b. Erro na apuração do valor de alienação: além do acima, há erro também no valor de alienação atribuído às ações da ALIANÇA, pois a d. fiscalização incluiu em tal valor rendimento pago ao Recorrente em 2017, a título de não-concorrência, o qual foi devidamente tributado pelo Recorrente de acordo com a tabela progressiva, inclusive porque, dada sua natureza de obrigação de fazer, nem por hipótese referido rendimento poderia ser submetido à apuração de ganho de capital; e

c. Erro na desconsideração de ganhos já tributados em 2017, 2022 e 2023: por fim, entre 2017 e 2023, o Recorrente realizou amortizações parciais das cotas do FIM VICTORIA 007, ocasião em que recolheu IR relativamente ao ganho originado pelo FIP ALGARVE com a venda da ALIANÇA e da GA CORRETORA. O IR pago quando das amortizações foi, respectivamente, de R\$3,6milhões, R\$13,5milhões, R\$ 13,6milhões e R\$ 11,7milhões, sendo que a primeira amortização foi inclusive informada durante o curso da fiscalização. Todavia, as d. autoridades fiscais não abateram o ganho já tributado do ganho imputado ao Recorrente, o que demonstra mais um equívoco na apuração da base de cálculo e no valor de IR lançado. Inclusive, embora a DRJ não tenha analisado a documentação que suporta o recolhimento do imposto, ela entende que, havendo comprovação do recolhimento, tal imposto deveria ser deduzido do valor autuado.

568. Em relação ao mérito,

(i) A integralização das ações da ALIANÇA e da GA CORRETORA no FIP ALGARVE corresponde a uma opção fiscal com condição onerosa, qual seja, a adoção do valor de mercado na referida integralização e pagamento de IR, nos termos do art. 1º da Lei nº 13.043/14. O Recorrente cumpriu com essa condição, apurando ganho escritural na integralização e antecipando um imposto de renda de R\$ 14,5 milhões em 2015.

(ii) Referida integralização no FIP ALGARVE foi realizada quase dois anos antes da venda objeto da autuação, não havendo que se falar em evasão fiscal. Ademais, todos os atos e negócios foram efetivamente praticados nos termos da lei, não havendo qualquer tipo de ilicitude, simulação, dissimulação ou fraude capaz de justificar a autuação.

(iii) A alegação de que teria havido um planejamento tributário abusivo é descabida, pois o Recorrente não tinha qualquer certeza de que a venda iria ocorrer, nem qual preço de opção seria exercido, de forma que não havia garantia de que, ainda que a venda ocorresse, apuraria o ganho verificado em outubro de 2017 (ainda mais em valor superior àquele reconhecido e tributado antecipadamente em dezembro de 2015 quando da integralização de cotas do FIP ALGARVE). Ademais, em 2017, 2022 e 2023, houve amortizações parciais, tendo havido novos recolhimentos de IR sobre o resultado do ganho apurado pelo FIP ALGARVE.

(iv) Ainda, além de a constituição do FIP ser uma opção fiscal, inclusive induzida pela legislação fiscal, no caso concreto havia ainda propósito comercial extrafiscal,

qual seja, a consolidação do patrimônio e planejamento sucessório, profissionalização dos investimentos e proteção do patrimônio do Recorrente, especialmente em caso de sucessão, já que suas herdeiras não têm expertise necessária para administração de seus investimentos financeiros.

(v) Quanto à regularidade do FIP, demonstrada novamente neste Recurso, embora o auto de infração tenha tentado trazer diversos elementos para descaracterizá-la, este ponto foi superado pela DRJ, que, ainda que indiretamente, atestou sua regularidade e licitude.

(vi) Ademais, apesar de o r. agente fiscal ter feito verdadeira confusão entre a figura do administrador do FIP e o administrador das empresas investidas (confusão esta mantida pela DRJ), ficou comprovado que a administração do FIP seguiu as normas da CVM e foi realizada por instituições financeiras de primeira linha, com influência nas investidas em razão do Aditamento ao Acordo de Acionista. Assim, qualquer alegação de que o Recorrente teria o controle de fato das investidas deve ser rechaçado, pois não condizente com a realidade dos fatos.

(vii) Assim, por todo o exposto, o inconformismo do d. auditor fiscal com a norma indutora não deve prosperar, devendo ser mantida a isenção prevista no art. 28, §10, da Lei n. 9.532/97 para o ganho auferido pelo FIP ALGARVE quando da venda da ALIANÇA e da GA CORRETORA em outubro de 2017.

569. Por fim, na hipótese de o auto não ser cancelado pelos motivos acima (o que se admite por argumentação), deve haver redução da multa qualificada aplicada (150%), pois não houve no caso qualquer ato que representasse “sonegação, fraude ou conluio”. Inclusive, a fiscalização não aponta qualquer ato ilícito ou conduta dolosa do Recorrente, tendo todas as operações sido realizadas com transparência e em conformidade com a legislação. No limite, se mantida a qualificação, o valor da multa deve ser reduzido ao patamar de 100% do tributo devido dada o caráter confiscatório da multa de 150%.

570. Outrossim, devem ser realizados os ajustes necessários no ganho apurado (para majoração do custo de aquisição dos investimentos, redução do valor de alienação das ações da ALIANÇA e abatimento de ganho já tributado quando das amortizações de 2017, 2022 e 2023), a fim de evitar dupla cobrança de imposto de renda sobre um mesmo acréscimo, em clara violação aos princípios da capacidade contributiva e não-confisco.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou contrarrazões ao recurso voluntário, requerendo que seja negado provimento ao recurso voluntário, mantendo-se o lançamento em sua integralidade, sob os seguintes fundamentos (e-fls. 4241/4331):

- (i) inoccorrência de nulidade da decisão recorrida;
- (ii) inexistência de alteração de critério jurídico do lançamento;
- (iii) inexistência de erro na identificação do sujeito passivo;

- (iv) inexistência de nulidade do auto de infração por ausência de liquidez e certeza da base de cálculo;
- (v) No mérito, a interposição do FIP ALGARVE (além do FIM VICTORIA) carece de propósito negocial, eis que: (i) não se trata de comunhão de recursos; (ii) não objetivou a realização de novos investimentos e (iii) não objetivou a profissionalização da gestão;
- (vi) A dissociação entre a transação formalmente realizada nos termos do direito civil e a substância econômica é manifesta. Já haviam sido negociados ativos de empreendimento há muito sedimentados – ações da ALIANÇA ADMINISTRADORA e da GA CORRETORA – e o proprietário destes ativos era publicamente conhecido (ELON). Não obstante, foi criado e interposto fundo de investimento (FIP ALGARVE) com o objetivo de figurar na operação de compra e venda;
- (vii) desde 23/05/2012, data em que assinado o contrato relativo à compra e venda de 60% das ações da ALIANÇA ADMINISTRADORA e da GA CORRETORA, já estava negociada a aquisição dos 40% remanescentes, inclusive com a fixação de prazo e preço;
- (viii) a interposição do fundo se deu após estar já em curso o processo de compra e venda, depois de concluído o processo de negociação. Portanto, resta evidente que a criação do fundo não se deu para o fim de melhorar a gestão do empreendimento, nem para fins sucessórios, pela constatação óbvia de que tais investimentos não permaneceram sob a gestão do Fundo, mas sim foram alienados;
- (ix) apesar de ter existido formalmente uma mudança de titularidade das ações da ALIANÇA ADMINISTRADORA e da GA CORRETORA, não houve qualquer mudança no controle do empreendimento;
- (x) e uma suposta finalidade sucessória não afasta a necessidade de observar o regimento do FIP. E, no presente caso, a legislação não foi observada, vez que: inexistentes novos investimentos (ausência de comunhão de recursos) e ausência de gestão profissional (falta de autonomia do administrador do fundo).
- (xi) manutenção da multa qualificada, ante a simulação;
- (xii) devem ser rejeitadas as alegações de erro na apuração da base de cálculo bem como o pleito de compensação de ofício.

Foram juntadas, ainda, petições pelo recorrente:

- (i) requerendo que o percentual da multa de ofício qualificada, caso não afastada, seja reduzido para 100%, nos termos da Lei n. 14.689/23 (e-fls. 4335/4337);
- (ii) apresentando parecer emitido pelo Professor Dr. Nelson Eizirik (e-fls. 4343 e seguintes);
- (iii) manifestando-se às contrarrazões da PGFN, reiterando os pedidos formulados em Recurso Voluntário (e-fls. 4385/4392);
- (iv) informando fato novo, qual seja, a tributação antecipada, em 31/12/2023, do saldo dos rendimentos acumulados de seus fundos de investimento, nos termos do art. 27 e 28 da Lei n. 14.754/23 (e-fls. 4397 e seguintes). Juntou, ainda, carta emitida pelo Itaú Unibanco S/A, atual administrador dos fundos em questão, informando o recolhimento, até aquele momento, de quatro parcelas de IRRF (e-fls. 4405/4408).

É o relatório.

VOTO

Conselheira **Angélica Carolina Oliveira Duarte Toledo**, Relatora

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual dele conheço.

1 NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA

Sustenta o recorrente que a DRJ não se debruçou sobre as alegações e comprovações expressas na impugnação, ou, quando muito, foram analisadas de forma superficial. Menciona questões não analisadas ou apreciadas de forma insuficiente pela DRJ:

- i. em relação ao erro na base de cálculo por não considerar o ganho devidamente tributado auferido quando da integralização das cotas do FIP ALGARVE (...);
- ii. deixou de analisar os diversos argumentos trazidos pelo Recorrente a evidenciar que as opções de compra e venda não eram garantia de realização do negócio (...);
- iii. não analisou alegações do Recorrente em relação ao preço de eventual venda futura ser completamente incerto (§197 e ss. da Impugnação) – com efeito, em caso de eventual venda futura, o preço seria definido apenas no futuro, com base no EBITDA, índice que sequer é mencionado pela r. decisão (...);

- iv. não analisou NENHUM argumento que demonstrava as especificidades e o propósito negocial na constituição de cada um dos Fundos envolvidos com base em normas da CVM (§ 291 e ss. da Impugnação) (...);
- v. tampouco analisa os argumentos de caráter indutor do FIP como propósito negocial, sendo sua constituição uma opção fiscal onerosa, na medida em que exige contrapartida por parte do contribuinte (antecipação de ganho de capital na integralização de cotas) (...);

Além destas questões, que, insista-se, não foram analisadas, há outras cuja apreciação foi completamente insuficiente. É o caso:

- i. do propósito negocial da criação dos fundos ter sido a profissionalização da gestão patrimonial do Recorrente, vinculada à necessidade de planejamento sucessório (...);
- ii. Do erro de cálculo decorrente da inclusão dos valores pagos a título de obrigação de não-concorrência na base de cálculo do imposto de renda, isto é, o suposto ganho de capital auferido pelo Recorrente;
- iii. Da multa qualificada, tema sobre o qual a r. decisão dedicou 2 folhas, das quais uma é a transcrição dos dispositivos legais, e a outra é mera repetição de argumentos que pretendem sustentar o mérito da autuação.

Inicialmente, deve-se destacar que, conforme reiteradamente afirmado e reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), o livre convencimento do julgador permite que a decisão proferida seja fundamentada com base no argumento e nas provas que entender cabível, **não sendo necessário refutar todos os argumentos trazidos pelas partes.**

Analisando a decisão de piso, verifico que foram apreciadas as questões relativas ao erro na base de cálculo às e-fls. 4048 e seguintes, em tópico próprio intitulado “Dos Alegados Erros na Determinação da Base de Cálculo do Imposto”.

No tópico “Do Ganho de Capital na Alienação de Bens e Direitos” encontram-se expostos os fundamentos que levaram à convicção do Julgador pela manutenção do lançamento no mérito, concluindo tratar-se de negócio jurídico simulado. A questão atinente à opção de compra e venda e o preço de eventual venda futura foram analisados pela decisão de piso às e-fls. 4046/4047. O propósito extrafiscal da operação foi abordado à e-fl. 4047 da decisão ora recorrida. A multa qualificada, por sua vez, como identificado pelo própria recorrente, foi abordada às e-fls. 4051/4052.

Se tais conclusões são ou não acertadas, será tema a ser analisado quando da análise do mérito, o que descabe é dizer que a decisão de piso foi omissa porque não abordou a questão pelo viés que a parte entendia correto.

Ante o exposto, não identifico qualquer mácula que pudesse ensejar o reconhecimento de nulidade da decisão recorrida, rejeito, portanto, a preliminar.

2 ILEGITIMIDADE DO SUJEITO PASSIVO E ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO PELA DRJ

A defesa alega que sem o expresse afastamento do FIM VICTORIA 007 pela fiscalização, os rendimentos da venda realizada em 2017 não poderiam ser imputados diretamente ao recorrente. Nesse sentido, considerando que a fiscalização afastou tão-somente o FIP ALGARVE, o qual não era detido pelo recorrente, mas sim pelo FIM VICTORIA 007, a fiscalização deveria ter atribuído ao FIM o ganho que se pretende imputar ao recorrente.

Nessa linha, defende o recorrente que a DRJ inovou nos fundamentos de sua decisão ao *“tratar o FIM VICTORIA 007, e não o FIP ALGARVE, como o alienante das ações da ALIANÇA e da GA CORRETORA”*. Requer o reconhecimento da nulidade da decisão de piso, *“devendo ser determinado o retorno dos autos à DRJ para análise da preliminar de nulidade tão somente com base nos fundamentos trazidos pelo auto de infração, sem qualquer inovação”*.

Contudo, não vislumbro a mácula pontuada pelo recorrente. Como se vê do TVF, ambos os Fundos foram considerados interpostos artificialmente para ocultar o real beneficiário dos valores pagos, qual seja o recorrente. Sendo ele, portanto, o titular do ganho de capital auferido na operação e sujeito passivo do presente processo administrativo.

A autuação sobreveio por compreender a fiscalização que o interessado, na qualidade de pessoa física, é o titular de fato das ações e autor do “planejamento abusivo” e, portanto, o sujeito passivo da obrigação tributária. A autoridade fiscal limitou-se a tributar o negócio jurídico efetivamente ocorrido, negando eficácia aos dois fundos de investimento que foram interpostos. É ver trecho do Termo de Verificação Fiscal (TVF) que confirma tal premissa adotada (e-fl. 132):

Como visto, O FIP ALGARVE jamais funcionou como fundo de investimento em participações, **e o FIM VICTORIA 007 funcionou como mero repositório das cotas do primeiro fundo, ambos utilizados para afastar o contribuinte da ocorrência do fato gerador**. O objetivo da simulação foi alterar o sujeito passivo da obrigação tributária principal. Subsiste, entretanto, que o verdadeiro alienante das ações foi Elon Gomes de Almeida, titular dessas ações antes das operações de integralizações nos fundos de investimento. – grifou-se.

Outros trechos do TVF confirmam a verificação fiscal no sentido de que o FIM VICTORIA 007 se trata de outro fundo interposto para ocultar-se o real sujeito passivo da operação, o ora recorrente:

no registro de cotista do ALGARVE FIP, consta inicialmente o cliente Elon Gomes de Almeida com 100,64 quotas no valor de R\$ 100.643.539,00 e o cliente fundo VICTORIA 007 FIM CP IE, CNPJ 19.782.286/0001-32, com 0,26 quotas no valor bruto de R\$ 256.461,00. Em seguida, o fundo VICTORIA 007 passa a deter 100,90 quotas no montante de R\$ 100.895.206,89, constando a seguinte observação na ficha de registro, referente a aquisição nº 2: “Integralização por ativos: No dia 28/12/2015 o cotista Elon Gomes aportou 100.643539 cotas do FIP ALGARVE no

fundo FIM VICTORIA 007 correspondente a emissão de 69,225,250.879403 cotas.” Esclareça-se que o fundo de investimentos **FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO VICTORIA 007 CRÉDITO PRIVADO – INVESTIMENTOS NO EXTERIOR, CNPJ 19.782.286/0001-32**, é outro fundo de investimento que tem como único cotista a pessoa física Elon Gomes de Almeida, conforme visto na introdução (cópia da Ata da Assembleia Geral de Cotistas do Fundo de Investimentos Multimercado Victoria 007, realizada em 18/08/2016, para transferência de administração do fundo do BTG PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S.A. DTVM para o J.P. MORGAN S.A.) e nos documentos que serão examinados adiante. **A transferência de cotas do FIP ALGARVE da pessoa física para esse outro fundo de investimento exclusivo de Elon Gomes de Almeida consistiu obviamente na interposição de outro filtro destinado a afastar a pessoa física, ainda mais, da figura de sujeito passivo da obrigação tributária cujo fato gerador foi o ganho de capital na venda das ações de suas empresas para o grupo QUALICORP.** – grifou-se (e-fl. 76)

Além disso, a transferência das cotas do FIP ALGARVE para outro fundo de investimento exclusivo do contribuinte, **FIM VICTORIA 007, consistiu apenas em mais uma etapa da estratégia para afastar, ainda mais, Elon Gomes de Almeida da figura do investidor do FIP**, que ao mesmo tempo mantinha-se no comando das empresas investidas, ocupando o cargo de Diretor Presidente. – grifou-se (e-fl. 84)

Nos documentos examinados vimos que Elon Gomes de Almeida, em momento algum, cedeu efetivamente os direitos políticos sobre as ações. **Não se afastou do comando dos direitos inerentes às ações, participando da gestão e assinando os atos dos fundos e os atos das sociedades, permanecendo como único membro do comitê investidor dos fundos e decidindo efetivamente o destino dos negócios e das sociedades.** – grifou-se (e-fl. 103)

O contribuinte não se interessa pelo fato de que **foi o beneficiário último da venda das ações, tendo recebido os valores correspondentes via fundos de investimentos (FIP ALGARVE e FIM VICTORIA)**, dos quais era o único e efetivo titular das cotas – grifou-se (e-fl. 109)

O teor da acusação fiscal foi mantido pela DRJ, concluindo ter a autoridade fiscal agido corretamente ao tributar o ganho de capital sobre a alienação das ações na pessoa física do recorrente, ante a interposição de ambos os fundos (FIP ALGARVE e FIM VICTORIA).

A correção de tal verificação fiscal se confundem com o exame das questões de mérito do recurso e serão tratadas a seguir.

3 ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

Afirma o recorrente que o lançamento é desprovido de liquidez e certeza em virtude de erro insanável na apuração da base de cálculo *“primeiro, quanto ao custo de aquisição,*

em seguida, quanto ao valor de alienação e, por fim, quanto ao cômputo do imposto já recolhido pelo Recorrente quando das amortizações efetuadas em 2017 e 2022 (e, posteriormente, em 2023)”.

Entendo que não prospera a nulidade do lançamento no presente caso, porquanto todos os requisitos previstos no art. 142 do CTN e nos arts. 59 e 10 do Decreto n. 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal, foram observados quando da lavratura do Auto de Infração.

Nos termos do art. 145 do CTN, uma vez verificado o excesso de lançamento, deve-se promover a revisão do lançamento, mediante exclusão do excesso verificado, e não a anulação de todo o crédito tributário lançado.

Assim, as matérias relacionadas à determinação da base de cálculo serão analisadas no mérito.

4 MÉRITO

4.1 CONSIDERAÇÕES - PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, SIMULAÇÃO E PROPÓSITO NEGOCIAL.

O “planejamento tributário” é, talvez, o mais controverso dos temas tributários em debate nas últimas décadas, sendo objeto de inúmeros estudos doutrinários e analisado em diversos julgamentos, tanto judiciais quanto administrativos.

Como se sabe, a Constituição do Brasil contém uma série de dispositivos garantidores da liberdade de exercício da atividade econômica, que asseguram ao contribuinte o direito de organizar as suas atividades da maneira que melhor lhe convier, inclusive no que diz respeito à legalidade da escolha pelo chamado “caminho menos oneroso”, aspecto perfeitamente aplicável na seara tributária.

Nessa linha, admitindo-se que tal direito de organização empresarial, postulado da livre-iniciativa, não é absoluto, a importância da definição de diretrizes e limites claros para os contribuintes advém do próprio princípio constitucional da segurança jurídica, que tem por finalidade evitar o arbítrio aplicação da lei no contexto do Estado Democrático de Direito.

Disso decorre que os critérios a serem utilizados pelos julgadores e pelas autoridades fiscais, devem ter, como pressuposto de validade, o respaldo – previsão – no ordenamento jurídico brasileiro. É essa a relevância de perquirirmos as disposições contidas no contexto legislativo, bem como as correspondentes correntes doutrinárias hábeis a interpretá-las.

Objeto de muita controvérsia, o parágrafo único do art. 116 do CTN, incluído pela Lei Complementar (“LC”) n. 104/01, o qual dispõe que a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do

fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Basicamente, alguns doutrinadores, defendem que a norma não inovou no ordenamento jurídico, sendo apenas uma regra que reforça o controle de atos simulados, já consolidado na legislação anterior, caracterizando-se, portanto, como uma norma de combate à evasão fiscal. Inclusive, para eles, qualquer norma geral antiabuso no país seria inconstitucional.

Lado outro, existem autores que entendem a norma como uma norma geral antielisiva ou antielusão, de modo que o dispositivo do CTN não estaria restrito às hipóteses de simulação (ilicitude). Assim, seria possível a desconsideração de atos lícitos, praticados sem qualquer patologia ou artificialidade.

O argumento para tanto é que não teria sentido o legislador complementar reunir-se para redigir norma inócua, já prevista anteriormente. Sendo que tal grupo, ainda se subdivide entre autores que defendem a eficácia imediata da norma, e aqueles que sustentam a necessidade de regulamentação para que produza efeitos.

Ocorre que, até hoje, o dispositivo carece de regulamentação, de modo que, conseqüentemente, as autuações fiscais e decisões administrativas acerca do planejamento tributário, possuem diversas fundamentações, contudo, convergem em evitar qualquer aprofundamento ou menção expressa ao parágrafo único do art. 116 do CTN. É isso que ocorre no presente caso, envolvendo a suposta simulação na alienação de ações mediante interposição de fundos de investimento.

Nesse diapasão, oportuno mencionar que a constitucionalidade do parágrafo único do mencionado dispositivo foi julgada constitucional perante o plenário do Supremo Tribunal Federal (“STF”), nos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (“ADI”) n. 2.446.

Nos termos do voto vencedor, da Ministra relatora Cármen Lúcia, a norma é constitucional, embora a sua plena eficácia dependa de lei ordinária para estabelecer procedimentos a serem observados. Outrossim, restou consignado que a norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido licitamente evitada.

Ainda, constou-se que há diferença entre elisão fiscal – diminuição lícita de valores tributários – e evasão fiscal – ocultação do fato gerador materializado para omitir-se do pagamento. Assim, entendeu-se que o parágrafo único do art. 116 do CTN não pode ser denominado como norma antielusão, por tratar-se norma de combate à evasão fiscal.

De todo modo, não se pode olvidar da disposição contida no art. 149, inciso VII do Código Tributário Nacional (CTN). É ver o que determina o mencionado dispositivo:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

Ou seja, em matéria tributária, o direito do contribuinte de auto-organização restaria limitado, inequivocamente, nos casos de fraude e simulação, autorizando a desconsideração, e conseqüente requalificação, dos efeitos tributários do ato, isto é, configurando-se como atos não oponíveis ao Fisco.

A legislação pátria estabelece três hipóteses de caracterização da simulação, as quais se encontram afinadas com a doutrina civilista nacional e estrangeira acerca do instituto, considerando-se como simulados os negócios jurídicos quando (Art. 167, § 1º do Código Civil):

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

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

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

O Código Civil Brasileiro, como se vê, classifica como simulados os negócios jurídicos cujas declarações se encontram eivadas de falsidade, seja em relação aos seus aspectos objetivos ou aos sujeitos envolvidos.

A doutrina, por sua vez, cuida de estudar o instituto, tendo a questão ensejado intensa divergência, especialmente acerca da estrutura, natureza e formação do negócio simulado.

Os voluntaristas entendem ser a simulação caracterizada em especial pela divergência entre a vontade declarada e a vontade interna, sendo a manifestação divergente prolatada no intuito específico de enganar terceiros gerando a aparência de um negócio não realizado ou de ter sido realizado negócio distinto daquele real.

Os causalistas, por sua vez, a exemplo de Fábio Piovesan Bozza, sustentam que a simulação é caracterizada não por uma divergência de vontades, mas pela divergência de causa, contando o negócio real com causa distinta daquela característica do negócio aparente ou simulado. Abre-se espaço para incompatibilidade objetiva entre o modelo adotado nas operações realizadas para o negócio supostamente pretendido pelas partes.

A simulação pode ser absoluta (simulação *strictu sensu*) ou relativa (dissimulação), sendo essa distinção especialmente relevante na definição dos efeitos que decorrerão do reconhecimento da nulidade do negócio simulado.

A simulação absoluta caracteriza-se pela ausência de qualquer negócio real. Tem-se simulação absoluta quando as partes não realizaram negócio de qualquer espécie, tendo apenas desejado gerar a aparência de tê-lo feito.

A simulação relativa (dissimulação), por sua vez, dá-se nos casos em que as partes buscam ocultar sob uma falsa aparência um negócio real, mas praticado em termos distintos daqueles em que foi declarado. Nesses casos, há de fato um negócio, mas ele tem natureza ou contornos distintos daqueles que foram formalmente declarados.

Diante da ocorrência de simulação absoluta, não há que se falar em conversão do negócio jurídico simulado, na medida em que não há negócio real a ser preservado. Nas hipóteses de simulação relativa ou dissimulação, contudo, a lei prevê que deve ser preservado o negócio que se buscou dissimular (a saber, o negócio real, que estava oculto sob a aparência criada pela simulação), desde que ele seja válido considerando-se a sua substância e forma.

Assim, se as partes forem livres para praticar o negócio dissimulado, ele estiver em conformidade com a lei e houver sido observada a forma adequada, o reconhecimento da nulidade da simulação atinge apenas o que a doutrina denomina "pacto simulatório" e limita-se a afastar a falsa aparência que as partes buscaram atribuir ao negócio. Porém, o negócio efetivamente praticado permanecerá válido e apto a produzir os respectivos efeitos (inclusive fiscais), os quais serão definidos e aplicados considerando-se a real natureza do negócio.

Inobstante as diversas visões e perspectivas sobre o conceito de simulação, é ponto comum na doutrina que situações com artificialidade evidente e latente, mediante a ocultação ou distorção dos elementos do ato ou negócio jurídico, estariam incluídas no conceito. Os principais autores civilistas que se dedicam ao estudo do instituto entendem que a simulação sempre envolve a pretensão de criar uma aparência distinta da realidade, de atingir escopo divergente daquele característico do negócio declarado (em seu aspecto formal), no intuito de enganar terceiros.

Deste modo, o negócio simulado pode ser conceituado como aquele que, não obstante tenha sido formalizado, não guarda correspondência com a realidade. A causa objetiva do negócio não é buscada pelos contraentes, de modo que a declaração formal do negócio não corresponde à realidade desejada pelas partes. Isso é possível verificar-se pela desnaturação do ponto central do negócio praticado, manifestada, inclusive, mediante à verificação de desrespeito às finalidades dos institutos utilizados.

Para que se configure a simulação, basta se demonstrar que por meio dos negócios jurídicos apresentados pelo contribuinte, tentou-se ocultar do Fisco a verdadeira configuração dos atos praticados (dissimulação) ou, ainda, que nada realmente foi realizado (simulação absoluta).

A identificação da ocorrência de simulação demanda o cotejo entre a declaração incluída no instrumento contratual celebrado pelos contribuintes e a situação tática efetivamente ocorrida. Se na prática restar evidenciado que os objetivos concretos das partes são estranhos ou opostos à finalidade prática subjacente ao negócio, mediante análise substancial e global da operação realizada, o ato deverá ser considerado simulado (caráter artificioso da operação). A não efetivação de efeitos característicos do contrato é forte indício de simulação.

Isso não implica, necessariamente, à ideia de que todo negócio jurídico empresarial deva possuir uma causa econômica, entendida de maneira similar a propósito negocial.

A teoria do propósito negocial aponta a necessidade de existir um motivo extrafiscal (negocial) para que a estruturação das atividades do contribuinte possa resultar numa redução do pagamento dos tributos devidos.

Ocorre que, além de não se encontrar positivado no ordenamento tal fundamento de desconsideração dos negócios jurídicos, a teoria tem sido desvirtuada desde sua concepção. Sobre o tema, é ver o que leciona Ramon Tomazela:

Entre as várias teorias que investigam os limites do planejamento tributário, posição de proeminência é reservada à teoria do propósito negocial, cujas bases teóricas fundamentais foram desenvolvidas pela jurisprudência norte-americana, a partir do julgamento do caso *Gregory v. Helvering*, de 1934, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou que as regras tributárias examinadas, aplicáveis às reorganizações societárias, exigiam, por meio de interpretação finalística, um propósito negocial. Em linhas gerais, a teoria do propósito negocial apregoa que a autoridade fiscal pode requalificar o ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte, na hipótese em que a sua intenção real e efetiva for evitar, reduzir ou retardar o pagamento de tributos, sem qualquer outro propósito econômico ou negocial. Assim, o ato ou negócio jurídico praticado com a principal finalidade de economizar tributos seria inoponível ao Fisco.

Ocorre que a teoria do propósito negocial foi desvirtuada desde a sua concepção original no emblemático julgamento do caso *Gregory v. Helvering*, que estava diretamente atrelada à interpretação finalística de normas jurídicas que abriam espaço para a investigação das razões para a realização do ato ou negócio jurídico. Isso porque a Seção 112 (g) do Revenue Act de 1928, ao tratar da distribuição de ações em reorganizações societárias ("distribution of Stock on Reorganization"), estabelecia que, em caso de distribuição de ações ou valores mobiliários de uma companhia para o seu adonisia, em conformidade com um plano de reorganização, nenhum ganho tributável deveria ser reconhecido pelo beneficiário. Assim, no caso enfrentado nos Estados Unidos, havia um dispositivo legal que mencionava expressamente que a distribuição das ações deveria ser realizada em conformidade com um plano de reorganização ("pursuant of a plan of reorganization"), o que, na visão da Suprema Corte, abriria espaço para a investigação do propósito negocial subjacente ao plano de reorganização societária, diferenciá-lo da mera transferência de ações, realizada fora do contexto de qualquer reorganização societária.

Essa deturpação da teoria do propósito negocial ocasionou o seu sucessivo enfraquecimento teórico ao longo do tempo, o que culminou com a positivação da análise da substância econômica nos Estados Unidos, a partir de critérios objetivos estabelecidos na Seção 7701 (o) do Internal Revenue Code, pelo Health Care and Education and Recôndito Act de 2010.

Disso decorre que a relevância atribuída à teoria do propósito negocial no direito tributário brasileiro, sobretudo no âmbito do Carf, não passa pelos filtros básicos que devem orientar qualquer recurso ao direito comparado, não apenas em razão de sua incompatibilidade com o sistema constitucional-tributário brasileiro, mas também em virtude de sua superação no seu próprio país de origem, os Estados Unidos.

De fato, a teoria do propósito negocial foi transposta para o direito brasileiro não apenas desvirtuada após um longo processo de desenvolvimento nos Estados Unidos, mas também sem a observância do direito constitucional brasileiro, que assegura a livre iniciativa e o direito à auto-organização dos negócios. Assim, no Sistema Tributário brasileiro, o planejamento tributário deve ser visto como um procedimento lícito, por meio do qual os contribuintes buscam formas legítimas para estruturar os seus negócios da forma que seja menos onerosa do ponto de vista tributário. Daí se dizer que a economia lícita de tributos se situa no campo do exercício regular dos direitos e da liberdade de praticar negócios jurídicos válidos e regulares, nos quais impera a adequada correspondência entre a forma e o conteúdo, sem artifício, manobra ou subterfúgio.

(TOMAZELA, Ramon. Consideração Econômica, Propósito Negocial e os Limites do Planejamento Tributário. In MARINHO NETO, José Antonino (Org.); LOBATO, Valter de Souza (Coord.). *Planejamento Tributário: pressupostos teóricos e aplicação prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2021).

Assim, entendo que será válido o negócio jurídico firmado que efetivamente alterar a realidade de modo compatível com os efeitos esperados de contrato da natureza daquele celebrado, ainda que a opção pela sua realização tenha se pautado tão somente na busca pela economia de tributos, e não em outro intuito (econômico ou pessoal) específico.

As razões subjetivas que culminaram na prática de determinado negócio jurídico não podem ser adotadas como critério para a análise de sua legitimidade. Análises pautadas exclusivamente em tal critério seriam eivadas de subjetivismo, maculando a segurança de todo o sistema jurídico, retirando-lhe a previsibilidade.

No Direito Brasileiro, a investigação de propósito negocial (*business purpose test*) deve ter a sua aplicação limitada a um critério para identificação de indícios (ou para afastar) de eventual simulação. Porém, jamais como fator suficiente e autônomo para a desconsideração (ou consideração) de um negócio jurídico que não esteja eivado desse ou de outros vícios.

Diante do exposto, conclui-se que os atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte, somente poderão ser desconsiderados ou requalificados pelo Fisco diante da comprovação de vício de existência ou de validade, observado o disposto no art. 149 do CTN, que restringe o seu âmbito de aplicação aos casos de fraude, dolo e simulação.

Caso o ato praticado pelo contribuinte esteja em conformidade com o ordenamento jurídico e seja real, sua conduta é lícita e como tal deve ser reconhecida pelo Estado,

carecendo justificativa para a desconsideração do negócio, ainda que este tenha sido praticado exclusivamente para fins fiscais.

Postas tais considerações, passo à análise do caso concreto.

4.2 DO CASO CONCRETO

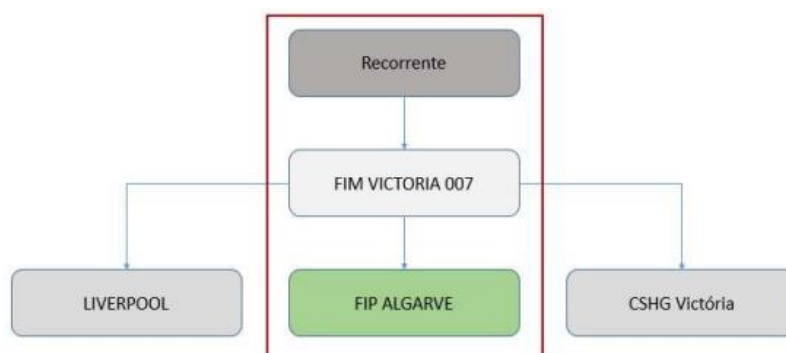
No caso, a autuação (Omissão/Apuração Incorreta de Ganho de Capital) sobreveio por entender a fiscalização que ocorreu simulação na venda de parte das ações das empresas ALIANÇA ADMINISTRADORA e GA CORRETORA para o grupo QUALICORP, mediante prévia transferência das ações detidas pelo recorrente para o FIP ALGARVE (em 10/12/2015), buscando *“dissimular o ganho de capital decorrente da venda das ações pela pessoa física, exonerando-se da incidência tributária”*.

Observa-se que, em 28/12/2015, o interessado transferiu suas cotas do FIP ALGARVE para o Fundo de Investimento Multimercado Victoria 007 Crédito Privado (FIM VICTORIA 007), também de sua propriedade. Ao final, alienou formalmente as ações da ALIANÇA ADMINISTRADORA e da GA CORRETORA às empresas do grupo QUALICORP em 03/10/2017.

No lançamento, o ganho de capital foi apurado contra a pessoa física do interessado, e não contra o FIP ALGARVE ou o FIM VICTORIA 007, que foram considerados como interpostas pessoas pela fiscalização.

As ações alienadas correspondiam a 25% remanescentes das ações originalmente adquiridas pela QUALICORP em 2012 e estava previsto em *“Acordo de Acionistas”*, firmado no mesmo ano, a opção de compra e venda da totalidade das ações detidas pelo recorrente após cinco anos contados da data da celebração do Acordo de Acionistas, prazo em que qualquer das partes poderia exigir, a seu critério exclusivo, a compra e venda.

A estrutura verticalizada, consolidada no momento da alienação das referidas ações, pode ser simplificada no seguinte organograma (e-fl. 4068 – Recurso Voluntário) :



Nesse sentido, a controvérsia consiste em verificar-se a ocorrência de simulação no presente caso.

Para afastar-se a simulação, deve haver consistência entre a forma legal exteriorizada, considerando as normas e características que regem os fundos de investimento, os aspectos societários e os fluxos financeiros, denotando assim compatibilidade dos atos jurídicos praticados formalmente com a realidade fática.

A não efetivação de efeitos característicos do instituto constitui simulação. Em outras palavras, tem-se caracterizada a dissimulação quando não se deseja alcançar a causa típica do negócio jurídico declarado.

4.2.1 FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (FIP)

O Fundo de Investimento em Participação (FIP) é um investimento em renda variável constituído sob a forma de condomínio fechado, em que as cotas somente são resgatadas ao término de sua duração ou quando é deliberado em assembleia de cotistas a sua liquidação.

Com relação à tributação dos fundos de investimento, cumpre ressaltar que havia a isenção do imposto de renda para todos os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos fundos nas operações com títulos, valores mobiliários e aplicações financeiras que compõem a sua carteira, o que foi alterado pela Lei n. 14.574/23, como se verá a frente.

Os FIP - Fundos de Investimento em Participações, por serem uma das espécies do gênero Fundos de Investimento, possuíam o benefício da isenção da carteira prevista na legislação. A tributação dos ganhos se daria quando do resgate ou amortização de cotas, conforme art. 2º da Lei n. 11.312/06

Por outro lado, a tributação dos rendimentos auferidos pelos cotistas dos FIP está prevista no art. 2º da Lei n. 11.312/06, nos seguintes termos:

Art. 2º Os rendimentos auferidos no resgate de cotas dos Fundos de Investimento em Participações, Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Participações e Fundos de Investimento em Empresas Emergentes, inclusive quando decorrentes da liquidação do fundo, ficam sujeitos ao imposto de renda na fonte à alíquota de 15% (quinze por cento) incidente sobre a diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição das cotas.

A norma tributária estipulou um regime específico de tributação para os ganhos obtidos por meio de Fundos de Investimento em Participações, optando por isentar a carteira dos fundos e tributar apenas os investidores. Dessa forma, o legislador permitiu que a tributação fosse postergada para o momento em que há a amortização, resgate, ou liquidação das cotas dos fundos, quando o investidor terá acesso aos ganhos. Cabe-se salientar que esse diferimento da tributação pode durar dois, cinco, dez, cinquenta anos, ou seja, adiando indefinidamente o pagamento do tributo.

O benefício do diferimento da tributação permite que os FIP realizem sucessivas transações dentro da sua carteira, indefinidamente, sem que os rendimentos ou ganhos de capital gerados sejam tributados imediatamente pelo IR. Por tal motivo, nos autos de infração lavrados pela Receita Federal do Brasil, destacam-se aqueles relacionados com o uso do FIP como ferramenta para planejamento sucessório ou patrimonial.

Como se observa, não havia tributação “come-quotas” no FIP. Isso foi alterado no final de 2023, com a entrada em vigor da Lei n. 14.574/23, que alterou as regras de tributação de aplicações em fundos de investimento no país.

Com base na referida lei, regulamentada pela Instrução Normativa RFB n. 2.166/23, os ganhos e rendimentos auferidos pelos investidores em Fundos de Investimento em Participação (FIP) são tributados apenas na distribuição de rendimentos, amortização, resgate ou alienação, não se aplicando a tributação periódica do come-cotas, desde que tais fundos cumpram a regulamentação vigente e sejam classificados como entidade de investimento, conforme conceito definido pelo CMN.

Como consequência da classificação como entidade de investimento, tais fundos não se sujeitam ainda à tributação do estoque de ganhos acumulados até 31 de dezembro de 2023 a 15% e a opção de antecipação à alíquota de 8%, prevista pela Lei n. 14.754/23, cujo pagamento da primeira parcela deveria ocorrer no dia 29 de dezembro de 2023.

Por outro lado, FIP classificado como não entidade de investimento estará sujeito à tributação periódica do come-cotas a partir de 2023 e à tributação do estoque acima referida.

O mesmo vale para os fundos de investimentos exclusivos, como é o caso do FIM VICTORIA 007, motivo pelo qual o recorrente peticionou a tributação antecipada, em 31/12/2023, do saldo dos rendimentos acumulados de seus fundos de investimento, nos termos do art. 27 e 28 da Lei n. 14.754/23 (e-fls. 4397 e seguintes) e juntando carta emitida pelo Itaú Unibanco S/A, atual administrador dos fundos em questão, informando o recolhimento, até aquele momento, de quatro parcelas de IRRF (e-fls. 4405/4408).

A disciplina jurídica atual dos fundos de investimento se fundamentava, a época do fato gerador, nos artigos 49 e 50 da Lei n. 4.278/65 – revogada pela Lei n. 14.574/23, que os qualificam como um condomínio cujo objetivo é a aplicação em títulos e valores mobiliários

Os FIPs são regulados pela Comissão de Valores Mobiliários, no exercício de sua competência prevista na Lei n. 6.385/76. O FIP ALGARVE, criado em 04/11/2015 pela administradora BTG Pactual Serviços Financeiros S.A. DTVM (fl. 3644/3649), teve sua constituição regida pela Instrução CVM n. 391/2003, que vigorou até a edição da Instrução CVM n. 578/16.

Com base no mencionado normativo, tem-se como características essenciais do Fundos de tal espécie, entre outras:

- Trata-se de comunhão de recursos (art. 2º ICVM 391/2003) ;

- Participar do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão (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 (art. 2º da ICVM 391/2003);

- Administração/gestão profissional (art. 9º, art. 10 c/c art. 4º, VII e art. 6º, II da ICVM 391/2003).

Cabe, portanto, adentrar as nuances fáticas da operação engendrada, verificando a sua regularidade e atendimento aos contornos jurídicos conferidos ao FIP pela legislação. Não analisando só o resultado e a legalidade de cada elemento da estrutura do planejamento tributário, mas verificando o resultado final, avaliando o quão “artificial” foi o caminho usado, a adequação com a finalidade da norma, e o propósito que levou aquela estrutura.

4.2.2 REGULARIDADE DO FIP ALGARVE E SIMULAÇÃO

Em seu recurso, defende, em tópico próprio, o contribuinte a regularidade da constituição de funcionamento do FIP ALGARVE. “*A administração do FIP seguiu as normas da CVM e foi realizada por instituições financeiras de primeira linha, com influência nas investidas em razão do Aditamento ao Acordo de Acionista*”.

Contudo alinho-me à conclusão alçada pela fiscalização e Procuradoria em suas Contrarrazões, no sentido de que existem requisitos que não foram preenchidos de forma suficiente.

Ao analisar as particularidades do caso concreto e dos atos engendrados, denota-se que os atos declarados estão em descompasso com as causas e características inerentes à forma jurídica escolhida, de modo que o instituto restou desnaturado, evidenciando, portanto, a dissimulação.

Inicialmente, deve-se observar que, quanto ao primeiro requisito “*comunhão de recursos*”, um mês após a criação do FIP, em 10/12/2015, o contribuinte integralizou 100,64353942 cotas, mediante a transferência da sua propriedade de 2.500 ações da GA CORRETORA e de 250.000 ações da ALIANÇA ADMINISTRADORA e 0,25646058 cotas subscritas em moeda corrente, tornando-se único cotista do FIP ALGARVE. O que evidencia o ínfimo fluxo financeiro.

O recorrente era o único cotista do FIM VICTORIA 007, o qual detinha exclusivamente o FIP ALGARVE, utilizando-se o recorrente das suas próprias participações societárias, já existentes, para a constituição do FIP, o que por si só já vai contra a lógica da “comunhão de recursos”.

Como enfatizado pelo próprio recorrente, existe a figura do fundo exclusivo, regulado pelo art. 130 da ICVM 555/2014, destinada especificamente para investidores qualificados, o qual possui regramento e características próprias, taxas e custos diferenciados.

Contudo, entendo que no caso a detenção do FIP ALGARVE por um único cotista, além de demonstrar que fundo foi constituído e utilizado de forma atípica, é apenas um dos indícios do artificialismo e desvio de finalidade, para justificar a desconsideração do modelo simulado.

Como se verá, isoladamente, legislações esparsas até aparentam regularidade, mas a análise deve ser global (“do filme”). Os fundos com um único cotista, constituído com participações societárias do grupo econômico já existentes, que não realizam novos investimentos (como o caso do FIP ALGARVE), não atende as finalidades “macro” do fundo de investimento que é ter pluralidade de cotistas, contribuindo com o aporte de recursos e assim captar volume suficiente para investir e fomentar o mercado. A concessão de benefício fiscal é justamente com o intuito de permitir esse tipo de operação e não ser usada em usos tão personalíssimos.

Assim, corrobora a ausência de comunhão de recursos, o fato de que não houve aporte ou novos investimentos após a constituição do FIP, o qual limitou-se a permanecer com a integralização descrita, em investimentos pré-existente, inclusive cuja venda já havia sido negociada.

Conforme consolidado na doutrina, a lógica da utilização dos fundos investimento em *private equity* é a aquisição de participação societária com potencial de crescimento, a geração de valor mediante a adoção de práticas de gestão mais eficazes e a alienação dessa participação com ganho de capital, mediante gestão profissional. No Brasil, A própria B3 reconhece:

O Fundo de Investimento em Participações (FIP) é uma **comunhão de recursos** destinados à aplicação em companhias abertas, fechadas ou sociedades limitadas, **em fase de desenvolvimento**. Cabe ao administrador constituir o fundo e realizar o processo de captação de recursos junto aos investidores através da venda de cotas.

O FIP é um investimento em renda variável constituído sob a forma de condomínio fechado, em que as cotas somente são resgatadas ao término de sua duração ou quando é deliberado em assembleia de cotistas a sua liquidação.

(...)

Busca-se criar valor para a companhia, **por meio do desenvolvimento de seu negócio**, bem como pela implementação de práticas de governança corporativa.

Fonte: https://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/negociacao/renda-variavel/fundos-de-investimento-em-participacoes-fip.htm

É de conhecimento público que a ALIANÇA ADMINISTRADORA e a GA CORRETORA não constituíam empresas incipientes. Já eram empresas consolidadas quando transferidas, por integralização, ao FIP ALGARVE.

Além de o processo de integralização de cotas ter ocorrido sem movimentação financeira, o FIP ALGARVE não realizou qualquer tipo de aporte nas companhias investidas, se limitou a arcar com despesas administrativas. Ou seja, não houve ingresso de investimentos em um empreendimento com vistas a seu desenvolvimento.

Indo além, ao analisar-se os autos verifica-se que o fundo foi empregado apenas como repositório dos ativos a serem alienados.

A operação de compra/venda das empresas ALIANÇA ADMINISTRADORA e da GA CORRETORA ocorreu em 3 etapas. Na primeira etapa, em 23/05/2012, foram adquiridas 60% das ações. Na segunda etapa, em 1/09/2014, foram adquiridas 15% das ações. E, finalmente, na terceira etapa, em 02/10/2017, foram adquiridas as ações remanescentes, correspondentes a 25% da participação acionária. É ver tabela do TVF que resume a operação (e-fl. 15):

Etapa de aquisição	Empresa adquirida	Preço de aquisição	Beneficiário	Pagador	Data	Forma de pagamento	Valor dos pagamentos efetuados
60%	Aliança Administradora de Benefícios de Saúde S.A.	R\$ 20.000.000,00	Elon Gomes de Almeida	Qualicorp Administradora de Benefícios S.A.	23/05/2012	Transferência bancária	R\$ 20.000.000,00
		R\$ 80.000.000,00			09/08/2012	Transferência bancária	R\$ 80.000.000,00
		Parcela remanescente cf. Cláusula 2.3, itens "iii" e "iv" do Contrato de Compra e Venda			01/04/2014	Transferência bancária	R\$ 10.000.000,00
	GA Consultoria, Administração e Serviços S.A.			Qualicorp Corretora de Seguros S.A.	02/04/2014	Transferência bancária	R\$ 41.795.858,85
15%	Aliança Administradora de Benefícios de Saúde S.A.	R\$ 131.750.000,00	Elon Gomes de Almeida	Qualicorp Administradora de Benefícios S.A.	01/09/2014	Transferência bancária	R\$ 59.500.000,00
					19/09/2014		R\$ 30.183.890,86
					01/10/2014		R\$ 42.647.864,13
	GA Consultoria, Administração e Serviços S.A.	R\$ 23.250.000,00		Qualicorp Corretora de Seguros S.A.	01/09/2014		R\$ 10.500.000,00
19/09/2014			R\$ 12.828.153,51				
25%	Aliança Administradora de Benefícios de Saúde S.A.	R\$ 231.151.753,31	Algarve Fundo de Investimento Elon Gomes de Almeida	Qualicorp Administradora de Benefícios S.A.	03/10/2017	Transferência bancária	R\$ 230.151.753,31
							GA Consultoria, Administração e Serviços S.A.
						R\$ 40.791.485,88	

Em 23/05/2012 o recorrente firmou contrato com o grupo Qualicorp tendo por objeto a alienação de 60% das ações da ALIANÇA ADMINISTRADORA e da GA CORRETORA. O contrato, não obstante, previa como condição para o fechamento do negócio de compra e venda a formalização de acordo de acionistas, tendo por objeto a negociação da totalidade das ações representativas do capital social das empresas. Nesse sentido, confira-se a cláusula 4.2, VII, do capítulo IV:

Capítulo IV

Fechamento

4.1 Fechamento. Sujeito ao atendimento satisfatório das Condições Precedentes, a consumação do negócio contemplado neste Contrato ("Fechamento") observado o disposto na Cláusula 110, ocorrerá no prazo de até 2 (dois) Dias

Úteis contados do atendimento ou confirmação da última das Condições Precedentes ("Data de Fechamento") na sede da Qualicorp Administradora.

4.2 Atos do Fechamento. Na Data de Fechamento, as Partes praticarão os seguintes atos, os quais deverão ser realizados, de acordo com as seguintes etapas:

(...)

(vii) celebração de acordos de acionistas tendo por objeto a totalidade das Ações, nos termos da minuta constante do Anexo 4.2 (vii)

Em 08/08/2012, as partes celebraram acordo de acionistas, contendo cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade (cláusula 13.3 – e-fl. 1754), tendo por objeto a negociação da totalidade das ações representativas do capital social das companhias investidas. A QUALICORP teria opção de compra e o recorrente a opção de venda dos 40% remanescentes após 5 anos do fechamento. É ver os exatos termos e (e-fls. 1745/1747):

Capítulo IX

Opção de Compra e Venda

9.1 Opção de Compra. Após o prazo de 5 (cinco) anos contados da presente data, a Qualicorp terá a opção de, a qualquer tempo a partir de referido prazo **e a seu exclusivo critério, exigir que Elon aliene para a Qualicorp 100% (cem por cento) das Ações detidas por Elon ("Opção de Compra")**, por meio de notificação enviada a Elon ("Notificação de Exercício da Opção de Compra") observado o disposto neste Capítulo IX.

9.2 Opção de Venda. Após o prazo de 5 (cinco) anos contados da presente data, Elon terá a opção de, a qualquer tempo a partir de referido prazo **e a seu exclusivo critério, exigir que a Qualicorp adquira 100% (cem por cento) das Ações detidas por Elon ("Opção de Venda")** por meio de notificação enviada à Qualicorp ("Notificação de Exercício da Opção de Venda"), observado o disposto neste Capítulo IX.

Em análise aos documentos, entendo que desde 2012 o grupo Qualicorp tinha a intenção de adquirir a totalidade das ações da ALIANÇA ADMINISTRADORA e da GA CORRETORA, e o recorrente, conseqüentemente, de aliená-las.

Inclusive, como consta das e-fls. 272/273, no mesmo dia em que firmado o Contrato de Compra e Venda a QUALICORP divulgou "fato relevante", comunicando ao mercado a aquisição de participação acionária em comento e informando que "a Companhia terá opção de compra e o vendedor a opção de venda dos 40% remanescentes após 5 anos do fechamento, respeitando as mesmas regras de avaliação estabelecidas em contrato, baseado em múltiplos de EBITDA, também em moeda corrente nacional".

Ou seja, desde 2012, já estava negociada a aquisição dos 40% remanescentes das companhias, inclusive com a fixação de prazo, bem como estabelecimento de regras para calcular

o preço da operação, prazo e forma de implementação (cláusulas 9.1 a 9.6 do acordo de acionistas).

Nesse particular, compulsando os autos, discordo da alegação do recorrente de que a venda em questão seria incerta, o que restaria evidenciado pelo fato de que *“o preço das ações seria calculado com base no EBITDA, o qual, se reduzido, implicaria perda para o FIP”*.

A existência de vinculação do preço a indicador variável, não afasta o fato de que os parâmetros e a forma do negócio já estavam consolidado desde 2012 (isto é, venda negociada e contratada), bastando apenas a manifestação de vontade de qualquer dos contratantes. O acordo previu tanto a “opção de compra” quanto a “opção de venda”, sendo o negócio vantajoso, necessariamente, para uma das partes.

A certeza do negócio, como consta do TVF (e-fl. 48), resta patente pela inclusão *“de ambas as cláusulas no acordo de acionista revela o animus tenendi, isto é, a intenção de ambos na efetivação da alienação das ações, o que certamente ocorreria bastando apenas a manifestação de vontade de uma das partes”*. Nesse caso, não tinham terceiros na operação, que poderiam, por exemplo, recusar-se a vender o negócio. As únicas partes envolvidas manifestaram a vontade certa de concluir o negócio de alienação, que poderia ser exigido exclusivamente por qualquer delas.

Corroborando isso as diversas cláusulas de bloqueio constantes no acordo de acionistas, que restringiam a possibilidade de transferência das ações por parte do recorrente. Como bem observou a autoridade fiscal, o acordo de acionistas, celebrado em 08/08/2012, continha diversas cláusulas de bloqueio, tais como *lock up*, direito de preferência, direito de venda conjunta e as já citadas “opção de compra” e “opção de venda” (e-fl. 50).

Contudo, a cláusula 6.2 previa expressamente que *“as restrições a transferência de ações previstas neste Acordo não serão aplicáveis às transferências realizadas (...) por ELON às sociedades ou fundo de investimento em participações (FIP) por ele controlados”* (e-fl. 132).

A própria cláusula já indicava que o recorrente pretendia transferir as ações que ainda eram de sua propriedade para um FIP com o objetivo de esquivar-se da tributação do ganho de capital na pessoa física. O que de fato ocorreu: a interposição do fundo se deu após estar já em curso o processo de compra e venda (integralização das cotas em 2015), depois de concluído o processo de negociação e inclusive, como visto, consolidada a negociação.

Além disso, conforme o *“Instrumento particular de integralização de cotas com reserva de usufruto e outras avenças”* (e-fls. 319/332), o recorrente cedeu a sua propriedade das ações, permanecendo, por meio da cláusula de usufruto, com o direito ao recebimento de dividendos e bonificações decorrentes da capitalização de lucros. Porém, transferiu, expressamente, *“o direito sobre a valorização das ações após a integralização das cotas”*.

O usufruto tinha prazo de encerramento em 2017, com previsão de extinção antecipada em 08/08/2017, exatamente quando transcorrido o prazo de cinco anos da celebração

do acordo de acionistas (08/08/2012), data em que a QUALICORP poderia exercer o direito de compra (e o recorrente de venda) das ações remanescentes, o que de fato ocorreu, tendo o negócio sido finalizado em 02/10/2017, com o FIP ALGARVE na condição de vendedor.

Em que pese não haver vedação legal expressa a cláusula de uso-fruto, como alega a recorrente, tais fatos evidenciam a intenção subjacente de manter-se os benefícios (e, inclusive, controle das ações), porém, claramente (e tão somente), alterar a sujeição passiva atinente ao ganho de capital na alienação das ações.

Insta mencionar, que existem diversas decisões deste Eg. Conselho em situações semelhantes, confirmando a desconsideração da participação do FIP. A jurisprudência administrativa, em linha com o exposto, fundamenta-se na premissa de que o FIP tem como finalidade a realização de novos investimentos e não a detenção e alienação de investimentos antigos dos cotistas fundadores, cuja negociação para a venda já estava em andamento. É ver, exemplificativamente:

FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES. FIP. DESNECESSIDADE. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

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.

(Acórdão n. 2401-011.388)

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.

(Acórdão n. 2301-005.929)

Observa-se, ainda, que, de fato, a dinâmica do mercado de investimentos implica eventualmente em venda de tais ativos para compra de outros. Porém, no caso dos autos, não restou demonstrado pelo recorrente que os recursos obtidos com a alienação foram utilizados pelo FIP ALGARVE, que foi transformado em SANTANDER FIEGA (Fundo de Investimento Multimercado), para a aquisição de participações societárias em outras empresas, por exemplo.

Isto é, não há comprovação nos autos do efetivo incremento patrimonial do fundo, mediante a diversificação e ampliação de investimentos efetuados pelo Fundo após a alienação, com utilização, inclusive, dos recursos obtidos.

Ao contrário, como admitido pelo próprio recorrente a transformação em FIM se deu pois o Fundo passou a deter “*grande volume de recursos financeiros*”, em detrimento de ações e outros títulos representativos de participação societária. Isso demonstra o abuso de forma, no sentido da utilização da estrutura de Fundos como mero veículo/depósito das cotas, com o objetivo de mover de forma artificial o ganho de capital para um regime mais benéfico de um FIP.

Quanto à efetiva participação dos fundos no processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, ocorreu apenas formalmente, com a celebração de Aditamento do Acordo de Acionistas executado entre o FIP ALGARVE e a QUALICORP em dezembro de 2015, em atendimento ao preconizado no art. 2º da ICVM 391/2003, vigente a época.

Contudo, tal constatação converge, ainda mais, para a existência de simulação e, inclusive, a correção do lançamento em relação à sujeição passiva, qual seja, a pessoa do recorrente.

Em que pese caber ao FIP ALGARVE indicar parte dos membros da Diretoria, durante o período da autuação, o Diretor Presidente foi o recorrente, o que consta inclusive do referido Aditamento do Acordo de Acionistas executado entre o FIP ALGARVE e a Qualicorp em dezembro de 2015.

Em decorrência da interposição dos Fundo de Investimentos, qualquer mudança no controle das empresas alienadas. O recorrente, que antes era detentor das ações, passou a deter, na prática, a totalidade das quotas do FIM VICTORIA, único cotista do FIP ALGARVE, o que se pode verificar, em resumo, diante dos seguintes pontos:

- a) O recorrente era único membro do comitê de investimento dos fundos e quem efetivamente definia os rumos dos empreendimentos (e-fl. 29) ;
- b) O recorrente era quem efetivamente geria os fundos, inclusive, por vezes, assinando como representante tanto do FIP ALGARVE quanto do FIM VICTORIA (e-fls. 101, 84/85 e 53);
- c) Inclusive, assinou sozinho, como representante do FIP ALGARVE, “Termo de Quitação” apresentado à QUALICORP.

Ou seja, o fundo não gozava de qualquer autonomia decisória, eram comandados pelo recorrente. Houve, formalmente, a mudança de titularidade das ações e a inclusão do FIP ALGARVE no Acordo de Acionistas. Porém, o controle dos empreendimentos e a efetiva “participação no processo decisório” permaneceu a cargo do recorrente. Isso soma-se aos demais indícios no sentido do caráter artificial da reestruturação promovida.

A gestão e participação das companhias alienadas eram realizadas diretamente pelo recorrente. O FIP não participava ativamente da direção da ALIANÇA ADMINISTRADORA e da GA CORRETORA, contrariando, do que preconiza a legislação de regência do FIP.

Ainda, a administração da carteira do fundo deve ser realizada por pessoa jurídica “autorizada pela CVM para exercer a atividade de administração de carteira de valores mobiliários”. É permitida a delegação para gestor habilitado para o exercício profissional de administração de carteira, e podem ser partilhadas com Conselho ou Comitê.

Contudo, em violação ao que dispõe a legislação e uma das características fundamentais dos fundos, entendo que restou comprovado nos autos que, na prática, a gestão dos fundos (FIP ALGARVE e do FIM VICTORIA 007), ficava a cargo, exclusivamente e prioritariamente, do recorrente.

Além de assinar documentos como representante dos fundos, como mencionado acima, o administrador do fundo precisava da autorização do recorrente para realizar atos relativamente simples, como consta do item (iv) da ata da reunião do comitê de investimentos, realizada por “conferência telefônica” (e-fls. 29/30):

(...)

(iv) todos os atos praticados a serem praticados pelo Administrador ou pelo Gestor, conforme o caso, para a efetivação do investimento nas Companhias Alvo e do Usufruto, inclusive, mas não se limitando, a assinatura de quaisquer instrumentos de investimento, termos de adesão a acordos de acionistas e/ou documentos e/ou livros societários das Companhias Alvo, em nome e por conta do Fundo.

Ainda, a falta de poder de decisão dos administradores do Fundo pode ser verificada da reunião realizada em 01/10/2017, na qual o recorrente, como único membro do comitê, deliberou (e-fls. 32/33):

Deliberações: Os membros do Comitê, aprovaram, por unanimidade de votos e sem qualquer restrições, **aprovar a celebração pelo Administrador**, em nome do Fundo, dos documentos necessários para a formalização dos atos e providências relacionados ao exercício, pela Qualicorp Administradora e Qualicorp Corretora, da opção de compra da totalidade das ações de emissão da Aliança Administradora e G.A. Corretora, prevista no Capítulo IX, do Acordo de Acionistas celebrado em 08 de agosto de 2012, especialmente, mas sem limitação, o Aditamento ao Acordo de Acionistas, Exercício de Opção de Compra e Outras Avenças, a Carta à Qualicorp Administradora e Qualicorp Corretora referente ao

balanço patrimonial das companhias investidas, e o termo de quitação à Qualicorp Administradora e Qualicorp Corretora.

Por fim, os membros do Comitê **autorizam o Administrador** a praticar todos os atos que se fizerem necessários para a implementação das deliberações aqui aprovadas. – grifou-se.

Como expõe o recorrente, as atividades de administração foram exercidas apenas por instituições de primeira linha no mercado, nomeadamente BTG Pactual e Santander, que cumpriam suas obrigações legais como manter as demonstrações contábeis do fundo, bem como seus demonstrativos de resultados.

O ponto é que, apesar de formalmente existir a figura do administrador, os poderes de administração não eram exercidos com independência, como preconiza as normas da CVM. Como demonstrado nos autos, os administradores do FIP não tinham poder de decisão sobre os rumos do negócio, que eram sempre decididos pelo recorrente.

A efetiva administração/gestão do patrimônio não foi transferida à profissional, contrariando a essência do instituto, bem como os arts. 9º e 10º da Instrução CVM n. 391/03.

Pelo exposto, resta evidente a artificialidade da operação engendrada pelo recorrente, mediante desnaturação do instituto jurídico relativo ao FIP (suas causas e características típicas) e desrespeito aos preceitos normativos que regem os fundos de investimentos, devendo ser desconsiderada a estrutura simulada.

4.2.3 REGULARIDADE DO FIM VICTORIA 007 E SUJEITO PASSIVO

Ocorre que, em que pese tais considerações tecidas acerca da irregularidade do FIP ALGARVE, como se viu, a estrutura verticalizada proposta pelo contribuinte não é apta a gerar a automática desconsideração do FIM VICTORIA 007.

Como se depreende do TVF (vide tópico '2' do presente voto), ao contrário do alegado pelo contribuinte, de fato a autoridade fiscal considerou também o FIM VICTORIA 007 pessoa jurídica interposta, efetivando o lançamento em nome da pessoa física do recorrente (sujeito passivo).

No caso dos Fundos de Investimento Multimercado (FIM), como os demais fundos de investimento, se configuram como uma *“comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros”* (art. 3º da ICVM n. 555/14, vigente à época). Também no caso do FIM, existe a exigência, prevista na legislação de regência, da figura do gestor/administrador profissional, atuando com independência (art. 78 e 92 da da ICVM n. 555/14).

Como pontuado acima, é evidente 100% dos empreendimentos adquiridos pelo FIP ALGARVE pertenciam originalmente ao recorrente, e, inclusive estavam em processo de alienação. O recorrente, por sua vez, era cotista exclusivo do FIM VICTORIA 007, que era o único cotista do FIP ALGARVE. O cotista (pessoa física) foi quem manteve a participação decisória na direção das

empresas, com poder decisório, retirando a independência dos fundos quanto às referidas empresas, conforme já demonstrado.

Foi o recorrente quem aprovou a celebração dos negócios pelo Administrador para a formalização do exercício da opção de compras da totalidade das ações das empresas e em diversas oportunidades assinava como representante do “acionista” FIP ALGARVE, ou substituía o principal investidor desse fundo, o FIM VICTORIA, “*demonstrando que os administradores e gestores dos fundos envolvidos jamais substituíram o contribuinte*” (e-fl. 84 do TVF).

Ou seja, a nova estrutura manteve, portanto, o mesmo formato de gerência, no que tange as empresas alienadas, desvirtuando a ideia de um verdadeiro Fundo de Investimento e evidenciando a intenção única de se valer da legislação tributária incentivada conferida a tal instituto.

Nesse sentido, o Termo de Verificação Fiscal jamais questionou a legalidade das operações consideradas isoladamente, seja o fato da criação anterior do FIM VICTORIA 007, a detenção de outros investimentos pelo FIM, as amortizações realizadas ou o cotista exclusivo ser previsto na legislação. Motivo pelo qual, inclusive, descabe aprofundar qualquer declaração pontual acerca do FIM VICTORIA 007.

O ponto é que, verificou-se, no contexto em que inserida a alienação das ações remanescentes das empresas, a pretensão de criar uma aparência distinta da realidade. Veja-se que não se trata de anular ou desqualificar o FIM VICTORIA em operações diversas a ora em referência (alienação à QUALICORP).

A operação, vista no todo, no que tange a alienação das ações das empresas em comento à QUALICORP, não usou caminhos lógicos, coerentes e típicos, considerando a legislação de regência e a natureza do instituto (Fundo de Investimentos), restando patente o uso de artificialidades para reduzir a carga tributária em operação de alienação de participação societária, cuja negociação estava em andamento.

Destaco nesse particular, que este Eg. Conselho já manteve diversas autuações em que o lançamento do ganho de capital obtido na alienação de participações foi efetivado em face de pessoas físicas, valendo-se de estruturas verticalizadas (PF>FIM>FIP), semelhantes a presente. Destaco trechos do Acórdão n. 2301005.932 (Caso Ypióca):

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.

As regras do CTN permitem afastar a estrutura simulada, o que inclui, com fim de alcançar os reais efeitos tributários e gerando, conseqüentemente, o lançamento em face da pessoa física do recorrente, real beneficiário do ganho de capital.

Entendo, inclusive, que a desconsideração da integralização das cotas do FIP ALGARVE, vez que simulada nos termos do exposto no tópico anterior, por si só, conduz a permanência das detenção das cotas empresas alienadas com o recorrente, sendo este o beneficiário do ganho de capital.

4.2.4 PROPÓSITO NEGOCIAL

Ainda, segundo o recorrente, havia propósito extrafiscal na adoção do FIP ALGARVE, *“qual seja, a consolidação do patrimônio e planejamento sucessório, profissionalização dos investimentos e proteção do patrimônio do Recorrente, especialmente em caso de sucessão”*. Como bem resumido pela decisão de piso:

Em abril de 2015, o interessado teria se divorciado de sua esposa, com quem foi casado por mais de 30 anos e com quem constituiu família. Considerando a experiência de ver seu patrimônio partilhado, somado à necessidade de administração profissional de seu patrimônio em caso de falecimento (vez que suas filhas não possuíam expertise necessária para administrá-lo) e ao histórico familiar de hipertensão e Alzheimer, o contribuinte constituiu o FIP ALGARVE com o objetivo de implementar sua organização patrimonial e sucessória.

Ademais, após o divórcio, o recorrente teria iniciado um novo relacionamento, que teria reforçado a importância e a necessidade da organização mencionada, especialmente para afastar eventual nova divisão/partilha de seu patrimônio. Nesse cenário, o contribuinte teria entendido que a utilização de um fundo de investimento mitigaria o risco de comunicação de bens adquiridos anteriormente ao novo relacionamento.

Em que pese o exposto, entendo que, em face às considerações tecidas, descabe à Julgadora avaliar a correção da forma declarada para o fim extratributário pretendido, vez que caracterizada a simulação. Eventual utilização para fins não tributários, não justificam estruturas e negócios artificiais (sem substância), com base no conceito civilista.

Não se trata de rechaçar ou impedir a escolha do contribuinte para eventual reorganização societária, inclusive, como exposto tal análise restaria dotada de subjetivismo.

Mesmo que se reconheça o propósito não tributário, este deve estar em consonância com a operação vista em sua integralidade. No particular, a alegação da existência de propósito negocial, por si só, não é apta a afastar o lançamento, vez que as provas juntadas autos, conforme tópico acima, sinalizam a artificialidade.

4.2.5 ERRO NA BASE DE CÁLCULO

De acordo com o recorrente, houve diversos erros na apuração da base de cálculo do ganho a ele atribuído.

4.2.5.1 ERRO NA APURAÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO

Inicialmente, alega o contribuinte a necessidade de reajuste do custo de aquisição das ações alienadas :

A fiscalização considerou que o custo de aquisição das participações na ALIANÇA e na GA CORRETORA seria o valor declarado pelo Recorrente em sua Declaração de Ajuste Anual do ano-base de 2015, “posição em 31/12/2014”, isto é, antes da integralização das cotas do FIP ALGARVE. Todavia, a integralização em questão, ocorrida em dezembro de 2015, foi realizada a valor de mercado (R\$100,7milhões), com base em laudo de avaliação da EY, tendo o Recorrente, inclusive, recolhido IR (R\$14,5milhões) sobre o ganho escritural que auferiu em tal ocasião (ganho este que foi devidamente informado em sua Declaração de Ajustes Anual de 2015). Assim, ainda que se afaste o FIP ALGARVE, a d. fiscalização não poderia ter optado por desconsiderar os efeitos tributários da integralização realizada em 2015 (i.e., majoração do custo de aquisição da ALIANÇA e da GA CORRETORA), havendo patente erro na apuração do custo de aquisição das participações.

Quanto ao ponto, alinho-me a conclusão da DRJ, no sentido de que tratando-se a transferência das ações para o FIP ALGARVE de negócio simulado, como constatado pela DRJ, não há efeito relativo a essa transação para fins de determinação do custo de aquisição das ações. Assim, *“Considera-se custo dos bens ou direitos o valor de aquisição expresso em reais, que é exatamente aquele que constava da DIRPF/2016, ano-calendário 2015, como apontou a fiscalização”*.

Contudo, para manter-se a legalidade do lançamento, afastando-se a alegada bitributação, entendo que deve ser aproveitado o valor comprovadamente (e-fls. 140/162, 438/439, 751/752, 913/914 e 3963/3965) pago pelo contribuinte a título de IRPF quando da integralização das cotas do FIP ALGARVE, nos termos do art. 1º da Lei n. 13.043/14.

4.2.5.2 ERRO NA APURAÇÃO DO VALOR DE ALIENAÇÃO

Ainda, sustenta o recorrente que houve erro na apuração do ganho de capital decorrente da alienação das ações da ALIANÇA, mediante a inclusão do montante de R\$1.000.000,00 pago ao recorrente a título de “obrigação de não concorrência”:

Erro na apuração do valor de alienação: além do acima, há erro também no valor de alienação atribuído às ações da ALIANÇA, pois a d. fiscalização incluiu em tal valor rendimento pago ao Recorrente em 2017, a título de não-concorrência, o qual foi devidamente tributado pelo Recorrente de acordo com a tabela progressiva, inclusive porque, dada sua natureza de obrigação de fazer, nem por

hipótese referido rendimento poderia ser submetido à apuração de ganho de capital;

O Aditamento ao Acordo de Acionistas, Exercício de Opção de Compra e Outras Avenças atribuiu à obrigação de não-concorrência o valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), a ser deduzido do valor do Preço da Opção a ser pago ao FIP.

3.4.1 Preço da Obrigação de não concorrência. À obrigação de não concorrência assumida pelo Elon nos termos da Cláusula 3.4 acima e da Cláusula 6.1 abaixo foi atribuído o montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o qual será deduzido do valor do Preço da Opção a ser pago ao FIP com relação à aquisição das ações da Aliança Administradora em moeda corrente nacional e pago diretamente ao Elon na conta corrente indicada no Anexo 9.5. do Acordo de Acionistas.

Como se verifica dos autos, os comprovantes de pagamento fornecidos pela QUALICORP no curso da fiscalização (e-fls. 1.821/1822) demonstram que foram realizados dois pagamentos (e-fl. 4190), na data de 03/10/2017: (i) R\$ 230.151.753,31 para o FIP ALGARVE e (ii) R\$ 1.000.000,00 para o recorrente.

Ainda, ao contrário do que argumenta o recorrente, o montante não foi devidamente declarado e tributado pelo contribuinte, com base na tabela progressiva do imposto de renda.

Na Declaração de Ajuste Anual relativa ao ano-base de 2017 não consta o valor de R\$1.000.000,00 nos “Rendimentos Tributáveis Recebidos de Pessoa Jurídica” (e-fls. 180). Como pontuado pela DRJ, consta apenas a *“informação de rendimentos recebidos de pessoas físicas e do exterior pelo titular, no valor de R\$ 1.000.000,00, que não pode ser relacionada de qualquer forma ao rendimento pago pela pessoa jurídica QUALICORP ADMINISTRADORA, que pagou ao interessado”* (e-fl. 181).

Não obstante a discussão acerca da tributação de tais valores, o ponto é que os pagamentos realizados têm natureza distinta, conforme previsão contratual acima colacionada.

Como exposto pelo recorrente, o ganho de capital é apurável em operações que impliquem alienação de bens ou direitos. Por outro lado, a não-concorrência, trata-se uma obrigação de fazer (ou não-fazer), de natureza completamente distinta. O valor recebido como contraprestação a uma obrigação de fazer, por definição, não pode estar sujeita à tributação como ganho de capital.

Por todo exposto, deve ser excluído o referido montante de R\$1.000.000,00, pago a título de não-concorrência, do valor de alienação das ações da ALIANÇA.

4.2.5.3 AMORTIZAÇÕES REALIZADAS PELO FIM VICTORIA 007

Por fim, requer que *“os valores de IR já recolhidos pelo administrador do FIM quando das amortizações realizadas pelo Recorrente, relativamente à operação de venda da*

ALIANÇA e GA CORRETORA, sejam abatidos do suposto ganho imputado pela d. fiscalização ao Recorrente”. É ver:

Erro na desconsideração de ganhos já tributados em 2017, 2022 e 2023: por fim, entre 2017 e 2023, o Recorrente realizou amortizações parciais das cotas do FIM VICTORIA 007, ocasião em que recolheu IR relativamente ao ganho originado pelo FIP ALGARVE com a venda da ALIANÇA e da GA CORRETORA. O IR pago quando das amortizações foi, respectivamente, de R\$3,6mihões, R\$13,5milhões, R\$ 13,6milhões e R\$ 11,7milhões, sendo que a primeira amortização foi inclusive informada durante o curso da fiscalização. Todavia, as d. autoridades fiscais não abateram o ganho já tributado do ganho imputado ao Recorrente, o que demonstra mais um equívoco na apuração da base de cálculo e no valor de IR lançado. Inclusive, embora a DRJ não tenha analisado a documentação que suporta o recolhimento do imposto, ela entende que, havendo comprovação do recolhimento, tal imposto deveria ser deduzido do valor auçado.

Contudo, não assiste razão o recorrente.

A tributação nas amortizações ou resgates, refere-se a outro fato gerador, não sendo o mesmo que trata o presente lançamento (é nesse sentido a jurisprudência deste CARF, exemplificativamente, acórdãos n. 2401-011.388, 2401-006.611 e 2301005.932). Inclusive destaca-se que, detendo o FIM VICTORIA 007 outros investimentos, os rendimentos auferidos pelo cotista podem ter origem outras empresas (e-fl. 4073).

Nesse sentido, resta prejudicado o pedido de *“diligência junto ao administrador do fundo para que confirme os valores já recolhidos”*, vez que desnecessário para a solução da lide.

A julgadora não possui competência para determinar o abatimento do IR já recolhido nas amortizações, bem como que *“o FIM ajuste seus controles para alterar o custo histórico da operação, de R\$100.643.539,42 para R\$271.943.239,19 (valor de venda atribuído pelo auto de infração ao Recorrente)”* ou que *“o prazo para a restituição deve ser contado a partir do encerramento do presente processo administrativo”*.

5 QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

Quanto à multa qualificada (150%), o recorrente requer a redução nos seguintes termos:

Por fim, na hipótese de o auto não ser cancelado pelos motivos acima (o que se admite por argumentação), deve haver redução da multa qualificada aplicada (150%), pois não houve no caso qualquer ato que representasse *“sonegação, fraude ou conluio”*. Inclusive, a fiscalização não aponta qualquer ato ilícito ou conduta dolosa do Recorrente, tendo todas as operações sido realizadas com transparência e em conformidade com a legislação. No limite, se mantida a

qualificação, o valor da multa deve ser reduzido ao patamar de 100% do tributo devido dada o caráter confiscatório da multa de 150%.

No que diz respeito à aplicação da multa de ofício, a legislação vigente dispõe da seguinte forma (artigo 44 da Lei n. 9.430/96 e artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502/64):

Lei n. 9.430/96 Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Lei nº 10.892, de 2004, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004 com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) (...)

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

Lei nº 4.502, de 1964 Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária: I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

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

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

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que as condutas nele estabelecidas pressupõem sempre a intenção (dolo) de causar dano à Fazenda Pública, num propósito deliberado de se subtrair no todo ou em parte uma obrigação tributária.

Contudo, ao contrário do alegado pelo recorrente, verifica-se, no caso concreto, a presença dos pressupostos para a qualificação da multa.

Diante dos fatos apurados e comprovados pela fiscalização, e já expostos neste voto, ficou evidente a simulação. De fato, simulação e fraude (conduta apta a ensejar a qualificação a multa), são conceitos distintos. Concordo que, em determinadas e específicas hipóteses, o dolo existente na simulação pode não estar dirigido às condutas tipificadas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502/62.

Não obstante, como demonstrado à sociedade no decorrer do presente voto, entendo que no caso a redução/isenção da tributação pelo IRPF fez parte da “*causa simulandi*”,

isto é, foi planejado, restando, portanto, correta a qualificação da multa. É nesse sentido o TVF (e-fl. 136):

Neste caso é inconteste, no plano dos fatos, o comportamento irregular do contribuinte Elon Gomes de Almeida **ao interpor o fundo de investimento em participações ALGARVE na figura de nu-proprietário de suas ações, transferindo os ganhos decorrentes da valorização das ações quando de sua alienação.** Não houve qualquer motivação econômica ou propósito negocial na integralização de cotas com transferência das ações das empresas investidas, com reserva de usufruto, para essa estrutura-filtro. Assim, **o objetivo do estratagema adotado, consistente na simulação da venda das ações pelo fundo de investimento, mediante prévia transferência de suas ações para esse fundo, foi dissimular o ganho de capital decorrente da venda das ações pela pessoa física, exonerando-se da incidência tributária.**

Há, portanto, um planejamento que viola a legislação tributária na medida em que visa constituir relação jurídica simulada, utilizando-se de pessoa jurídica fictamente interposta, no caso um fundo de investimento, como manto protetor à tributação da pessoa física. – grifou-se.

O dolo também restou enfatizado pela DRJ, nos seguintes termos – trecho com o qual concordo e transcrevo:

O contribuinte interpôs os fundos de investimento, em participações ALGARVE, mediante a transmissão da nua-propriedade das ações, transferindo os ganhos decorrentes da valorização das quando de sua alienação. **O contribuinte já era o único sócio do FIM VICTORIA 007 e não tinha necessidade de adquirir as cotas do FIP ALGARVE, fazendo-o tão somente para “distanciar” a pessoa física das operações. O objetivo da ação adotada, consistente na simulação da venda das ações pelo fundo de investimento, mediante prévia transferência de suas ações para esse fundo, foi dissimular o ganho de capital decorrente da venda das ações pela pessoa física, exonerando-se da incidência tributária.**

Houve simulação, também, da transferência dos direitos políticos das companhias emissoras, enquanto o interessado assegurou e manteve o poder decisório nas duas empresas, bem como o total controle de ambos os fundos utilizados como interpostas pessoas, que não tiveram qualquer outra utilidade ou atuação real, senão a de distanciar o fato gerador da obrigação tributária do verdadeiro sujeito passivo – o interessado – e, no caso do FIM VICTORIA 007, figurar, ostensivamente, como titular da nua propriedade das ações e, portanto, como o suposta beneficiário do ganho de capital na alienação dos papeis. – grifou-se

Analisando o conjunto de operações e suas particularidades, denota-se a intenção dolosa de impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal (art. 72 da legislação acima colacionada). Isso resta evidenciado pelo fato de que a estrutura adotada, além de desnaturar as causas e efeitos típicos dos Fundos de Investimentos, manteve-se, na prática, similar à configuração anteriormente existente, com o

recorrente sendo nu-proprietário das ações, no controle dos fundos interportos e permanecendo com o poder decisório relativo às empresas que já estavam em processo de alienação. A evasão resta evidente, constituindo o efeito (isenção pelo FIP e não recolhimento do IRPF) parte da causa simulatória.

Ou seja, ilicitamente, buscou-se reduzir a carga tributária, impedindo que o fato gerador do ganho de capital na alienação de participação societária pela pessoa física do recorrente, ou, no mais, retardando a ocorrência para quando ocorresse a amortização pelos Fundos.

Pelo exposto, entendo que deve ser mantida a qualificação da multa de ofício.

5.1 RETROATIVIDADE BENIGNA

Entretanto, apesar da improcedência dos argumentos levantados pelo recorrente, verifica-se que o art. 44 da Lei n. 9.430/96 foi alterado pelo art. 8º da Lei n. 14.689/23, passando a ter a seguinte redação:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será majorado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, e passará a ser de:

VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício;

VII – 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício, nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 1º-A. Verifica-se a reincidência prevista no inciso VII do § 1º deste artigo quando, no prazo de 2 (dois) anos, contado do ato de lançamento em que tiver sido imputada a ação ou omissão tipificada nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, ficar comprovado que o sujeito passivo incorreu novamente em qualquer uma dessas ações ou omissões.

Como se vê, a alteração legislativa promovida estabelece que a multa qualificada deverá ser lançada no montante de 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício. A multa de 150% passa a ser aplicável apenas nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo.

Nos termos do art. 106, II, “c”, do CTN a lei nova aplica-se a ato ou fato pretérito, no caso de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a

prevista na lei vigente à época da prática da infração. É nesse sentido o que determina, inclusive, o Parecer SEI n. 3950/2023/MF.

Deste modo, deve-se aplicar a retroação da multa da Lei n. 9.430/96, art. 44, § 1º, VI, reduzindo-a ao percentual de 100% (cem por cento).

6 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso, para (i) autorizar o aproveitamento do montante de R\$ 14.498.270,94 pago a título de ganho de capital; (ii) excluir o montante de R\$1.000.000,00, relativo à não-concorrência, do valor de alienação das ações da ALIANÇA e (iii) reduzir a multa de ofício qualificada ao percentual de 100% (cem por cento).

Assinado Digitalmente

Angélica Carolina Oliveira Duarte Toledo