



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	12448.724680/2020-32
ACÓRDÃO	2201-011.970 – 2ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	4 de dezembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	GUSTAVO HENRIQUE DE BARROSO FRANCO
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2015

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. APLICAÇÃO SOMENTE ÀS PARTES LITIGANTES.

As decisões administrativas e as judiciais não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela, objeto da decisão.

COMPENSAÇÃO. PEDIDO. APRECIAÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO CARF.

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

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2015

FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES. FIP. SIMULAÇÃO.

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

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE FUNDOS DE INVESTIMENTO.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa – Presidente e Relator

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

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em face da decisão da 13ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 07, consubstanciada no Acórdão nº 107-006.855 (fls. 4.257/4.269), o qual, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Reproduzo a seguir o relatório do Acórdão de Impugnação, o qual descreve os fatos ocorridos até a decisão de primeira instância.

Trata o presente processo de crédito tributário constituído por meio do Auto de Infração de fls. 3344 a 3348, referente ao exercício 2016, ano-calendário 2015, no valor de R\$23.587.947,52, sendo R\$8.110.562,02 de imposto, R\$3.311.542,47 de juros de mora (calculados até 07/2020), e R\$12.165.843,03 de multa proporcional.

Foi apurada a infração Omissão/Apuração Incorreta de Ganhos de Capital na Alienação de Bens e Direitos Adquiridos em Reais. O Enquadramento Legal se encontra em campo próprio do Auto de Infração.

O procedimento fiscal está descrito no Termo de Verificação Fiscal de fls. 3350 a 3433, do qual destaco os pontos principais:

- o contribuinte era, em 18/03/2010, titular de 53.035.738 ações da empresa Unik S/A, representativas de 32,80% de seu capital social. Ele e os demais sócios da referida empresa integralizaram suas ações no RB Crédito II Fundo de Investimentos em Participações;

- o sujeito passivo e outros dois sócios o fizeram por meio do Garantia Crédito Varejo Fundo de Investimento em Participações. Os três integralizaram suas ações da Unik S/A no Garantia FIP e este as integralizou no RB Crédito II FIP;
- fato é que em 30/08/2012 o RB Crédito II FIP detinha todas as 161.717.133 ações da Unik S/A. Nessa data, a empresa Wright Xpress International Holdings Limited, sociedade com sede em Londres, no Reino Unido, integralizou 168.317.832 ações da UNIK S/A, tornando-se detentora de 51% de seu capital social. O RB Crédito II FIP ficou com os 49% restantes;
- no acordo de associação por meio do qual a WEX integralizou as 168.317.832 ações da Unik S/A foi definido que ela teria a opção de compra das ações de titularidade do RB Crédito II FIP dentro de determinado prazo. Caso não exercesse a sua opção de compra, o RB Crédito II FIP exerceria sua opção de vender as referidas ações. Em outras palavras, em dado momento a WEX adquiriria as ações da Unik S/A de titularidade do RB Crédito II FIP, o que ocorreu em 31/08/2015;
- conforme será demonstrado, o Garantia FIP e o RB Crédito II FIP jamais funcionaram como fundos de investimento em participações. Foram constituídos com o propósito único de servirem como “laranjas” dos sócios da UNIK S/A na operação de alienação de suas ações para a WEX;
- tal manobra, em razão da legislação específica aplicada a esses fundos de investimentos, possibilitou a postergação do IR sobre os ganhos de capital auferidos na operação para o momento do resgate de suas cotas ou até mesmo a sua redução/extinção, dependendo de negócios posteriores;
- ao longo do procedimento fiscal foram lavrados termos de intimação fiscal ao sujeito passivo e às pessoas jurídicas Unik S/A, Unik Participações S/A e Rio Bravo Investimentos Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, conforme descrito nos itens III.1 a III.4 do TVF;
- descreve no item IV do TVF, em ordem cronológica, os eventos mais importantes que se sucederam até a Unik S/A passar a ter como único sócio, o RB Crédito II FIP;
- esclarece no item V e VI do TVF conceitos e características dos fundos de investimento e, principalmente, dos fundos de investimento em participações (FIP);
- destaca que um fundo de investimento em participações é um instrumento de investimento que aporta recursos em empresas com potencial de crescimento e rentabilidade. Em troca desse aporte de recursos, tais fundos recebem ações/quotas dessas empresas, que lhes permite participação efetiva na gestão delas. É esperado que a expertise do administrador do fundo nessa gestão possibilite o crescimento de tais empresas. Ao final do processo (que costuma durar alguns anos), as ações são alienadas pelo fundo e os lucros aumentam o valor de suas cotas, trazendo ganhos aos investidores;

- no entanto, nos casos do Garantia FIP e do RB Crédito II FIP não houve aporte de recursos e, por óbvio, eles não aportaram recursos em empresas com potencial de crescimento;
- os senhores Gustavo Franco, Paulo Bilyk e José Roberto Kracochansky aportaram ações da empresa Unik S/A no Garantia FIP;
- em nenhum momento foi demonstrado que a UNIK S/A estava em processo de recuperação ou reestruturação;
- mesmo admitindo que estivesse, o §1º do art. 2º da Instrução Normativa CVM nº 391/2003 deixa claro que os bens ou direitos devem estar vinculados ao processo de recuperação da sociedade. Nesse cenário, um investidor poderia integralizar cotas, por exemplo, com dívidas que uma empresa em recuperação tivesse junto a ele. Não está escrito ser permitido integralizar cotas com ações da própria empresa em recuperação ou reestruturação;
- admitindo-se também essa possibilidade, o valor dessas ações deveria estar respaldado em laudo de avaliação elaborado por empresa especializada. Nenhum laudo foi registrado junto com as atas de assembleia de acionistas da Unik S/A ou com as atas de assembleia de cotistas do Garantia FIP;
- de qualquer forma, os senhores Gustavo Franco, Paulo Bilyk e José Roberto Kracochansky teriam integralizado (em data incerta) 125.914.210 ações ordinárias da Unik S/A no Garantia FIP. E esse (também em data incerta), teria integralizado tais ações no RB Crédito II FIP. Sem qualquer laudo de avaliação;
- se refere à data incerta porque há vários documentos com datas diferentes para os eventos de integralização em ambos os Fundos, conforme Capítulo IV do Termo de Verificação Fiscal;
- em relação aos valores, sem a existência de laudo pericial, Gustavo Franco, Paulo Bilyk e José Roberto Kracochansky teriam integralizado as 125.914.210 ações ordinárias da Unik S/A no Garantia FIP e recebido 92.615 cotas do referido Fundo, no valor de R\$ 92.615,00;
- o Garantia FIP, por sua vez, integralizou tais cotas no RB Crédito II FIP e recebeu 7.250.000 cotas no valor de R\$ 7.250.000,00;
- então, em 1 dia, 2 dias ou 5 meses, dependendo dos documentos considerados, essas operações teriam implicado um ganho e mais de 7.700%. Essas informações servem apenas para mostrar transações absurdas ligadas aos Fundos Garantia FIP e RB Crédito II FIP;
- a questão principal é que tais fundos jamais funcionaram como fundos de investimentos em participações, uma vez que não teriam nenhuma das duas características principais de um FIP: aportar recursos em empresas com potencial de crescimento e rentabilidade e participar de forma efetiva da gestão das empresas investidas por meio de seu administrador;

- em relação à primeira característica, conforme já referido, nunca houve aporte de recursos em empresas com potencial de crescimento e rentabilidade. O que efetivamente aconteceu foi o mero aporte de ações de uma empresa em um fundo e desse em outro;
- em relação à segunda característica, Gustavo Franco, Paulo Bilyk e José Roberto Kracochansky eram sócios majoritários da UNIK S/A até integralizarem suas ações no Garantia FIP; mesmo depois de integralizar as ações no Garantia FIP, os três permaneceram como diretores e conselheiros de administração da Unik S/A;
- Paulo Bilyk era sócio da Rio Bravo Investimentos DTVM (detentor de 99,9999% de seu capital social) e diretor responsável pela administração da carteira de valores mobiliários da sociedade; Gustavo Franco também era diretor desde 2009. A Rio Bravo Investimentos DTVM era administradora e gestora do Garantia FIP e do RB Crédito II FIP;
- os três também eram sócios majoritários da Unik Participações S/A desde 2008. Gustavo Franco e Paulo Bilyk eram os únicos diretores dessa sociedade de 2008 em diante;
- assim, seria indiferente a participação da Rio Bravo Investimentos DTVM na gestão da Unik S/A. Com ou sem ela, as decisões passam, necessariamente, por Gustavo Franco, Paulo Bilyk e José Roberto Kracochansky. Os cotistas dos fundos e os tomadores de decisão na Unik S/A, na Rio Bravo Investimentos DTVM e na Unik Participações S/A eram as mesmas pessoas;
- também não havia relação fiduciária, definida como uma relação de confiança e não egoísta com base no papel fiduciário de tomar conta dos assuntos de outra pessoa, uma vez que, no caso, o administrador e os cotistas são as mesmas pessoas;
- assim, o Garantia FIP e o RB Crédito II FIP jamais funcionaram como fundos de investimentos em participação, sempre foram meros “laranjas” do sujeito passivo e de seus sócios na Unik S/A;
- dentro desse contexto, na ocasião da alienação das ações da Unik S/A, ocorrida em 31/08/2015, os verdadeiros alienantes foram seus titulares antes da integralização nos fundos. Houve uma clara situação de simulação. Identificam-se, facilmente, um contratante aparente (Fundo) e os contratantes efetivos (titulares das ações antes de sua integralização nos Fundos). O negócio jurídico realizado (compra e venda de ações) é válido desde que o ato simulado (interposição do RB Crédito II FIP como “laranja” dos verdadeiros vendedores das ações da Unik S/A) seja apagado do mundo jurídico;
- o fato de os Fundos serem interpostas pessoas dos verdadeiros contratantes (os titulares das ações da UNIK S/A antes da integralização nos Fundos) implica uma esperada despreocupação com a forma e o conteúdo dos atos praticados em relação a tais Fundos, como sustenta no item VII.1 do Termo de Verificação Fiscal;

- a apuração do ganho de capital está demonstrado no item VIII do Termo de Verificação Fiscal;

- a multa foi qualificada na forma do art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/96, uma vez que o Garantia FIP e o RB Crédito II FIP foram utilizados por sócios da UNIK S/A no processo de alienação dessa empresa para a WEX. Tais Fundos serviram como o que se conhece no jargão popular de “laranjas” para tais sócios;

- dessa forma, e considerando a legislação específica aplicada aos Fundos de Investimento em Participações, o imposto de renda sobre o ganho de capital auferido na alienação das ações da Unik S/A foi postergado para o momento do resgate das cotas desses FIP ou, dependendo de operações posteriores, reduzido, podendo ser até integralmente eliminado;

- tendo em vista a ocorrência de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária (art. 1º da Lei 8.137/90), formalizou Representação Fiscal para Fins Penais;

- os cálculos dos juros aplicáveis estão nos demonstrativos anexos ao Auto de Infração e obedecem ao disposto no §3º do art. 61 da Lei 9.430/96.

Cientificado do Auto de Infração em 07/08/2020 (fls. 3435/3439), o contribuinte apresentou, em 30/09/2030, por seus procuradores, a impugnação de fls. 3447/3506, na qual alega, em síntese:

- a Unik S/A se encontrava à beira da ruína, de forma que foi necessária a constituição dos FIPs, especialmente o RB Crédito II FIP, para fins de promover a sua reestruturação, a captação de investidores e a posterior revenda do investimento;

- o Impugnante aportou as ações da Unik S/A nos FIPs diante da possibilidade de promover, juntamente com seus dois sócios, uma recuperação de tamanha complexidade;

- a detenção pelos FIPs, de ações de empresas em dificuldades financeiras ou em necessidade de recuperação judicial é um dos principais objetivos de tais instrumentos, sendo que a ICVM 391/03, revogada pela ICVM 578/16, facultava a possibilidade de os FIPs investirem em empresas envolvidas em processo de recuperação ou reestruturação;

- não havia qualquer disposição na ICVM 391/03, ou em qualquer norma legal ou infralegal, determinando a elaboração de laudo de avaliação de ações a serem integralizadas em FIPs à época da realização de tais operações;

- restou demonstrada, exaustivamente, não só a importância do RB Crédito II FIP, bem como a sua efetiva participação na reestruturação, recuperação e posterior alienação da Unik S/A;

- após a operação de venda, o RB Crédito II FIP realizou o reinvestimento por meio de AFAC na Medcheque S/A, para posterior aumento de capital em tal sociedade;

- a Rio Bravo DTVM, composta por outros diretores além do Impugnante e de alguns dos antigos cotistas dos Fundos, além de um corpo técnico com ampla experiência, é uma unidade diferente de cada um de seus membros, a qual coube reestruturar e alienar tal sociedade;
- as divergências em relação ao registro e à custódia das cotas são imateriais e várias foram sanadas;
- o RB Crédito II FIP fora constituído em 19.05.2008, ou seja, mais de quatro anos antes da assinatura do acordo de investimentos firmado com a WEX, pertinente à alienação da Unik S/A, pelo que se conclui que seu objetivo jamais fora reduzir a carga tributária em tal operação;
- o FIP mantém a sua existência até a presente data, mesmo após a alienação da participação que detinha na Unik S/A, o que, uma vez mais, rechaça por completo a conclusão de que teria sido constituído exclusivamente para a venda da participação societária;
- ainda que a utilização dos Fundos se destinasse exclusivamente ao diferimento ou à economia tributária (sendo certo que os fatos acima narrados demonstram não ser o caso), tratar-se-ia de uma opção legal do contribuinte, não se configurando, portanto, qualquer abuso ou fraude, sobretudo se levado em conta que todos os atos foram praticados às claras, sem simulação;
- requer, subsidiariamente, na improvável hipótese de o Auto de Infração ora combatido não ser cancelado na íntegra, a compensação do montante do IR retido na fonte do Impugnante, por ocasião das distribuições de rendimentos realizadas pelos Fundos a seus cotistas, acrescido de juros Selic, na medida em que o Auto de Infração não desconta tais valores do IRPF cobrado do Impugnante;
- além disso, também de forma subsidiária o reconhecimento de que não houve fraude na utilização da estrutura atacada pela Autoridade Fiscal e a consequente redução da multa para o patamar de 75% (setenta e cinco por cento).

Juntou os documentos de fls. 3507/4252.

É o relatório.

A Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 07, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Impugnação, cuja decisão foi assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2015

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

Comprovada a interposição de fundos de investimento, com o fim de postergar ou diminuir o pagamento de imposto de renda sobre o ganho de capital na venda de sociedade formalmente controlada por tais entidades, deve-se desconsiderar os

fundos de investimento, de modo a cobrar o tributo dos cotistas desses fundos, proprietários últimos das ações da sociedade vendida.

MULTA QUALIFICADA.

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

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado da decisão em 06/05/2021, por via postal (A.R. de fl. 4.273), o Contribuinte apresentou, em 1º/06/2021, por meio de procurador legalmente habilitado, o Recurso Voluntário de fls. 4.276/4.344, no qual alega, em breve síntese:

1. a Unik S/A se encontrava à beira da ruína, sendo necessária a constituição dos FIPS, especialmente o RB Crédito II, para fins de promover a sua reestruturação, a captação de investidores e a posterior revenda do investimento.
2. As ações da Unik S/A foram aportadas nos FIPs diante da possibilidade de promover, juntamente com seus dois sócios, uma recuperação de tamanha complexidade.
3. A detenção pelos FIPs, de ações em dificuldades financeiras ou em necessidade de recuperação judicial é um dos principais objetivos de tais instrumentos, sendo que a ICVM 391/03, revogada pela ICVM 578/16, facultava a possibilidade de os FIPs investirem em empresas envolvidas em processo de recuperação ou reestruturação.
4. Não havia determinação da elaboração de laudo de avaliação de ações a serem integralizadas em FIPs à época da realização de tais operações, nem na ICVM 391/03, ou em qualquer norma legal ou infralegal.
5. A legislação não determina o aporte de recursos em investida como requisito ou objetivo essencial de um FIP.
6. Restou demonstrada a importância do RB Crédito II, bem como a sua efetiva participação na reestruturação, recuperação e posterior alienação da Unik S/A.
7. Após a operação de venda, o RB Crédito II realizou o reinvestimento por meio de AFAC na Medcheque S/A, para posterior aumento de capital em tal sociedade.
8. A Rio Bravo DTVM, composta também por outros diretores e alguns dos antigos cotistas dos Fundos, e de um corpo técnico com ampla experiência, é uma unidade diferente de cada um de seus membros, a qual coube reestruturar e alienar tal sociedade.

9. A participação do Sr. José Roberto Kracochansky no Conselho de Administração da Unik S/A, em nenhum momento pode ser confundida com a atuação da Rio Bravo DTVM, pois a atribuição de tal sociedade foi encontrar novos investidores no mercado e conduzir o processo da alienação do investimento, e não participar das atividades rotineiras da Unik S/A.
10. O Sr. José Roberto Kracochansky e os demais Conselheiros da Unik S/A não possuíam atribuição de decidir a respeito da captação de novos investidores e posterior alienação da Unik S/A, atividades para as quais o RB Crédito II fora criado.
11. Não houve qualquer incorreção na integralização de cotas do Garantia FICFIP com as ações da Unik S/A e posterior integralização na RB Crédito a valores diferentes, visto que a legislação permitia a adoção do valor de custo ou patrimonial em cada operação.
12. A atribuição de R\$1,00 como valor unitário da de cotas é prática extremamente usual e recorrentemente utilizada por todo mercado.
13. As divergências em relação ao registro e à custódia das cotas são imateriais e várias foram sanadas.
14. O RB Crédito II fora constituído em 19/05/2008, ou seja, mais de quatro anos antes da assinatura do acordo de investimentos firmado com a WEX, pertinente à alienação da Unik S/A, pelo que se conclui que seu objetivo jamais fora reduzir a carga tributária em tal operação.
15. O FIP mantém a sua existência até a presente data, mesmo após a alienação da participação que detinha na Unik S/A, o que rechaça a conclusão de que teria sido constituído exclusivamente para a venda da participação societária.
16. Ainda que a utilização dos Fundos se destinasse exclusivamente ao diferimento ou à economia tributária, tratar-se-ia de uma opção legal do contribuinte, não se configurando, portanto, qualquer abuso ou fraude.

Cita decisões administrativas do CARF.

Ao final, requer o cancelamento do lançamento fiscal e, subsidiariamente, a compensação do montante do imposto de renda retido na fonte por ocasião das distribuições de rendimentos realizadas pelos fundos a seus cotistas, assim como a redução da multa para 75%, pela inexistência de fraude.

A Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN) apresentou contrarrazões (fls. 4.371/4.403), com os seguintes argumentos, em suma:

1. A alienação da Unik S.A. para a empresa estrangeira WEX se deu por meio da interposição, pelo recorrente e seus sócios pessoas físicas, de dois fundos de investimento no negócio, o RB Crédito II FIP e o Garantia FIP.
2. Embora o recorrente busque conferir ares de legitimidade à interposição de tais fundos, buscando atribuir-lhes independência e propósito negocial, a realidade é que tais fundos somente se prestaram à postergação do pagamento do ganho de capital oriundo da alienação da Unik S.A.
3. Os elementos descritos na ação fiscal demonstram de forma muito clara que, apesar da interposição dos FIPs, não houve mudança concreta no comando da Unik S.A. e na efetiva detenção de seu controle acionário.
4. As alterações promovidas pelo sujeito passivo e seus sócios na Unik S.A. se deram dentro do mesmo grupo econômico. O Fundo titular das ações no momento do cumprimento do contrato é, em última instância, controlado pelas pessoas físicas que, até pouco tempo antes, figuravam como titulares das ações.
5. Operações realizadas dentro de grupo econômico, entre partes relacionadas, e que, portanto, não se submetem aos efeitos econômicos que regularmente adviriam de negócio jurídico realizado entre partes independentes no mercado, devem ser devidamente fundamentadas, sob pena de se caracterizarem como artificiais.
6. A Unik S.A. não era uma empresa qualquer, mas uma sociedade dotada, como demonstrado acima, de estrutura, órgãos de gestão e diretorias específicas. Embora alocadas em estruturas diferentes, as pessoas responsáveis pela gestão da Unik S.A. permaneceram as mesmas. A sociedade escolhida como gestora (Rio Bravo Investimentos DTVM) dos dois FIPs era detida 99,99% por um dos sócios pessoas físicas da Unik S.A., Paulo Bilyk, que também ocupou cargo de Diretor na DTVM desde a sua constituição. A gestora dos FIPs teve como um de seus diretores e estrategista do Comitê de Análise de Crédito Privado o ora recorrente, Gustavo Franco.
7. Diante de tamanha comunhão de interesses e negócios, não há que se falar em verdadeira subordinação, mas obviamente em cooperação e coordenação.
8. Paulo Bilyk era o diretor responsável pela carteira de investimentos da Rio Bravo DTVM e Gustavo Franco, além de diretor, era o estrategista do Comitê de Análise de Crédito Privado do grupo Rio Bravo.
9. Não há que se falar que RB Crédito II FIP aportou verdadeiramente capital na Unik S.A. O que existiu foi apenas e tão somente a aquisição de cotas do RB Crédito via integralização de ações da Unik S.A., por parte tanto do Garantia FIP,

que tinha como cotistas Gustavo Franco, José Roberto e Paulo Bilyk, como da Unik Participações, majoritariamente detida por esses mesmos sócios.

10. Mais um fator indicativo de que foram adotadas medidas com a finalidade única de obter vantagem fiscal: todas as mudanças perpetradas não importaram em nenhuma alteração no controle da empresa vendida. Dado que Gustavo Franco, José Roberto e Paulo Bilyk detinham todas as quotas do fundo Garantia FIP, que passou deter, juntamente com outras empresas do Grupo, a totalidade do RB Crédito II FIP, único acionista da Unik S.A., verifica-se que, a despeito da transferência dos ativos, o recorrente continuou a deter o poder de controle sobre a empresa alienada.
11. Não houve, em decorrência da criação dos fundos de investimentos, nenhuma mudança no controle das empresas. Os sócios pessoas físicas, que eram os detentores das ações da Unik S.A., passaram a ser os detentores da totalidade das cotas do Garantia FIP que juntamente com outras empresas do grupo eram cotistas do RB Crédito II FIP, por sua vez, único acionista da Unik S.A.
12. O RB Crédito II FIP jamais existiu como veículo apartado e independente de seus cotistas. Outrossim, nunca foram implementadas na Unik alterações de gestão ou de governança tal como pretende fazer crer o recorrente.
13. Eventual reinvestimento dos valores oriundos da alienação da Unik S.A. é irrelevante para o caso dos autos. Nesse momento, já estava feito o negócio de venda da Unik S.A. e tal reinvestimento não contorna o fato de que o RB Crédito II FIP existiu durante tudo o período anterior à alienação da companhia sem fazer um único investimento.
14. Ambos os fundos nunca realizaram aporte de recursos em nenhuma empresa, nem captaram investidores. Tão somente receberam ações da Unik S.A. como forma de integralização de suas cotas. Não houve ingresso de investimentos em um empreendimento com vistas a seu desenvolvimento.
15. Ainda que o RB Crédito II FIP tenha continuado no tempo, sua interposição para venda das ações da Unik S.A. vulnerou o art. 2º da Instrução CVM 391/03, pois (i) não se prestou à reunião de recurso para aquisição de ativos, mas à sua venda e (ii) não houve participação no processo decisório da investida, limitando-se o fundo para servir como instrumento – entidade veículo – em operação de alienação de ativos.
16. Deve ser mantida a qualificação da multa, pois a fraude está caracterizada nos autos, uma vez que o contribuinte, por meio da interposição de fundos de investimento, buscou obstar ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Cita decisões administrativas do CARF.

Ao final, requer a Fazenda Nacional que seja negado provimento ao Recurso Voluntário, com a manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade. Portanto, merece ser conhecido.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Tanto a Recorrente como a Representante da Fazenda Nacional citam diversas decisões administrativas sobre a matéria em litígio.

Quanto ao entendimento que consta das decisões proferidas pela Administração Tributária ou pelo Poder Judiciário, embora possam ser utilizadas como reforço a esta ou aquela tese, elas não se constituem entre as normas complementares contidas no art. 100 do CTN e, portanto, não vinculam as decisões desta instância julgadora, restringindo-se aos casos julgados e às partes inseridas no processo de que resultou a decisão. São inaplicáveis, portanto, tais decisões à presente lide.

MÉRITO

Trata-se de lançamento fiscal em virtude da infração de “Omissão/Apuração Incorreta de Ganhos de Capital na Alienação de Bens e Direitos Adquiridos em Reais”, relativa à alienação de 53.035.738 ações da Unik S/A à WEX, pelo Contribuinte fiscalizado, pelo valor que lhe coube de R\$ 54.318.777,85. Deduzido o custo de aquisição de R\$ 248.364,34, foi apurado um ganho de capital de R\$ 54.070.413,51, em 31/08/2015.

Visando a facilitar o entendimento dos fatos, apresento a seguinte cronologia:

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

19/05/2008: Constituição do RB CRÉDITO II FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (RB CRÉDITO II FIP), com a deliberação pela emissão de até 5.000 cotas no valor de R\$ 10.000,00 cada, podendo atingir um patrimônio total de até R\$ 50.000.000,00.

14/08/2008: Subscrição de 5.000 cotas do RB CRÉDITO II FIP pela PLC PARTICIPAÇÕES Ltda., conforme Boletim de Subscrição, porém foram integralizadas apenas 100

cotas por meio de 1.300.000 ações da RIO BRAVO SERVIÇOS FINANCEIROS S/A (antiga denominação da UNIK PARTICIPAÇÕES S/A), desrespeitando a condição de integralização no mesmo dia.

24/10/2008: Integralização de mais 35 cotas do RB CRÉDITO II FIP pela PLC PARTICIPAÇÕES, enquanto o fundo adquire de RB FINANCIAL S/A 8.602.418 ações da UNIK S/A, por R\$ 304.748,53.

23/09/2009: Deliberação dos cotistas do RB CRÉDITO II FIP, em Assembleia Geral, para alterar o valor mínimo de subscrição de cotas, reduzindo-o de R\$ 1.000.000,00 para R\$ 100.000,00, e o valor unitário das cotas de R\$ 10.000,00 para R\$ 1,00.

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

14/12/2009: Constituição do GARANTIA CRÉDITO VAREJO FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (GARANTIA FIP).

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

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

06/04/2010: Integralização de Ações Nominativas da UNIK S/A, conforme Termos de Transferência n.º 16 a 18 do Livro de Registro de Transferência de Ações Nominativas. Há divergências nos Recibos de Integralização de Cotas, os quais indicam outras datas. Segundo os recibos, a integralização por JOSÉ ROBERTO KRACOCHANSKY teria ocorrido 28/09/2010, PAULO BILYK em 25/10/2010.

26/10/2010: Deliberação da Assembleia Geral de Cotistas do GARANTIA FIP pela integralização de cotas por meio de ações da UNIK S/A. O Termo de Transferência n.º 19 do Livro de Registro de Transferência de Ações Nominativas da UNIK S/A indica que a integralização teria

ocorrido em 07/04/2010. No Recibo de Integralização de Cotas, a data de integralização é 01/03/2011.

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

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

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

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

Conforme relatado, a Fiscalização entendeu que os Fundos GARANTIA FIP e RB CRÉDITO II FIP jamais funcionaram como Fundos de Investimento em Participação (FIP), tendo sido usados de forma simulada, de modo que a tributação sobre o ganho de capital incidiu sobre os seus titulares pessoas físicas.

Inicialmente, cabe destacar que este Colegiado já teve a oportunidade de se manifestar acerca dos presentes fatos, na sessão de 3 de outubro de 2024, quando da apreciação do Recurso Voluntário do Sr. Paulo André Porto Bilyk, sócio do ora Recorrente. Naquela ocasião, a Turma, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, cujo acórdão foi assim ementado (Acórdão nº 2201-011.924):

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2015

FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES. FIP. SIMULAÇÃO.

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

MULTA QUALIFICADA.

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

COMPENSAÇÃO. PEDIDO. APRECIAÇÃO. COMPETÊNCIA.

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

Pois bem.

Assim dispõe a Lei nº 11.312/2006 sobre a tributação dos rendimentos recebidos pelos cotistas dos Fundos de Investimento em Participações – FIP:

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 estabeleceu um regime específico de tributação para os ganhos obtidos por meio de Fundos de Investimento em Participações, isentando a carteira dos fundos e tributando apenas os investidores. A legislação permite que a tributação seja postergada para o momento em que há a amortização, o resgate, ou a liquidação das cotas dos fundos, quando o investidor terá obtido os ganhos.

Os Fundos de Investimento em Participações – FIPs - eram regulados, desde 2003, pela Instrução CVM nº 391/2003 e suas alterações subsequentes, a qual foi revogada pela Instrução CVM nº 578/2016.

Assim dispunha o art. 2º da Instrução CVM nº 391/2003:

Art. 2º O Fundo de Investimento em Participações (fundo), constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinados à aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, participando do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração.

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

Quanto ao administrador do FIP, assim estabelecia a Instrução CVM nº 391/2003:

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

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

[...]

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

No art. 36 da Instrução CVM n.º 391/2003 há uma importante vedação:

Art. 36. Salvo aprovação da maioria dos cotistas reunidos em assembleia geral, é vedada a aplicação de recursos do fundo em títulos e valores mobiliários de companhias nas quais participem:

I – o administrador, o gestor, os membros de comitês ou conselhos criados pelo fundo e cotistas titulares de cotas representativas de 5% (cinco por cento) do patrimônio do fundo, seus sócios e respectivos cônjuges, individualmente ou em conjunto, com porcentagem superior a 10% (dez por cento) do capital social votante ou total;

Um Fundo de Investimento em Participações – FIP – possui duas características fundamentais: aportar recursos em empresas com potencial de crescimento e rentabilidade; participar, de forma efetiva, da gestão das empresas investidas por meio de seu administrador. No caso presente, não ocorreu uma coisa nem outra.

Consoante relatório fiscal pormenorizado (fls. 3.350/3.434), constatou-se que, na realidade, não houve aporte de recursos nos fundos GARANTIA FIP e RB CRÉDITO II FIP e, assim, esses fundos não aportaram recursos em empresa com potencial de crescimento, em afronta ao estabelecido no art. 2º da ICVM nº 391/2003, acima transcrito. O que ocorreu foi o aporte de ações de uma empresa em um fundo e desse em outro fundo, como bem demonstrou a autoridade fiscal.

Está nítido que as aquisições serviram somente para que os fundos se interpusessem entre as pessoas físicas alienantes, dentre as quais o ora Recorrente, e o adquirente dos ativos (empresa WEX). Ativos esses que o Fundo GARANTIA FIP recebeu por preço simbólico, com a intenção de evitar a incidência tributária sobre o ganho de capital, com a postergação para uma das hipóteses de incidência de imposto de renda sobre a alienação, amortização ou liquidação das cotas.

Com bem destacou a Fiscalização (fl. 3.392):

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

113. Então, **em 1 dia, 2 dias ou 5 meses**, dependendo dos documentos considerados, **essas operações teriam implicado um ganho de mais de 7.700%**.

Essas informações servem apenas para mostrar transações absurdas ligadas aos Fundos GARANTIA FIP e RB CRÉDITO II FIP.

(destaques do original)

O Fiscalizado também não logrou comprovar que a empresa UNIK S/A estava em processo de recuperação ou reestruturação.

Restou, ainda, comprovado que os referidos fundos não trouxeram novos investidores, porquanto, após a reestruturação, a companhia continuou sob o domínio do contribuinte e de seus sócios, só que agora com a interposição de dois fundos.

A autoridade fiscal comprovou que os antigos sócios da Unik S/A continuaram com o poder decisório nessa empresa, mesmo após a interveniência dos fundos, conforme excertos do TVF (fls. 3.394/3.397), abaixo transcrito:

120. A Administradora (e Gestora, de acordo com os Regulamentos) do GARANTIA FIP e do RB CRÉDITO II FIP durante praticamente todo o período desde a constituição de ambos foi a RIO BRAVO INVESTIMENTOS DTVM Ltda. Ela foi constituída sob a razão social MERCÚRIO DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS Ltda. Foi transformada em sociedade anônima no ano de 1996. A razão social foi alterada para RIO BRAVO INVESTIMENTOS S/A DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS em novembro de 2002 (Doc 33C). Em Assembleia Geral realizada no dia 12/12/2007 (Doc 33H), deliberouse pela transformação da empresa novamente em uma sociedade limitada. **Um dos diretores da sociedade era o Sr. PAULO BILYK. Aliás, diretor responsável pela administração da carteira de seus valores mobiliários.**

121. Na 1ª alteração contratual, datada de 08/12/2008 (Doc 33I), o **Sr. PAULO BILYK**, além de diretor responsável pela administração da carteira de valores mobiliários da RIO BRAVO INVESTIMENTOS DTVM Ltda, **passou a ser sócio detentor de 99,9999% de suas cotas.**

122. Na 2ª alteração contratual, datada de 17/06/2009 (Doc 33J), **o Sr. GUSTAVO FRANCO foi nomeado diretor da sociedade.** E na 5ª alteração contratual, datada de 02/03/2015 (Doc 33P), ele tornou-se cotista. **Nessa ocasião, PAULO BILYK e GUSTAVO FRANCO passaram a deter 100% do capital da RIO BRAVO INVESTIMENTOS DTVM Ltda, além de serem seus diretores.**

123. Passo agora à UNIK PARTICIPAÇÕES S/A. Como visto, essa empresa integralizou cotas no RB CRÉDITO II FIP com ações da UNIK S/A. É possível constatar, pelas Atas de Assembleia e pelo Livro de Registro de Ações Nominativas (Doc 26P) que, desde 16/04/2008, a quantidade de ações emitidas por ela não se alterou. **Até o início de 2014, GUSTAVO FRANCO, PAULO BILYK e JOSÉ ROBERTO KRACOHANSKY detinham ações que correspondiam a 61,12% de seu capital social. Ao final de 2014, essa participação subiu para 63,22%.**

124. Devo registrar, ainda, que **GUSTAVO FRANCO** é diretor da UNIK PARTICIPAÇÕES S/A desde julho de 2004. **PAULO BILYK** é diretor dessa sociedade

desde junho de 2005. E os dois **passaram a ser os únicos diretores da UNIK PARTICIPAÇÕES S/A a partir do final de 2008.**

125. Por fim, a sociedade alienada, UNIK S/A. Cumpre lembrar, inicialmente, que, após Assembleia Geral de 18/03/2010 (Doc 19E) em que houve aprovação da conversão dos bônus de subscrição séries A, B e C em ações ordinárias da sociedade, seu quadro societário era:

<u>Acionista</u>	<u>Qtde de ações</u>
Gustavo Franco	53.035.738
Paulo Bilyk	47.584.000
RB Crédito II FIP	35.802.920
José Roberto Kracochansky	25.294.474
Robson do Espírito Santo	1
Total	161.717.133

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

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

128. Os parágrafos acima permitem responder à pergunta feita em relação à segunda característica fundamental de um FIP: e quanto à efetiva participação na gestão da UNIK S/A por meio da administradora dos Fundos, a RIO BRAVO INVESTIMENTOS DTVM?

129. Na verdade, a situação me faz lembrar da pergunta feita por Lois Lane em um dos filmes do Superman: “Porque quando o Superman aparece, Clark desaparece?”. A resposta é simples para os espectadores: Porque Clark Kent e Superman são a mesma pessoa!

130. É exatamente o que ocorre em relação a GUSTAVO FRANCO, PAULO BILYK e JOSÉ ROBERTO KRACOCHANSKY no contexto desse trabalho. Vejase, pois:

- Os três eram sócios majoritários da UNIK S/A até integralizarem suas ações no GARANTIA FIP;
- Mesmo depois de integralizar as ações no GARANTIA FIP, GUSTAVO FRANCO e JOSÉ ROBERTO KRACOCHANSKY permaneceram como diretores e conselheiros de administração da UNIK S/A;

- PAULO BILYK era sócio da RIO BRAVO INVESTIMENTOS DTVM (detentor de 99,9999% de seu capital social) e diretor responsável pela administração da carteira de valores mobiliários da sociedade. GUSTAVO FRANCO também era diretor desde 2009. A RIO BRAVO INVESTIMENTOS DTVM era administradora e gestora do GARANTIA FIP e do RB CRÉDITO II FIP;
- Os três também eram sócios majoritários da UNIK PARTICIPAÇÕES S/A desde 2008. GUSTAVO FRANCO e PAULO BILYK eram os únicos diretores dessa sociedade de 2008 em diante;

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

(destaques do original)

Sobre a necessidade de um laudo de avaliação de ações, reproduzo aqui excerto da decisão recorrida, com a qual concordo e adoto também como razões de decidir (fls. 4.263/4.264):

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

Art. 2º O Fundo de Investimento em Participações (fundo), constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinados à aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, participando do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração.

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

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

Sobre o tema, trago ainda a seguinte constatação da Fiscalização:

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

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

Observa-se que o impugnante não esclarece a enorme divergência apontada acima, que não vejo como possível em operações efetivamente ocorridas no mercado e evidencia de forma bastante contundente a total despreocupação com os atos relacionados aos fundos.

Nesse sentido também as falhas apontadas pela Fiscalização no item VII do TVF: desencontro de informações da custódia de cotas do Fundo Garantia FIP e RB Crédito II FIP pela instituição responsável e pela Rio Bravo Investimentos e diversas divergências de datas nas integralizações de cotas. Ainda que algumas das falhas restem retificadas, não representam, como pretende fazer crer a defesa, pequenas divergências imateriais, mas corroboram de modo convincente a tese de que os fundos não funcionavam de forma efetiva como fundos de investimento em participação.

No mesmo sentido, cita ainda autoridade fiscal o fato de todas as cotas no Garantia FIP e no RB Crédito II FIP terem sido e integralizadas, em todos os anos entre 2011 e 2015, com o valor unitário de R\$ 1,00, o que causa estranheza, uma vez que as cotas representam frações do patrimônio do fundo.

Conforme amplamente demonstrado no Relatório Fiscal, está-se, portanto, diante de uma situação em que houve uma simulação, onde foi constatada a utilização de fundos com a intenção de diminuir a tributação sobre os rendimentos recebidos pelos seus sócios, a título de ganho de capital.

Assim, é interessante trazer o conceito doutrinário de simulação, extraído da obra de Orlando Gomes:

Há simulação quando em um negócio jurídico se verifica intencionalmente divergência entre a vontade real e a vontade declarada, com o fim de enganar terceiros. É uma deformação voluntária para escapar à disciplina normal do

negócio, prevista na lei. (Introdução ao Direito Civil, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983)

Sílvio de Salvo Venosa também define a simulação, da seguinte forma:

Juridicamente, é a prática de ato ou negócio que esconde a real intenção. A intenção dos simuladores é encoberta mediante disfarce, parecendo externamente negócio que não é espelhado pela vontade dos contraentes. As partes não pretendem originalmente o negócio que se mostra à vista de todos; objetivam tão-só produzir aparência. Trata-se de declaração enganosa de vontade. (Direito civil. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003)

Conforme Venosa:

Simular é fingir, mascarar, camuflar, esconder a realidade. Juridicamente, é a prática de ato ou negócio que esconde a real intenção. A intenção dos simuladores é encoberta mediante disfarce, parecendo externamente negócio que não é espelhado pela vontade dos contraentes.

As partes não pretendem originalmente o negócio que se mostra à vista de todos; objetivam tão-só produzir aparência. Trata-se de declaração enganosa de vontade.

A característica fundamental do negócio simulado é a divergência intencional entre a vontade e a declaração. Há na verdade oposição entre o pretendido e o declarado. As partes desejam mera aparência do negócio e criam ilusão de existência. Os contraentes pretendem criar aparência de um ato, para assim surgir aos olhos de terceiros.

A disparidade entre o querido e o manifestado é produto de deliberação dos contraentes (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Parte geral. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 467).

Nos ensinamentos de Farias e Rosendal:

A simulação revela-se como o intencional e propositado desacordo entre vontade declarada (tornada exterior) e a vontade interna (pretendida concretamente pelo declarante), fazendo com que seja almejado um fim diverso daquele afirmado.

[...]

Na simulação aparenta-se um negócio jurídico que, na realidade, não existe ou oculta-se, sob uma determinada aparência, o negócio verdadeiramente desejado. Por isso, e de acordo com a nossa sistemática legal, é possível detectar duas espécies de simulação: a) absoluta ou b) relativa.

A simulação absoluta tem lugar quando o ato negocial é praticado para não ter eficácia. Ou seja, na realidade, não há nenhum negócio, mas mera aparência. [...] Já a simulação relativa, por sua vez, oculta um outro negócio (que fica dissimulado), sendo aquela em que existe intenção do agente, porém a declaração exteriorizada diverge da vontade interna. Em ambas as hipóteses, a

simulação gera nulidade do negócio jurídico, não produzindo efeitos. (grifos do original). (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. vol. 1. 12. ed. Salvador: Juspodium, 2014, p. 576)

Ao se deparar com a ocorrência de simulação, a autoridade fiscal tem o dever de aplicar a legislação sobre os fatos efetivamente ocorridos, desconsiderando aqueles fatos constituídos apenas formalmente, sem nenhuma consonância com a realidade.

Esse dever decorre do disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional, segundo o qual a autoridade administrativa que vai realizar o lançamento deve verificar a ocorrência do fato gerador e determinar a matéria tributável. O objetivo é a identificação do verdadeiro fato gerador, a fim de determinar a verdadeira matéria tributável, não ficando a autoridade fiscal limitada aos aspectos formais dos atos praticados.

Tanto é assim que a ocorrência de simulação está prevista como uma das hipóteses que ensejam o lançamento de ofício, conforme previsto no art. 149, VII, do Código Tributário Nacional:

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;

Diante de tais dispositivos do Código Tributário Nacional, resta evidente a possibilidade de a autoridade fiscal desconsiderar o ato simulado e apurar o crédito tributário com base nos fatos efetivamente ocorridos. Cabe ressaltar que tal atitude impõe-se como um dever à autoridade fiscal e nada mais é do que uma decorrência do princípio da verdade material.

Registre-se que não se trata de aplicação da norma antielisão incluída no artigo 116 do CTN pela Lei Complementar nº 104/2001, mas sim da aplicação de regras que já existiam há bastante tempo em nosso ordenamento jurídico, constituindo a própria essência da atividade de fiscalização.

Também não há que se falar em necessidade de prévia declaração judicial para tributação do fato efetivamente ocorrido em detrimento do fato simulado. O parágrafo único do artigo 168 do Código Civil estabelece apenas que o juiz deve pronunciar a nulidade de ofício, independentemente de alegação pelas partes, mas isso não implica uma cláusula de reserva de jurisdição, nem significa que o ato simulado deva ser considerado válido até o pronunciamento judicial. O art. 167 do Código Civil é claro ao estabelecer que o negócio jurídico simulado é nulo de pleno direito, portanto, incapaz de surtir efeitos jurídicos.

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

Deve ser ressaltado também que as disposições do Código Civil disciplinam os efeitos dos atos jurídicos apenas no âmbito das relações entre os particulares. Quanto à relação tributária, que se dá entre o Estado e o indivíduo, são aplicadas as regras e os efeitos específicos do Código Tributário Nacional.

Transcrevo a lição de Alberto Xavier sobre o tema:

A verdade, porém, é que o interesse pragmático do Fisco não vai ao ponto de exigir a declaração de invalidade do ato simulado, vez que tal invalidade respeita apenas às relações entre privados, que podem ter interesse ou não na arguição da nulidade ou até ter interesses divergentes, como sucede com os terceiros de boa-fé interessados na validade do ato simulado que, em nome da proteção da aparência jurídica, têm interesse na preservação dos seus efeitos: pense-se nos credores ou sub-adquirentes do simulado adquirente.

O interesse do Fisco contenta-se com a ineficácia relativa de tais atos, ineficácia esta que se traduz na insuscetibilidade de os atos em causa lhe causarem prejuízo, atingindo a sua esfera jurídica, independentemente de tais atos serem considerados válidos ou nulos, eficazes ou ineficazes nas relações privadas entre os simuladores, nas relações entre simuladores e terceiros ou nas relações entre terceiros com interesses conflitantes. (Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva, São Paulo: Dialética, 2001, p. 69)

O que se verifica atualmente é que existe uma tendência de uma parcela dos contribuintes procurar se eximir das suas obrigações tributárias ou atrair a aplicação de uma norma tributária mais benéfica, recorrendo a esquemas de negócios artificiosos, que manipulam e distorcem normas jurídicas, dentro de uma aparente legalidade, mas que se caracterizam como planejamento tributário abusivo.

Normalmente, trata-se de contribuintes com maior capacidade econômica e, conseqüentemente, com maior acesso a apoio técnico de assessores especializados. Esse comportamento, cada vez mais comum, infringe o ordenamento jurídico e é considerado sonegação fiscal, devendo, portanto, ser combatido.

Na simulação, ocorrem operações forçadas, artificiosas, que usam a estrutura formal de contratos e outros institutos jurídicos desprovidos de qualquer substância jurídica real, com o intuito de as partes se beneficiarem de uma tributação mais favorável.

A autoridade fiscal deve, portanto, desconsiderar os atos jurídicos praticados com simulação (sob aparente licitude) e aplicar as normas tributárias aos negócios efetivamente praticados pelas partes, não podendo ficar restrita aos princípios do direito privado quanto aos efeitos tributários dos atos e fatos jurídicos.

Esse é o entendimento que vem sendo adotado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF):

IRPF. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS. ELISÃO FISCAL. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO.

A interpretação da norma tributária, até para a segurança do contribuinte, deve ser primordialmente jurídica, mas a consideração econômica não pode ser abandonada. Assim, uma relação jurídica sem qualquer finalidade econômica, digo, cuja única finalidade seja a economia tributária, não pode ser considerada um comportamento lícito. A simulação é a modalidade de ilícito tributário que, com maior frequência, costuma ser confundida com elisão. Na simulação, a declaração recíproca das partes não corresponde à vontade efetiva e a causa da ocultação está sempre voltada para a obtenção de algum benefício que não poderia ser atingido pelas vias normais, o que demonstra tratar-se de um ato antecipadamente deliberado pelas partes envolvidas, que se volta para um fim específico, no caso contornar a tributação. Na simulação tem-se pactuado algo distinto daquilo que realmente se almeja, com o fito de obter alguma vantagem. Reconhece-se a liberdade do contribuinte de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, salvo simulação e outras patologias do negócio jurídico, como o abuso de direito e a fraude à lei, conforme ensina Marco Aurélio Greco. (Planejamento Tributário. 3ª ed. Dialética:2011, p.319.). (Acórdão nº 2801-003.958, data de publicação: 10/03/2015, rel. Marcio Henrique Sales Parada).

OPERAÇÕES ESTRUTURADAS. SIMULAÇÃO.

Constatada a desconformidade, consciente e pactuada entre as partes que realizaram determinado negócio jurídico, entre o negócio efetivamente praticado e os atos formais de declaração de vontade, resta caracterizada a simulação relativa, devendo-se considerar, para fins de verificação da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, o negócio jurídico dissimulado. (Acórdão nº 1401-000.868, data de publicação: 18/12/2012, rel. Fernando Luiz Gomes de Mattos).

Especificamente em relação à interposição de fundos de investimento com a finalidade de reduzir a carga tributária na alienação de participação societária, assim tem sido o posicionamento deste Conselho:

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.

(Acórdão nº 2302-003.842, de 06/08/2024, Rel. Angélica Carolina Oliveira Duarte Toledo)

DESCONSIDERAÇÃO DE FUNDOS DE INVESTIMENTO.

Comprovada a interposição de fundos de investimento, com o fim exclusivo de usufruir de benefício fiscal, deve desconsiderar os fundos de investimento, de modo a cobrar o tributo do cotista desse fundo, beneficiário dos rendimentos.

(Acórdão nº 2301-011.267, de 07/05/2024, Rel. Flavia Lilian Selmer Dias)

INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES - FIP. FINALIDADE. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Comprovada a interposição de fundos de investimento, com o fim preponderante 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 do proprietário último das ações da sociedade vendida.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. VALIDADE.

Só é considerado válido o planejamento tributário - conjunto de medidas e atos adotados pelo contribuinte na organização de sua vida econômico-fiscal - se este se pautar pela legalidade, com o afastamento de abuso de direito em relação aos atos e negócios praticados, os quais devem possuir verdadeiro propósito comercial, e atender sua função econômico-social.

SIMULAÇÃO. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA.

O fato de cada uma das transações, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando fica comprovado que os atos praticados tinham objetivo diverso daquele que lhes é próprio, visto que, por trás da verdade declarada, existia uma única intenção, qual seja, a venda do negócio para terceiro com pagamento a menor de imposto.

(Acórdão nº 2302-003.823, de 09/07/2024, Rel. Alfredo Jorge Madeira Rosa)

Portanto, entendo que restou caracterizada a simulação, conforme constatado pela autoridade fiscal, de modo que deve ser mantida a decisão recorrida.

MULTA QUALIFICADA

Insurge-se o Recorrente contra a aplicação da multa de ofício de 150%, por entender que a fraude apontada não restou devidamente comprovada, não havendo qualquer prova ou sequer indício da suposta materialidade do crime de fraude e sonegação.

Sustenta que está ausente qualquer dolo para o não pagamento do tributo, mormente, quando se discute a existência ou não de propósito comercial.

A Fiscalização efetuou o lançamento fiscal com a multa qualificada de 150%, por entender que o fiscalizado praticou conduta fraudulenta, consoante o seguinte excerto do Relatório Fiscal (fl. 297):

207. Conforme demonstrado no presente Termo de Verificação Fiscal, o GARANTIA FIP e o RB CRÉDITO II FIP foram utilizados por sócios da UNIK S/A no processo de alienação dessa empresa para a WEX. Tais Fundos serviram como o que se conhece no jargão popular de “laranjas” para tais sócios.

208. Procedendo-se dessa maneira e tendo em vista a legislação específica aplicada aos Fundos de Investimento em Participações, o imposto de renda sobre o ganho de capital auferido na alienação das ações da UNIK S/A foi postergado para o momento do resgate das cotas desses FIP ou, dependendo de operações posteriores, reduzido, podendo ser até integralmente eliminado.

209. Presentes, sem dúvida alguma, os elementos previstos nos art. 71 a 73 da Lei n.º 4.502/64 acima transcritos, razão pela qual impõe-se a aplicação da multa prevista no §1º do art. 44 da Lei n.º 9.430/96.

Assim dispunha a Lei nº 9.430/96, sobre a aplicação das multas em lançamentos de ofício, à época dos fatos geradores:

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 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488. de 2007)

(destaquei)

Já a Lei nº 4.502/1964 possui a seguinte redação:

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, ou 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 artigos 71 e 72.

Como se percebe, nos casos de lançamento de ofício, a regra é aplicar a multa de 75%, estabelecida no inciso I do artigo acima transcrito. Excepciona a regra a comprovação do intuito fraudulento, a qual acarreta a aplicação da multa qualificada de 150%, prevista no § 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430 de 1996, com a redação dada Lei nº 11.488, de 15/06/2007.

A fraude fiscal pode se dar em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano à Fazenda Pública, um propósito deliberado de se subtrair, no todo ou em parte, a uma obrigação tributária.

Nesses casos, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, de lesar o Fisco, quando, se utilizando de subterfúgios, escamoteiam a ocorrência do fato gerador ou retardam o seu conhecimento por parte da autoridade fiscal.

No presente caso, não há razão para afastar a qualificação da multa de ofício, uma vez que restou demonstrada a conduta fraudulenta do Contribuinte fiscalizado, ao realizar um planejamento tributário ilícito, sem legítimo propósito negocial, com a interposição de dois fundos de investimento entre ele e a companhia vendida, visando unicamente à redução de tributos.

Restou, portanto, plenamente caracterizada a ocorrência de uma simulação, estando justificada a aplicação da multa qualificada.

Contudo, em 21 de setembro de 2023 foi publicada a Lei nº 14.689, a qual alterou o § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, tendo cominado penalidade menos severa, reduzindo-a para 100% (cem por cento), consoante abaixo:

§ 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: (Redação dada pela Lei nº 14.689, de 2023)

[...]

VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício; (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

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. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023).

Assim sendo, não tendo sido constatada a reincidência descrita no § 1º-A, aplica-se ao presente a retroatividade benigna de que trata o art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, de modo que a multa qualificada fica reduzida ao percentual de 100% (cem por cento).

COMPENSAÇÃO DE VALORES RETIDOS NA FONTE

O Recorrente requer, subsidiariamente, a compensação do montante do imposto de renda retido na fonte por ocasião das distribuições de rendimentos realizadas pelos fundos a seus cotistas.

Não há como acolher a pretensão do Recorrente, uma vez que este Conselho não é competente para apreciar pedidos de restituição/compensação. A competência é da unidade da Receita Federal que jurisdiciona o contribuinte.

Aos órgãos julgadores do CARF compete o julgamento de recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do artigo 1º da Portaria MF nº 1.634 de 21 de dezembro de 2023.

Portanto, a atuação deste Conselho nos processos que tratem de compensação exige a instauração de litígio decorrente da negativa pela autoridade competente, o que não é o presente caso.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto por dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para reduzir a multa aplicada para 100%, em virtude da retroatividade benigna.

(documento assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa