



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

**Processo n°** 11080.727080/2013-41  
**Recurso n°** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão n°** 2201-002.760 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 26 de janeiro de 2016  
**Matéria** IRPF  
**Recorrentes** GERVAL INVESTIMENTOS LTDA  
FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF**

Exercício: 2009, 2010

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. HIPÓTESES DE IMPUTAÇÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

A imputação de responsabilidade solidária por crédito tributário só pode ocorrer nas hipóteses e nos limites fixados na legislação, que a restringe às pessoas expressamente designadas em lei e àquelas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. No caso de retenção exclusiva na fonte a responsabilidade é apenas da fonte pagadora, ainda que ela não tenha retido o imposto.

FUNDOS E/OU CLUBES DE INVESTIMENTO. RESGATE DE QUOTAS. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

Tratando-se de fundos de investimento cujo cálculo do imposto de renda ocorre no resgate de quotas, descabe falar em decadência do direito de se constituir o crédito tributário, em relação à operação de contabilização das ações bonificadas recebidas.

AÇÕES BONIFICADAS. CLUBES DE INVESTIMENTO. RECÁLCULO DAS QUOTAS. IMPOSSIBILIDADE.

As ações bonificadas recebidas não afetam o valor do patrimônio dos Clubes de Investimento, portanto não pode servir de lastro para emissão de novas quotas.

CLUBES DE INVESTIMENTO. PERSONALIDADE JURÍDICA PARA FINS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE.

Embora o Código Civil de 2002 não atribua ao condomínio a forma de pessoa jurídica, por ser entidade jurídica incorpórea, assim como o espólio, a massa falida e o condomínio horizontal, para fins tributários, deve-se imputar-lhe personalidade jurídica.

**JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.**

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: a) Quanto ao Recurso de Ofício: Por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso; b) Quanto ao Recurso Voluntário: Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso. Realizou sustentação oral pela contribuinte o Dr. João Francisco Bianco, OAB/SP 53.002. Realizou sustentação oral pela Fazenda Nacional o Dr. Arão Bezerra Andrade, OAB/CE 28.335.

*Assinado Digitalmente*

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Presidente.

*Assinado Digitalmente*

EDUARDO TADEU FARAH - Relator.

EDITADO EM: 20/02/2016

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR (Presidente), EDUARDO TADEU FARAH, IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO, MARIA ANSELMA COSCRATO DOS SANTOS (Suplente convocada), CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, MARCELO VASCONCELOS DE ALMEIDA, CARLOS CESAR QUADROS PIERRE e ANA CECILIA LUSTOSA DA CRUZ.

## **Relatório**

Trata o presente processo de lançamento de ofício relativo ao Imposto Sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), anos-calendário 2008 e 2009, consubstanciado no Auto de Infração, fls. 02/08, pelo qual se exige o pagamento do crédito tributário total no valor de R\$ 12.907.683,63, calculados até 07/2013.

A fiscalização apurou majoração indevida dos custos do investimento e, conseqüentemente, apuração a menor do IRRF incidente sobre os ganhos auferidos nos resgates de quotas. A autoridade fiscal lavrou Termo de Sujeição Passiva Solidária em nome de Germano Hugo Gerdau Johannpeter.

Cientificada do lançamento, a Gerval Investimentos Ltda apresentou impugnação em 02/08/2013 (fls. 1124/1156), acompanhada de documentos (fls. 1157/1235), alegando, conforme se extrai do relatório de primeira instância, *verbis*:

*Na descrição dos fatos, afirma que o procedimento contestado pela Fiscalização consistiu na transferência direta de ações bonificadas dos clubes de investimento para os seus cotistas, e não o recebimento das ações diretamente pelos clubes, uma vez que estes têm a natureza de condomínios. Recebidas as ações pelo cotista (que declarou o respectivo montante na sua DIRPF*

*como rendimento isento, nos termos do artigo 10, parágrafo único da Lei nº 9.249/95), este em seguida as utilizou na integralização de novas cotas emitidas pelos clubes.*

*Em sede de preliminar, alega a ocorrência de decadência, uma vez que a Fiscalização, ao calcular e cobrar o IRRF, considerou que o aspecto temporal da hipótese de incidência do imposto seria o momento dos resgates das cotas, e não as datas de recebimento das ações bonificadas pelos cotistas. Ao seu ver, o que se está exigindo é o imposto sobre as próprias bonificações (e não sobre o ganho auferido quando do resgate das cotas), considerando tais rendimentos como tributáveis - já que deixou de aplicar a isenção prevista no artigo 10, parágrafo único da Lei nº 9.249/95.*

*Sendo assim, deveria o Fisco ter lançado o imposto por ocasião do pagamento das ações bonificadas (13.04.2006 e 13.06.2008), o que, no entanto, não mais era possível, tendo em vista o decurso do prazo previsto no artigo 150, §4º do CTN. Para as bonificações recebidas em 13.04.2006, a decadência ocorreria, ainda que se considere a contagem do artigo 173, I.*

*Cita decisão do antigo Conselho de Contribuintes (acórdão nº 1047-18701, de 18.04.2002) no sentido de que o custo de aquisição de determinado ativo não pode ser contestado pelo Fisco, se ultrapassado o prazo de cinco anos.*

*Além disso, segundo o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7, de 24.05.2007, o fato gerador do IRRF ocorre quando do aporte ou da integralização de valores mobiliários em clubes de investimento, incidente sobre o ganho de capital derivado da diferença positiva entre o valor de mercado dos ativos aportados e o respectivo custo de aquisição.*

*Desta forma, o Fisco deveria ter exigido o IRRF supostamente incidente no aporte das ações bonificadas nos clubes de investimento, o que, porém, também não mais poderia fazer, já que as bonificações foram integralizadas em 13.04.2006 e 13.06.2008.*

*Conclui que o direito de lançar o crédito tributário encontrava-se decaído na data da notificação da lavratura do auto de infração (09.07.2013), quer se considere ocorrido o fato gerador do IRRF quando do recebimento das ações bonificadas pelo cotista, quer se considere a sua ocorrência no momento da integralização das bonificações nos clubes de investimento.*

*A autuada combate o lançamento também no mérito.*

*Observa que os clubes de investimento constituem condomínios integrados por pessoas físicas com vistas à aplicação de recursos comuns em títulos e valores mobiliários, e por isso não têm personalidade jurídica, e seus cotistas detêm, em copropriedade, os títulos e valores mobiliários integrantes da sua carteira ou do seu patrimônio. Por não terem personalidade jurídica, os clubes (bem como os fundos de investimento) são, em*

*sua maioria, entidades não sujeitas à tributação pelo IRPJ, CSLL, PIS ou COFINS, já que o sujeito passivo destes tributos é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada (é o caso, como exceção, dos fundos de investimento imobiliário, conforme o artigo 2º da Lei nº 9.779/1999). O artigo 28, parágrafo 10, "a" da Lei nº 9.532/97, combinado com o artigo 33 da mesma lei, reconhece que o fundo ou clube de investimento não são contribuintes de impostos e contribuições. Apenas os rendimentos e ganhos auferidos pelos cotistas é que sofrem a incidência do imposto de renda.*

*No caso, portanto, os cotistas dos clubes Comitê, Jota, PB e Triplo não perderam a titularidade dos títulos e valores mobiliários que passaram a integrar a carteira dos clubes, mas apenas conferiram a eles, ou ao seu administrador - a impugnante - os poderes de gestão dos bens. Pertencem aos cotistas também, por conseguinte, os produtos, frutos, proventos ou rendimentos da coisa em comum.*

*O Parecer CVM/SJU nº 102, de 23.09.1983, inclusive, assevera que são os cotistas que participam do mercado de capitais, por meio de um representante legal do condomínio. Assim, conquanto o clube de investimento figure nas negociações de mercado, ele o faz na qualidade de representante de seus cotistas. O fato de os registros constantes dos livros de ações ou dos controles de instituições financeiras fazerem menção aos clubes, e não aos cotistas, se explica pela legitimação conferida ao representante do condomínio, nos termos do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76, como explicitado naquele Parecer.*

*Desta maneira, a impugnante entende ser incorreta a afirmação da fiscalização de que os acionistas das empresas que promoveram as bonificações são os clubes de investimento, e que não há autorização para transferência direta de ações bonificadas pelos clubes aos cotistas.*

*Ao seu ver, as ações bonificadas, tais como os dividendos e os juros sobre o capital próprio, constituem disponibilidades, cuja transferência aos cotistas é admitida pelo ordenamento jurídico, dada a natureza condominial do clube de investimento, e por isso não é correta a afirmação do autuante de que apenas os dividendos e juros sobre o capital próprio representam novas disponibilidades de recursos, aptos a serem reaplicados ou entregues diretamente aos cotistas. A regulamentação dos clubes de investimento, apesar de não autorizar expressamente a transferência direta das ações bonificadas, tampouco a impede.*

*Os estatutos sociais dos clubes Comitê, Jota, PB e Triplo determinavam que os frutos, produtos ou rendimentos dos títulos e valores mobiliários deveriam ser reinvestidos nos clubes, o que foi feito pelos cotistas, quando receberam as bonificações e, ato contínuo, integralizaram-nas nos clubes.*

*Sendo assim, legítimo o procedimento do cotista de declarar como isentos os valores recebidos a título de ações bonificadas, e, ao reinvestir as ações nos clubes de investimento, não houve*



*de outros documentos. Informa que a matéria objeto da impugnação não foi submetida à apreciação judicial..*

Por sua vez, o responsável solidário apresentou impugnação em 02/08/2013 (fls. 1101/1109), acompanhada de documentos (fls. 1110/1123), alegando, conforme se extrai do relatório de primeira instância, *verbis*:

*Afirma que não foram os clubes de investimento que receberam as ações bonificadas, ao contrário do que aduzem os autuantes, mas que houve uma transferência direta de ações bonificadas dos clubes para os seus cotistas, o que é consentâneo com a sua natureza condominial. Por ter recebido ações bonificadas, declarou em sua DIRPF o respectivo montante no campo reservado para os "rendimentos isentos e não tributáveis", por conta da isenção prevista no artigo 10, parágrafo único da Lei nº 9.249/95. Ato contínuo, utilizou as ações bonificadas na integralização de novas cotas, emitidas por cada um dos clubes de investimento.*

*Argumenta que o artigo 124, I é inaplicável ao presente caso, pois o mero benefício econômico não é motivo suficiente para a atribuição de solidariedade. Segundo entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, o interesse comum a que alude o artigo diz respeito ao fato gerador da obrigação tributária, ou seja, apenas fica caracterizado nas situações em que pessoas figurem em um mesmo polo na relação jurídica descrita hipoteticamente em lei como fato gerador de determinado tributo. É o caso, por exemplo, dos condôminos de um imóvel, em relação ao IPTU incidente sobre aquela propriedade.*

*Cita neste sentido decisão do STJ no Recurso Especial nº 859.616-RS, de 18.09.2007, bem como diversas decisões do CARF (acórdãos nº 1202-00030, de 12.05.2009; 1402-001.237, de 06.11.2012; 1302-000.960, de 08.08.2012).*

*A atribuição de solidariedade também afrontou o Parecer Normativo nº 1/2002, que nos seus parágrafos 8 a 10 espousa o entendimento de que na retenção exclusiva na fonte subsiste a responsabilidade exclusiva da fonte pagadora ainda que ela não tenha retido o imposto.*

*Caso se admita como válida a atribuição de responsabilidade solidária, praticamente em todos os casos, se não em todos, que envolvem retenção exclusiva na fonte, o contribuinte seria responsável solidário, pois o não recolhimento do imposto pela fonte pagadora lhe beneficiaria economicamente.*

*Requer o cancelamento do Termo de Sujeição Passiva Solidária. Se mantido, requer o cancelamento da exigência fiscal de IRRF, pelas mesmas razões da defesa apresentada pela Gerval Investimento em sua peça impugnatória, à qual se reporta e cujas razões devem ser consideradas parte integrante da sua impugnação.*

A 1ª Turma da DRJ em São Paulo/SPOI julgou improcedente a impugnação de Gerval Investimentos Ltda, e procedente em parte a impugnação de Germano Hugo Gerdau Johannpeter, conforme ementas abaixo transcritas:

*CLUBES DE INVESTIMENTO. RECEBIMENTO DE AÇÕES BONIFICADAS. CUSTO DE AQUISIÇÃO.*

*Não obstante o caráter condominial dos clubes de investimento, são os próprios clubes que recebem ações bonificadas distribuídas pelas companhias em decorrência do aumento de capital social por incorporação de lucros ou reservas, e não os seus cotistas. Da mesma forma, a regra que determina considerar como custo de aquisição da participação o valor do lucro ou reserva capitalizado é aplicável na apuração do ganho líquido obtido pelo próprio clube.*

*RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.*

*Nos termos do Parecer Normativo nº 1/2002, no caso de retenção exclusiva na fonte a responsabilidade é apenas da fonte pagadora, ainda que ela não tenha retido o imposto.*

*Impugnação Procedente em Parte*

A conclusão a decisão de primeira instância foi no seguinte sentido:

*... voto pela procedência parcial da impugnação de Germano Hugo Gerdau Johannpeter, para afastar a responsabilidade tributária a ele atribuída, e pela improcedência da impugnação da Gerval Investimentos, mantendo o crédito tributário.*

*(...)*

Diante do valor exonerado, os autos foram encaminhados a este Conselho por força do recurso necessário, na forma do art. 34 do Decreto nº 70.235/1972 e alterações introduzidas pela Portaria MF nº 3, de 2008.

Intimada da decisão de primeira instância em 10/03/2014 (fl. 1270), a autuada apresenta Recurso Voluntário em 08/04/2014 (fls. 1275/1322), sustentando, essencialmente, os mesmos argumentos defendidos em sua impugnação.

A Fazenda Nacional apresenta às fls. 1328/1344 contrarrazões ao recurso voluntário alegando, em síntese, *verbis*:

*II.1. Matéria prejudicial arguida pelo contribuinte. Da inocorrência de decadência.*

*Como se observa, o enunciado normativo elege claramente como critério temporal da hipótese de incidência o resgate das cotas, não o recebimento de qualquer bonificação. Com efeito, não se pode eleger as datas das bonificações como critério temporal, por absoluta falta de compatibilidade com o preceito legal em exame.*

*Justamente porque o termo inicial da decadência leva em consideração a ocorrência do fato gerador, não há nesse ponto qualquer influência da data em que foram contabilmente apropriadas as bonificações.*

*Isso porque a figura da “glosa” não se submete à decadência. O que se submete a prazo decadencial é o lançamento. Diga-se de passagem, observe-se que os julgados colacionados pela Recorrente, além de antigos, dizem respeito a IRPJ e não a IRPF ou IRRF.*

*(...)*

*II.2. Das ações bonificadas recebidas pelos clubes de investimento.*

*Como se observa, então, não houve substrato patrimonial para a chamada “bonificação em quotas”, de modo que este aumentou indevidamente o custo de aquisição do investimento dos cotistas e reduziu o ganho de capital e a respectiva tributação.*

*A explicação também consta da autuação: a distribuição de novas cotas, houve também a redução do valor patrimonial de cada cota. Dessa forma, não havendo ingresso de riqueza nova, não pode haver aproveitamento das novas cotas como custo. Diga-se de passagem, a própria Recorrente admite essa circunstância em suas petições.*

*II.3. Inaplicabilidade do artigo 10, parágrafo único, da Lei nº 9.249/95 aos cotistas de clubes de investimento.*

*Como se observa, o lote de ações em condomínio pode ser livremente dividido entre os condôminos. Já no caso de clubes de investimento, a indivisibilidade não pode ser desfeita em virtude da vontade dos condôminos, conforme se observa do artigo 54 do Regulamento anexo à Resolução 303/2005-CA da BOVESPA:*

*(...)*

*Em sede de Direito Tributário, a personificação anômala do condomínio é o suficiente para permitir que o mesmo seja sujeito passivo de uma relação tributária, uma vez que o artigo 126, inciso III, do CTN, prevê que a capacidade tributária passiva independe de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.*

*(...)*

*Ora, se a posição de acionista é do clube de investimento e não a seus cotistas, apenas aquele pode se aproveitar a regra do parágrafo único do artigo 10 da Lei nº 9.249/95.*

*II.4. Dos juros sobre a multa de ofício.*

*É o relatório.*

## **Voto**

Conselheiro Eduardo Tadeu Farah, Relator

Os recursos reúnem os requisitos de admissibilidade.

Como visto do relatório, versa o processo sobre auto de infração relativo ao Imposto Sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), atinente aos anos-calendário 2008 e 2009.

### **I – Do exame do recurso de ofício:**

Ao analisar a impugnação apresentada pela Contribuinte, a autoridade julgadora de primeira instância excluiu do polo passivo da autuação o Sr. Germano Hugo Gerdau Johannpeter, com base nos seguintes argumentos, *verbis*:

*Os fundamentos para a imputação da solidariedade são os seguintes:*

- *o cotista teve interesse comum na situação que constitui o fato gerador (artigo 124, I, do CTN), uma vez que beneficiou-se economicamente da não retenção do imposto;*
- *o cotista tinha conhecimento e concordou com os procedimentos adotados pela Gerval;*
- *o cotista era Diretor Conselheiro da Gerval nos anos de 2006 e 2008 e nesta qualidade dela recebeu remuneração mensal naqueles anos.*

*O impugnante, por sua vez, argumenta que:*

- *o artigo 124, I é inaplicável ao presente caso, pois o mero benefício econômico não é motivo suficiente para a atribuição de solidariedade;*
- *o Parecer Normativo nº 1/2002 estabelece que na retenção exclusiva na fonte subsiste a responsabilidade exclusiva da fonte pagadora ainda que ela não tenha retido o imposto.*

*Uma primeira observação a fazer é que os autuantes constataam interesse comum entre administradora e cotista não na "situação que constitui o fato gerador", no caso o acréscimo patrimonial em virtude da valorização das cotas, mas sim no fato da não retenção do imposto, o que já prenuncia uma incorreta aplicação do artigo 124, I, do CTN.*

*De todo modo, a jurisprudência tem se consolidado no sentido de que o interesse comum, de que trata o artigo, não é o interesse econômico, mas sim o jurídico, que se configura quando ambos os responsáveis tributários praticam o fato gerador. Cito, por exemplo, trecho da ementa do Recurso Especial nº 859.616 - RS, julgado em 18.09.2007 pelo Superior Tribunal de Justiça:*

*(...)*

*O imposto de que estamos tratando é retido e pago pelo administrador dos clubes de investimento, sendo de incidência exclusiva na fonte, nos termos dos artigos 28, II, 32 e 33, todos da Lei nº 9.532/97, e dos artigos 8º, caput, e 16, caput e parágrafo primeiro, da Instrução Normativa SRF nº 25/2001, vigente à época dos fatos:*

(...)

***A Gerval e os cotistas dos clubes de investimento não praticam, ambos, o fato gerador do tributo. Na realidade, apenas o cotista o faz, sendo a administradora dos clubes responsável tributário por expressa determinação legal.***

***A rigor, nem se poderia dizer que ambos têm interesse econômico em comum, que neste caso parece ter apenas o cotista, uma vez que o imposto de renda na fonte seria pago com recursos seus, apenas retidos pela administradora. A não retenção do imposto, a não ser que provado em contrário, em nada beneficiaria a Gerval.***

***Isto é verdade para todos os casos em que há a retenção de valores para pagamento do tributo. Caso vingasse a tese da fiscalização, em todos os casos de não retenção na fonte o contribuinte teria que ser responsabilizado. Não é o que entende a própria Secretaria da Receita Federal, no entanto, que em 2002 expediu o Parecer Normativo nº 1, publicado no DOU de 25.09.2002, em que explicitamente estabelece que:***

(...)

***Os parágrafos 18 a 22 tratam da não retenção por força de decisão judicial, e é apenas nesta hipótese que o Parecer admite que se efetue o lançamento em nome do contribuinte, no caso de retenção exclusiva na fonte.***

***O fato de o cotista ter conhecimento de que o imposto não seria retido, e de ter sido ele Diretor Conselheiro remunerado da Gerval nos anos em que ocorreu o resgate das cotas, em nada muda o quadro traçado acima. No máximo poderia ensejar a responsabilidade nos termos do artigo 135, III, do CTN, caso demonstrado que o cotista, na qualidade de administrador da Gerval, agiu, pessoalmente, com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, o que não foi feito pelos autuantes.***

***Desta forma, considero indevida a inclusão de Germano Hugo Gerdau Johannpeter no polo passivo da autuação. (grifei)***

Do exposto, verifica-se que a autoridade recorrida corretamente excluiu da sujeição passiva solidária, Germano Hugo Gerdau Johannpeter, já que para figurar como obrigado solidário com base no inciso I do art. 124 do CTN, a pessoa teria que estar numa posição em que poderia ser considerada Contribuinte, ainda que em relação a apenas uma parte da obrigação. Como bem pontuou o acórdão recorrido “... o interesse comum, de que trata o artigo, não é o interesse econômico, mas sim o jurídico, que se configura quando ambos os responsáveis tributários praticam o fato gerador”. No caso dos autos, trata-se de situação em que a lei não só atribuiu a responsabilidade a terceira pessoa, à fonte pagadora dos rendimentos, mas determinou que essa responsabilidade seria exclusiva, como previsto no art. 128 do CTN:

***Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do***

*contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.*

Portanto, é absolutamente incompatível a imputação de responsabilidade solidária a Germano Hugo Gerdau Johannpeter.

## II - Do exame do Recurso Voluntário

Antes de se entrar no mérito, cumpre enfrentar a preliminar de decadência do crédito tributário. Alega a suplicante, em linhas gerais, que “... ao calcular e cobrar o IRRF, a fiscalização considerou que o aspecto temporal da hipótese de incidência do imposto seria o momento dos resgates das cotas, verificados em novembro e dezembro de 2008 e em janeiro e fevereiro de 2009, e não as datas de percepção ou recebimento das ações bonificadas pelos cotistas (13.4.2006 e 13.6.2008). Mas isto não passou de manobra adotada pela fiscalização, com o objetivo de afastar ou evitar a decadência do crédito tributário”.

De pronto, verifico, pois, que não assiste razão à Recorrente. O art. 744 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999 é de uma clareza meridiana quando dispõe que o imposto de renda será calculo no resgate das quotas. Veja-se:

*Art. 744. Os fundos de investimento cujas carteiras seja constituídas, no mínimo, por sessenta e sete por cento de ações negociadas no mercado à vista de bolsa de valores ou entidade assemelhada, calcularão o imposto no resgate de quotas abrangendo os rendimentos e ganhos totais do patrimônio do fundo (Lei nº 9.532, de 1997, art. 28, § 6º, e Medida Provisória nº 1.753-16, de 1999, art. 2º).*

*§ 1º A base de cálculo do imposto será constituída pela diferença positiva entre o valor de resgate e o valor de aquisição da quota, líquido de IOF (Lei nº 9.532, de 1997, art. 28, § 7º).*

A alegação de que as ações bonificadas foram recebidas em 13/04/2006 e 13/06/2008, não tem qualquer relação com a hipótese de incidência, já que o art. 114 do CTN define fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente para o surgimento da obrigação tributária. Ademais, como será melhor esclarecido adiante, os clubes de investimento sujeitam-se às mesmas normas do imposto de renda aplicáveis aos fundos de investimento, consoante dispõe o art. 33 da Lei nº 9.532/1997.

Portanto, os rendimentos produzidos pelos fundos de investimento estão sujeitos à tributação pelo IRRF, exclusivamente no resgate das quotas, independentemente do ano-calendário em que as bonificações foram apropriadas.

Ressalte-se o Ato Declaratório Interpretativo-RFB nº 7/2007 não se aplica à espécie, já que se trata de ato de integralização de quotas de capital social cuja transferência se dar por valor superior ao da declaração, na forma do art. 23 da Lei nº 9.249/1995.

Assim, como os resgates das quotas ocorreram em novembro e dezembro de 2008 e em janeiro e fevereiro de 2009, o crédito tributário constituído pelo lançamento não havia ainda sido atingido pela decadência.

No mérito, alega a suplicante que os clubes de investimento apenas figuram nos livros ou registros afetos às ações por questões burocráticas e, por essa razão, não substitui

os verdadeiros proprietários dos títulos e valores mobiliários, já que a propriedade das ações é dos quotistas. Assevera ainda que "... o Sr. Agente Fiscal e o acórdão recorrido concluíram que somente os dividendos e juros sobre o capital próprio, podem ser distribuídos diretamente aos cotistas, contrariando, portanto, a natureza jurídica dos clubes de investimento, enquanto entidades condominiais, desprovidas de personalidade jurídica". Conclui a Recorrente que "Logo, tendo o Sr. Germano Hugo Gerdau Johannpeter recebido ações bonificadas, legítimo o procedimento de declarar o respectivo montante em sua Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física no campo atinente aos "rendimentos isentos e não tributáveis", haja a vista a isenção de que trata o art. 10, parágrafo único, da Lei n. 9249, de 1995...

Por sua vez, defende a autoridade fiscal e recorrida que, não obstante o caráter condominial dos clubes de investimento, são os próprios clubes que recebem ações bonificadas distribuídas pelas companhias em decorrência do aumento de capital social por incorporação de lucros ou reservas, e não os seus cotistas. Assim, a regra que determina considerar como custo de aquisição da participação o valor do lucro ou reserva capitalizado é aplicável na apuração do ganho líquido obtido pelo próprio clube.

Delineada a controvérsia, urge entender melhor a natureza jurídica desta sociedade, já que a Contribuinte sustenta que os clubes de investimento são condomínios e, como tal, não dotados de personalidade jurídica capaz de atrair a responsabilidade pela tributação do imposto de renda.

Pois bem, relativamente à análise tributária dos clubes de investimento, deve-se, primeiramente, trazer a baila o art. 33 da Lei nº 9.532/1997 que determina a aplicação das normas atinentes aos fundos de investimento:

*Art. 33. Os **clubes de investimento**, as carteiras administradas e qualquer outra forma de investimento associativo ou coletivo, **sujeitam-se às mesmas normas do imposto de renda aplicáveis aos fundos de investimento.***

Os fundos de investimento, assim como os clubes de investimento, são definidos por parte da doutrina como sociedade jurídica despersonalizadas, ou seja, uma espécie de condomínio especial, pois, ainda que não vise ao lucro, e capaz adquirir direitos e contrair obrigações. O mestre Modesto Carvalhosa em sua obra "Comentários à Lei das Sociedades Anônimas" leciona:

*O fundo de investimentos é um patrimônio de propriedade comum de diversas pessoas, administrado por uma instituição financeira, constituído de valores mobiliários diversificados (inclusive ações) e de moeda corrente. Pergunta-se, na hipótese, se o fundo de investimentos seria um condomínio convencional semelhante ou mesmo idêntico ao condomínio de lote de ações. Embora Cunha Peixoto negue essa natureza ao fundo de investimento, chegando a lhe emprestar a figura de pessoa jurídica e mesmo de sociedade mercantil, parece-nos, data venia, que se trata de um condomínio pro indiviso. E, por ser assim, os participantes que deixam o fundo não recebem sua parte em ações ou qualquer outro valor, mas o valor do resgate de sua participação naquele, calculado pelo valor patrimonial do fundo à época da despedida.*

*Trata-se, portanto, o fundo de investimento de um condomínio de lote de ações e outros valores mobiliários, pro indiviso, regulado por normas especiais que lhe dão caráter institucional.*

De fato, diversos fatores conferem aos fundos/clubes de investimento personalidade jurídica anômala, são eles: a) capacidade processual nos termos do CPC; b) patrimônio próprio e autônomo; c) escrituração contábil própria; d) ausência de propriedade direta sobre ações; e) órgão representativo dos investidores (Assembléia Geral); f) gestor e administrador próprios.

Diferentemente do que faz crer a Recorrente, o clube de investimento não pode ser enquadrado como um condomínio previsto no Código Civil, na acepção clássica da palavra, mas, fundamentalmente, uma forma especial de condomínio que tem no administrador, em conjunto com o seu gestor, a sua figura central.

Não se pode perder de vista que a legislação confere aos clubes de investimento a titularidade de diversos direitos, incluindo o direito de propriedade sobre o patrimônio constituído a partir dos recursos aportados pelos quotistas. Como bem pontuou o professor Fábio Konder Comparato<sup>1</sup> os regulamentos dos fundos e os estatutos das companhias “são corpos de normas, objetivas e impessoais, exatamente porque as sociedades por ações, ou os fundos de investimento, constituem reuniões de capitais, representados por ações ou quotas, e não reuniões de pessoas determinadas”. De fato, os investidores não possuem propriedade direta sobre os investimentos do fundo, sendo que os direitos dos quotistas são exercidos sobre todos os ativos da carteira de investimento de modo não individualizado, proporcionalmente ao número de quotas detidas.

Mutatis mutandis, cita-se, outrossim, Instrução CVM n.º 472, de 31 de outubro de 2008, de que trata dos Fundos de Investimento Imobiliário (FII):

*Art. 8º O titular de cotas do FII:*

*I – não poderá exercer qualquer direito real sobre os imóveis e empreendimentos integrantes do patrimônio do fundo; e*

É nesse sentido o entendimento de Marina Procknor e Gabriel Saad Kik Buschinelli em sua obra “Fundos de Investimento – Aspectos Regulatórios”:

*A propriedade das quotas não confere aos investidores propriedade direta sobre os investimentos do fundo, sendo que os direitos dos quotistas são exercidos sobre todos os ativos da carteira de investimento de modo não individualizado, proporcionalmente ao número de quotas detidas.*

Com efeito, o poder para praticar a administração da carteira do clube de investimento é de seu administrador, no caso dos autos a Gerval Investimentos Ltda, estando os quotistas alijados de quaisquer poderes para tanto, consoante se observa da transcrição do art. 12 da Resolução n. 303/2005-CA da então Bolsa de Valores do Estado de São Paulo (“BOVESPA”), vigente à época dos fatos:

<sup>1</sup> Restrições à circulação de ações em companhia fechada: Nova et vetera. Revista de Direito Mercantil, n. 36, 1979.

*Artigo 12 - Os recursos entregues pelos membros ao Clube de Investimento serão representados por quotas de igual valor.*

*Parágrafo Único - É facultado aos membros do Clube de Investimento a integralização de quotas mediante a entrega ou venda privada das ações ao Clube, desde que aprovada pelo Administrador do Clube e pelo Gestor da Carteira, e não conflitem com o disposto na política de investimentos do Clube e no disposto nos Capítulos VII e VIII deste Regulamento.*

*No caso de integralização de quotas mediante a entrega ou venda privada das ações, o Clube registrará um crédito em nome do quotista em valor equivalente ao das ações recebidas e, ato contínuo, um débito pela atribuição das quotas subscritas pelo quotista.*

A Recorrente, na qualidade de administradora do clube de investimento, é a pessoa jurídica responsável pela gestão do patrimônio do fundo. De acordo com a professora Maria Helena Diniz<sup>2</sup> a pessoa jurídica nada mais é do que a “*unidade de pessoas naturais ou patrimônios, que visa a consecução de certos fins, reconhecida essa unidade como sujeito de direitos e obrigações*”.

Como sujeito de direito e obrigações o clube de investimento é, essencialmente, entidade jurídica incorpórea, assim como o espólio, a massa falida e o condomínio horizontal. Portanto, não é correto afirmar que somente os entes personalizados podem praticar direitos e obrigações. Cita-se, novamente, a lição do professor Fábio Konder Comparato<sup>3</sup>:

*... a personalização é uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos – autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidade individuais –, não recobrando toda a esfera da subjetividade, em direito. Nem todo sujeito de direito é uma pessoa. Assim, a lei reconhece direitos a certos agregados patrimoniais como o **espólio e a massa falida**, sem personalizá-los. (grifei)*

Embora defenda a Contribuinte que os clubes de investimento são condomínios sem personalidade jurídica, tal fato em nada prejudica a imputação tributária, já que as entidades com personificação anômala estão aptas ao exercício de direitos e assunção de obrigações. A título meramente ilustrativo, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) enquadrou o condomínio edilícios como pessoa jurídica para fins tributários, consoante se extrai das ementas transcritas:

**TRIBUTÁRIO. CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS. PERSONALIDADE JURÍDICA PARA FINS DE ADESAO À PROGRAMA DE PARCELAMENTO. REFIS. POSSIBILIDADE.**

*1. Cinge-se a controvérsia em saber se condomínio edilício considerado pessoa jurídica para fins de adesão ao REFIS.*

*2. Consoante o art. 11 da Instrução Normativa RFB 568/2005, o condomínios estão obrigados a inscrever-se no CNPJ. A seu turno, Instrução Normativa RFB 971, de 13 de novembro de 2009, prevê, em seu art. 3º, § 4º, III, que os condomínios são*

<sup>2</sup> Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

<sup>3</sup> O poder de controle na sociedade anônima. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p. 268

Autenticado digitalmente em 22/02/2016 por EDUARDO TADEU FARAH, Assinado digitalmente em 22/02/2016

por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 26/02/2016 por EDUARDO TADEU FARAH

Impresso em 11/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*considerados empresas - para fins de cumprimento de obrigações previdenciárias.*

**3. Se os condomínios são considerados pessoas jurídicas para fins tributários, não há como negar-lhes o direito de aderir ao programa de parcelamento instituído pela Receita Federal.**

**4. Embora o Código Civil de 2002 não atribua ao condomínio a forma de pessoa jurídica, a jurisprudência do STJ tem-lhe imputado referida personalidade jurídica, para fins tributários. Essa conclusão encontra apoio em ambas as Turmas de Direito Público: REs 411832/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado e 18/10/2005, DJ 19/12/2005; REsp 1064455/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 11/09/2008. Recurso especial improvido. (REsp 1256912 / AL RECURSO ESPECIAL 2011/0122978-6)**

.....

**PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. DIREITOS REAIS. SERVIDÃO DE ÁGUA. ESTABELECIMENTO. CONDIÇÃO RESOLUTIVA. EXTINÇÃO PELA AUTOSSUFICIÊNCIA EM CAPTAÇÃO DA ÁGUA PELO PRÉDIO DOMINANTE (...)**

*2. Não é possível considerar, como fez o Tribunal de origem, que para ingressar no processo o proprietário teria de se valer do instituto da oposição. Se o condomínio não tem personalidade jurídica de direito civil, salvo para fins tributários, é incoerente dizer que ele possa ostentar um direito em oposição ao direito dos condôminos, notadamente quando se fala de direito real de servidão que, por determinação expressa de lei, é bem indivisível. (REsp 1124506 / RJ RECURSO ESPECIAL 2009/0030733-0)*

.....

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO PENHORA DE MÃO PRÓPRIA. EQUIPARAÇÃO A DEPÓSITO E DINHEIRO. PENHORA SOBRE ARRECADAÇÃO MENSAL D CONDOMÍNIO.**

(...)

*- A despeito da sua personalidade restrita, é inegável que o condomínio tem aptidão para adquirir e exercer direitos e contrair obrigações. Ainda que não vise ao lucro, não pode ser tratado como simples estado de indivisão de bens. O condomínio, enquanto constituído para gerir um patrimônio comum, deve realizar o se mister com eficiência, objetivando sempre a preservação e o cumprimento dos direitos e deveres de condôminos e terceiros. Diante disso, conclui-se pela possibilidade de penhora sobre arrecadação mensal do condomínio. (REsp 829.583/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/09/2009, DJe 30/09/2009). (grifei)*

Não obstante o Código Civil não tenha conferido ao condomínio a forma de pessoa jurídica, para fins de tributários, o condomínio pode e deve ser sujeito passivo da relação tributária.

Assim, como as ações bonificadas foram recebidas diretamente pelo clube de investimento, conforme comunicados de fls. 176; 188; 192; 202; 206; 215; 219; 228, a isenção prevista no parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.249/1995 somente se aplica ao próprio clube. Portanto, o procedimento efetuado pelo cotista Germano Hugo Gerdau Johannpeter de informar o respectivo montante em sua Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física no campo atinente aos “rendimentos isentos e não tributáveis”, não encontra amparo legal.

No que tange à alegação de que o recebimento das ações bonificadas poderia servir como lastro para emissão de novas quotas, já que aumentou o patrimônio dos clubes, reproduzo, de antemão, trecho do Termo de Verificação Fiscal (fl. 21/25):

*31 Os dois demonstrativos acima revelam, de forma clara que os valores das bonificações não afetam o patrimônio dos Clubes de Investimento. Em relação a 2006, o patrimônio dos Clubes sofreu um pequeno acréscimo de R\$ 6.210.409,68 ou 0,5975%. Conforme já demonstrado acima, as bonificações totalizaram R\$107.720.544,96, valor bem superior ao da variação do patrimônio do Clube.*

*32 Em 2008, o patrimônio dos Clubes sofreu um decréscimo de R\$44.590.555,31 ou 1,5418%. As bonificações de 2008 totalizaram R\$166.397.320,24.*

*33 Esclareça-se que as variações patrimoniais ocorridas nos períodos referidos nos demonstrativos acima são decorrentes das oscilações de mercado dos ativos que compõem as carteiras dos Clubes de Investimento. Acrescente-se que nas datas em exame os cotistas não promoveram aplicações ou resgates de recursos.*

*34 Ressalte-se que as bonificações recebidas resultaram apenas, num aumento na quantidade de ações dessas companhias detidas pelo Clubes, conforme comprovam os - Relatórios da Carteira Diária dos dias 13/04/2006 e 13/06/2008 apresentados pela GERVAL em resposta ao TIF nº 40/2012 (anexos 01.b e 01.f).*

*35 Então, as ações bonificadas recebidas não afetam o valor do patrimônio dos Clubes de Investimento, pois as bonificações não representam ingresso de novas disponibilidades e não servem, portanto, de lastro para emissão de novas cotas.*

*36 No mesmo sentido, aposição patrimonial do investimento dos cotistas igualmente não sofre alterações em função da emissão das novas cotas. Para exemplificar, vejamos a posição do cotista Germano Hugo Gerdau Johannpeter no Clube de Investimentos Comite:*

*(...)*

*37 Conforme demonstrativos acima, constata-se que, nas datas das bonificações, o recebimento de novas cotas não afetou o patrimônio do cotista. Afinal, se, por um lado, houve aumento no*

*número de cotas, por outro houve a redução do valor patrimonial da cota. A variação verificada se deu em função da oscilação de mercado dos ativos que compõem a carteira do Clube.*

*38 Entretanto, a emissão de novas cotas aumentou, de forma indevida, o custo do investimento dos cotistas. Na mesma linha, observe-se, na seqüência, a variação do Custo Histórico do investimento do cotista Germano Hugo Gerdau Johannpeter, antes e depois da emissão das novas cotas pelo Clube de Investimento Comite.*

(...)

Do exposto, verifica-se que nas datas das bonificações, o recebimento de novas quotas não afetou o patrimônio do cotista, portanto, o valor das ações bonificadas recebidas por clubes de investimento em ações, emitidas em virtude de incorporação ao capital social da pessoa jurídica de lucros ou reservas, que corresponder às ações integrantes do fundo, não pode ser acrescido ao valor patrimonial das quotas que integram a carteira para fins de determinação do custo de aquisição.

Não se pode perder de vista que a bonificação de ações advém do aumento de capital de uma sociedade, mediante a incorporação de reservas e lucros, quando são distribuídas gratuitamente novas ações a seus acionistas, em número proporcional às já possuídas. Assim, não existe alteração do valor possuído por cada acionista, já que a bonificação aumenta o capital e a quantidade de ações da empresa, porém sem alterar o valor do patrimônio líquido, pois as reservas fazem parte do patrimônio líquido da companhia (este evento não aumenta o valor da empresa, diga-se). Ademais, conforme dispõe a Solução de Consulta nº 22, de 11 de janeiro de 2008 - SRRF/8ª RF/Disit "... para que o valor das ações bonificadas seja considerado custo de aquisição na apuração dos ganhos líquidos faz-se necessário que haja previsão na legislação tributária ...".

Portanto, as ações bonificadas recebidas não afetam o valor do patrimônio dos clubes de investimento, fundamentalmente por não representar ingresso de novas disponibilidades e, dessa feita, não pode servir de lastro para emissão de novas quotas.

Por fim, quanto à incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, penso que o § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430/1996 ao se referir aos juros que incidem sobre os débitos com a União, incluiu o tributo e a multa de ofício, já que a multa também é um débito com a Fazenda Pública. Esse entendimento está pacificado da Câmara Superior de Recursos Fiscais, consoante a ementa destacada:

#### *JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.*

*A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. (Acórdão CSRF nº 9101-01.191 – Sessão de 17 de outubro de 2011)*

No âmbito do Poder Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça assentou serem devidos os juros de mora sobre a multa de ofício, conforme se depreende da ementa abaixo transcrita:

*TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.*

*1. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário. (STJ Segunda Turma Acórdão REsp 1.129.990/PR, Relator Min. Castro Meira DJe de 14/09/2009)*

Assim, há previsão legal para a incidência de juros Selic sobre a multa de ofício.

Ante ao exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício e quanto ao recurso voluntário, rejeitar a preliminar de decadência e, no mérito, negar provimento ao recurso.

*Assinado Digitalmente*  
Eduardo Tadeu Farah