



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

Processo nº 12448.727473/2016-53
Recurso nº De Ofício
Acórdão nº 2202-004.794 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de setembro de 2018
Matéria IRPF
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado JORGE NEVAL MOLL FILHO

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2010

ALIENAÇÃO DE ATIVO. UTILIZAÇÃO DE FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES. POSSIBILIDADE.

Não há simulação nem fraude pelo simples de que um acionista da empresa vê sua participação diluída com a entrada de outros acionistas, inclusive de Fundo de Investimentos em Participação - FIP em que é cotista, em período de reestruturação da sociedade antecedente à alienação para terceiros.

A diluição da participação é válida quando ela decorre da entrada de novos investimentos e recursos, implicando valorização da sociedade.

É válida a utilização de FIP quando é instrumento indispensável à realização dos novos investimentos e exigido pelo próprio adquirente do ativo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente e Redator *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os conselheiros Ronnie Soares Anderson, Rosy Adriane da Silva Dias, Martin da Silva Gesto, José Ricardo Moreira (suplente convocado), Júnia Roberta Gouveia Sampaio e Dilson Jatahy Fonseca Neto (relator).

Relatório

Na condição de Presidente da 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção, no uso das atribuições conferidas pelo art. 17, inciso III, do Anexo II do RICARF, designo-me Redator *ad hoc* para formalizar o presente acórdão, tendo em vista que o Relator originário, Dilson Jatahy Fonseca Neto, não mais integra o Colegiado.

Assim, reproduzo, na íntegra, o relatório disponibilizado em meio magnético pelo referido Conselheiro, conforme a seguir.

Feito o breve resumo da lide, passo ao relatório pormenorizado dos autos.

Em 04/10/2016 foi formalizado auto de infração (fls. 2.868/2.874) apontando a ocorrência de

GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS

INFRAÇÃO: OMISSÃO/APURAÇÃO INCORRETA DE GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES/QUOTAS NÃO NEGOCIADAS EM BOLSA DE VALORES

Omissão de ganho de capital auferido na alienação, por meio de incorporação de ações, de ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", para a FLEURY S.A., por intermédio de interposto Fundo, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

No Termo de Verificação Fiscal (fls. 2.875/2.934), a autoridade lançadora apresentou as seguintes constatações:

256"2. Deve-se informar, desde já, que em 20/07/2016 lavrou-se o Auto de Infração, objeto do processo digital nº 12448-725.823/2016-47, referente ao lançamento, de ofício, do crédito tributário cujo fato gerador foi apurado no procedimento fiscal mencionado, prosseguindo-se, este, em relação aos demais fatos geradores não contemplados no lançamento de ofício, como foi expressamente esclarecido para o contribuinte no Termo de Verificação Fiscal (parágrafo 247).

4. Os procedimentos e as verificações fiscais efetuados trouxeram à RFB firme convicção referente à adoção, pelo contribuinte, de injurídico planejamento tributário articulado em torno da venda, para a "FLEURY S.A.", de ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", em 01/08/2011 (como já foi dito no Termo de Verificação Fiscal, lavrado em 20/07/2016, em relação à alienação, mediante venda e compra, de ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." para a "FLEURY S.A.", em 01/08/2011).

5. Em breve resumo, constatou-se que:

5.1. no ano-calendário 2010, o contribuinte era proprietário de 100% das ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.";

5.2. em dezembro deste ano-calendário (15/12/2010), houve tratativas para a alienação, para a "FLEURY S.A.", da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", estimando-se, nestas tratativas, o preço e as modalidades (venda e compra e incorporação de ações) de alienação/aquisição;

5.3. no ano-calendário 2011, anteriormente a esta alienação, o contribuinte utilizou fundos de investimento, recém criados (FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CREDITO PRIVADO BORDEAUX - INVESTIMENTO NO EXTERIOR e DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES), para diluir sua participação no capital social da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", de 100,0000% para 21,8900%; transferiu recursos para o "Fundo BORDEAUX", tornando-se o único cotista deste, o qual transferiu recursos para o "Fundo DELTA", tornando-se seu cotista majoritário, que, assim, subscreveu aumento de capital social da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", integralizando-o com estes recursos;

5.4. os aportes financeiros feitos pelo "Fundo BORDEAUX" no "Fundo DELTA" e pelo "Fundo DELTA" na "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." foram recursos do próprio contribuinte e

5.5. assim, com esta "reorganização societária", engendrada e executada na iminência da alienação da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." para a "FLEURY S.A.", o contribuinte diminuiu e postergou a incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital auferido, como será detalhadamente exposto.

(...)

88. Analisando-se sistemicamente a legislação tributária referente tanto à incidência do IRPF sobre o ganho de capital quanto à incorporação de ações, percebe-se também a plena aplicabilidade, no âmbito desta operação de reorganização societária, da norma jurídica que dispõe sobre a tributação do ganho de capital obtido com a transferência de bem(ns) para a integralização de capital social subscrito por pessoa física, na hipótese de haver diferença positiva entre o valor da transferência e o custo de aquisição do bem(ns) (o qual é informado na DIRPF):

(...)

118. Em síntese, esta é a legislação tributária, já analisada, que embasa as verificações efetuadas neste procedimento fiscal:

118.1. incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza sobre ganho de capital auferido por pessoa física, incluindo-se a hipótese de alienação de bem(s) com vistas à integralização de capital social subscrito - Constituição Federal, art. 153, III e §2º, I; CTN, art. 43, I, H e §1º; Lei nº

7.713/88, art. 3º; Lei nº 8.981/95, arts. 21 e 22; Lei nº 9.249/95, art. 23. e RIR/99, arts. 117a 124, 132, 138e 140;

118.2. incorporação de ações — Lei nº 6.404/76, arts. 9º, 224, 225, 251 e 252 e 118.3. custo de aquisição de participações societárias — Lei nº 7.713/98, art. 16, § 2º; RIR/99, arts. 129, 130, 131 e 135 e Instrução Normativa RFB nº 84/01, art. 16, §§ 30,40 e 5º.

111.2. Infrações, à legislação tributária, constatada no curso do procedimento fiscal

11.2.1. Aquisição/alienação das ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A."

Esclarecimentos

119. Antes de se iniciar o relato acerca das constatações oriundas dos fatos apurados neste procedimento fiscal, deve-se esclarecer que a análise do negócio jurídico, do qual decorreram relevantes efeitos tributários, abrange tanto as ações que estavam registradas em nome do contribuinte quanto as que estavam registradas em nome de sua consorte em 31/07/2011, uma vez que, em sua carta-resposta, de 02/04/2014, ao Termo de Início de Ação Fiscal (lavrado em 27/02/2014), ele informou que, no ano-calendário correspondente (2011), era casado no regime de comunhão de bens, instruindo esta informação com cópia de sua Certidão de Casamento. Por conseguinte, as ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." eram, em conjunto, bens comuns do casal.

120. Assim, todas as referências ao contribuinte consideram, conjuntamente, ele e seu cônjuge.

121. Outro esclarecimento relevante é que em sua DIRPF, no anexo "ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA FORA DA BOLSA DE VALORES (Valores em Reais)", o contribuinte, espontaneamente, apurou o ganho de capital auferido em 31/10/2011 com a alienação, mediante incorporação de ações, de 56.211.389 ações (quantidade total de ações registradas em seu nome e em nome de sua consorte em 31/10/2011) da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." para a FLEURY S.A.

122. Portanto, o contribuinte, espontaneamente e corretamente, considerou o ganho de capital obtido com a alienação, por meio da incorporação de ações, fato gerador do IRPF, tributando-o em parte (como será demonstrado adiante).

123. Neste caso concreto não há, então, controvérsia jurídica acerca da tributação desta modalidade de alienação (incorporação de ações).

124. Finalmente e para melhor compreensão, esta é a relação das muitas "partes" (empresas, pessoas físicas e fundos) envolvidas nos fatos que serão relatados:

124.1. ALICE JUNQUEIRA MOLL, CPF nº ...;

124.2. BTG ARF BRAZIL INVESTMENTS LP — BANCO SANTANDER S.A., CNPJ nº ...;

124.3. BTG EQUITY INVESTMENTS LLC, CNPJ nº CNPJ nº ...;

124.4. DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES; CNPJ nº ...

124.5. "FLEURY S.A.", CNPJ nº ...;

124.6. FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CREDITO PRIVADO BORDEAUX - INVESTIMENTO NO EXTERIOR, CNPJ nº ...;

124.7. JORGE NEVAL MOLL FILHO, CPF nº ... e

124.8. "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", CNPJ nº

Primeiras tratativas

125. Em 15/12/2010, "FLEURY S.A." firmou com os sócios das empresas integrantes do grupo "LAB'S DOR" (atuantes no setor de medicina diagnóstica) "Memorando de Entendimentos" referente à futura aquisição, condicionada ao atendimento de determinadas condições, dos ativos destas empresas, (...)

127. Nesta data, os acionistas da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." (principal empresa do grupo "LAB'S DOR") eram o contribuinte, Sr. JORGE NEVAL MOLL FILHO, proprietário de 99,84% das ações, e sua esposa, Sra. ALICE JUNQUEIRA MOLL, proprietária das restantes 0,16% ações.

128. As demais empresas integrantes do grupo "LAB'S DOR" (das quais o contribuinte e sua esposa também eram acionistas ou cotistas) que, conforme o "Memorando de Entendimentos", seriam incluídas no negócio jurídico eram:

128.1. Cavallieri Serviços Médicos S.A.;

128.2. CEC — Centro de Ultrassom e Exames Cardiológicos S.A.;

128.3. Centro de Diagnóstico Ultrassonográfico S.A.;

128.4. Clínica Luiz Felipe Mattoso Ltda.;

128.5. Clínica Radiológica Menezes da Costa Ltda.;

128.6. Diagnolabor Exames Clínicos S.A.;

128.7. Diagnoservice Imagem S.A.;

128.8. Labs Barra Life Diagnósticos Médicos S.A.;

128.9. Labs Cardioclínica Exames Complementares S.A.;

128.10. Labs Diagnóstika Exames Complementares S.A. e

128.11. Labs Ecolab Patologia Clínica S.A.

129. Após a prática de alguns atos referentes à reorganização societária da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", que ainda estava em andamento e que se intensificou entre os dias 19 e 26 do mês de julho de 2011, em 13/07/2011 "FLEURY S.A." e Integratas Participações S.A., de um lado, e ALICE JUNQUEIRA MOLL; BTG EQUITY INVESTMENTS LLC; DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES; JORGE NEVAL MOLL FILHO e "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", de outro lado, celebraram "Acordo de Investimento" para estipular as futuras operações de alienação (compra e venda e incorporação de ações), outrora contempladas no "Memorando de Entendimentos", que ocorreriam, após a prática de atos e procedimentos dispostos nas cláusulas 4.4 e 4.6, a partir de 01/08/2011.

130. Segundo este Acordo, em 01/08/2011 ocorreria a compra e venda de 256.707.720 ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." (que, nesta data, já teria incorporado todas as empresas que em 15/12/2010 — quando houve as primeiras tratativas acerca do negócio jurídico — integravam o grupo "LAB'S DOR" e passado por significativa ampliação de seu capital social, do número de ações deste e de seu quadro de acionistas), pelo preço total de R\$621.206.700,00, que seria pago, mediante TED, em 2 (duas) parcelas, assim definidas: a primeira, na data da compra e venda (que poderia ocorrer em 01/08/2011 ou em outra data estipulada por escrito pelas partes), no valor de R\$434.844.690,00, acrescido de juros remuneratórios (referentes ao período compreendido entre as datas da assinatura e do pagamento), e a segunda, em 6 (seis) meses contados da data da assinatura ou na data da compra e venda (a que fosse posterior), no valor de R\$186.362.010,00, acrescido de juros remuneratórios (referentes ao período que se inicia no 6º (sexto) mês contado da data da assinatura até a data do pagamento). Estas disposições encontram-se nas cláusulas 2.1; 2.2; 2.3; 4.2 e 4.3 do Acordo de Investimentos.

(...)

Incorporação de Ações

136. Em 01/08/2011 (menos de 08 (oito) meses depois da assinatura, em 15/12/2010, do "Memorando de Entendimentos") ocorreu a compra e venda de 50% das ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.".

137. Nesta data (01/08/2011), o capital social, o número de ações em que se dividia este e o quadro de acionistas desta Companhia haviam se ampliado significativamente, após sucessivos atos e procedimentos de reorganização societária.

138. Com estas ampliações, a participação do contribuinte no capital social desta Companhia foi vultosamente reduzida, passando de 100,0000% (percentual vigente na data de assinatura do "Memorando de Entendimentos" — 15/12/2010 —, correspondente a 1.832.800 ações) para 21,8900% (percentual

vigente na data da compra e venda — 01/08/2011 —, correspondente a 112.422.772 ações).

(...)

111.2.2. Reorganização Societária da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A."

28 de maio de 2010

157. Salienta-se, inicialmente, que a "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", criada em 09/02/1981, era sociedade por cotas de responsabilidade limitada até 28/05/2010.

158. No ano-calendário 2010, previamente ao "Memorando de Entendimentos", de 15/12/2010, transformou-se, em sociedade anônima, a "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES LTDA.", por meio da Assembléia Geral de Transformação de 28/05/2010, com denominação social "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." (art. 1º do Estatuto Social); objeto social "prestação de serviços médicos" (art. 2º do Estatuto Social) e capital social de R\$9.164.000,00. (art. 50 do Estatuto Social), como demonstra a ata da Assembléia Geral Extraordinária (AGE)⁴ realizada nesta data.

159. O contribuinte e sua consorte possuíam 1.832.800 ações, representativas de 100,0000% do capital social, que totalizava R\$9.164.000,00.

29 de abril de 2011

160. Em 29/04/2011, após o "Memorando de Entendimentos" (de 15/12/2010), iniciou-se a reorganização societária, com deliberação e aprovação, em AGE⁵, da incorporação, pela "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", das empresas, listadas a seguir, integrantes do grupo "LAB'S DOR" e, assim, de todos os procedimentos necessários previstos em lei:

160.1. Cavallieri Serviços Médicos S.A;

160.2. CEC — Centro de Ultrassom e Exames Cardiológicos S.A;

160.3. Centro de Diagnóstico Ultrassonográfico S.A;

160.4. Diagnoservice Imagem S.A;

160.5. Labs Barra Life Diagnósticos Médicos S.A;

160.6. Labs Diagnóstika Exames Complementares S.A e

160.7. Labs Ecolab Patologia e Clínica S.A.

161. Em virtude desta "absorção" empresarial (itens 4.1 a 4.3 da ata), aprovou-se o aumento do capital social da Companhia em R\$4.963.474,80, mediante a emissão de 4.963.475 ações ordinárias (item 4.5 da ata), atribuídas ao contribuinte

(4.011.439 diretamente a ele e 952.036 a seu cônjuge), conforme item 4.6. (i)). Calculou-se o novo valor do capital social (R\$6.027.474,80), que foi a diferença entre o capital social total (soma dos valores do capital social anterior (R\$9.164.000,00) e do capital social aumentado (R\$ R\$4.963.474,80)) e a absorção de adiantamentos para futuros aumentos de capital social das empresas incorporadas (R\$8.000.000,00) (item 4.7).

162. Até esta data o contribuinte, mesmo com o início da reorganização societária, permaneceu com 100% das ações e do capital social.

163. Nesta condição (contribuinte detentor de 100% do capital social da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A."), firmou-se, em 13/07/2011, o "Acordo de Investimentos", já referido.

19 de julho de 2011

164. Em 19/07/2011, em nova AGE6, deliberou-se e aprovou-se a incorporação, pela "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", da LABS CARDIOCLÍNICA EXAMES COMPLEMENTARES S.A. (itens 4.1 a 4.4) e, assim, todos os procedimentos legais necessários. Com o aumento do capital social em R\$162.719,60, este passou de R\$6.027.474,80 para R\$6.190.194,40, mediante a emissão de 144.200.000 novas ações ordinárias, com preço unitário de R\$0,0011, das quais 105.626.500 foram atribuídas ao contribuinte e 38.573.500 ao BTG EQUITY INVESTMENTS LLC (itens 4.5 e 4.6 da ata).

165. Vê-se que, no curto espaço de tempo em análise (interim compreendido entre o Memorando de Entendimentos, de 15/12/2010, e a compra e venda, em 01/08/2011), pela primeira vez ingressa 3º (terceiro) acionista na "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", por meio da troca efetuada entre as ações da Companhia incorporada e as novas ações emitidas pela Companhia incorporadora.

166. Com este ingresso, o percentual de participação do contribuinte (aqui considerado juntamente com sua esposa, reitera-se) no capital social da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." diminuiu de 100,0000% para 74,4540%, passando, o novo acionista, a deter 25,5460%.

(...)

169. O BTG EQUITY INVESTMENTS LLC é investidor estrangeiro, sediado nos Estados Unidos da América (Delaware), como demonstra o sistema cadastral (CNPJ).

170. "FLEURY S.A." informou que, em cumprimento à legislação tributária, efetuou a retenção e o recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital auferido pelo Fundo (BTG EQUITY INVESTMENTS LLC), calculado pela alíquota de 15%, como está detalhado no cálculo apresentado em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 08/2015, de 10/04/2015.

21 de julho de 2011

171. Ainda no mês de julho de 2011 (último mês anterior à efetivação, em 01/08/2011, da compra, por "FLEURY S.A.", e venda, pelos acionistas, de 50% das ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A."), no dia 21, em AGE, deliberou-se e aprovou-se novo aumento do capital social em vultoso montante (R\$212.000.000,00) — passando, este, de R\$6.190.194,40 para R\$218.190.194,40 com emissão de 86.458.366 ações ordinárias, pelo preço unitário de R\$2,4520 (item 4.1 da ata).

172. Este aumento do capital social foi totalmente subscrito por DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES (aqui chamado, em várias menções, de "Fundo DELTA") e parcialmente integralizado (pagamento de R\$21.200.000,00), permanecendo, pendente, o pagamento do valor de R\$190.800.000,00, que deveria ocorrer em 06 (seis) meses (item 4.2 da ata e Boletim de Subscrição).

(...)

175. Percebe-se, pois, que em 21/07/2011 ingressou na "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." o 40 (quarto) acionista envolvido na operação de alienação ocorrida em 01/08/2011.

176. Com este ingresso, de novo acionista, o percentual de participação do contribuinte no capital social da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." diminuiu, novamente, passando de 74,4540% para 47,3449%.

22 de julho de 2011

177. Em 22/07/2011, na "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." deliberou-se e aprovou-se a eleição de membros do Conselho de Administração (houve registro de 01 (uma) ação para cada membro do Conselho de Administração que não era acionista, totalizando 05 (cinco) membros e 05 (cinco) ações) e a emissão de 17(dezessete) bônus de subscrição por R\$10,00 cada, os quais poderiam ser exercidos em até 02 (dois) meses e representavam, no total, de 7,5% do capital social, e R\$100.000,00 em ações a serem emitidas.

23 de julho de 2011

178. A Instituição Financeira BTG PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S. A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS, em sua resposta, de 05/09/2014, ao Termo de Intimação Fiscal nº 31/2014, lavrado em 28/08/2014, apresentou, em arquivos digitais (formato "PDF"), os Contratos de Compra e Venda de Bônus de Subscrição, celebrados em 23/07/2011(01 (um) dia após a emissão destes títulos) entre o DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (Comprador) e os seguintes beneficiários (Vendedores), com interveniência de "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.":

(...)

25 de julho de 2011

180. Poucos dias depois, em 25/07/2011, deliberou-se e aprovou-se, em AGE, novo aumento do capital social em R\$ 100.000,00 - passando, este, para R\$218.290.19 4,40 -, emitindo-se 19.253.079 ações ordinárias (item 4.1 da ata), subscritas por DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES em face dos bônus de subscrição adquiridos (item 4.2 da ata), com suposta integralização parcial (correspondente a 10%).

(...)

183. Por conseguinte, o percentual de participação do contribuinte no capital social da Companhia diminuiu novamente, para 43,7941%, e o de DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES aumentou novamente, para 41,1797%.

26 de julho de 2011

184. Apenas 01 (um) dia depois, em AGE19 realizada 26/07/2011, deliberou-se e aprovou-se a incorporação, pela "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", da DIAGNOLABOR EXAMES CLÍNICOS S.A. e, assim, todos os procedimentos necessários previstos em lei (itens 4.1 a 4.4).

185. Conforme itens 4.5 e 4.6 da ata, aumentou-se o capital social em R\$52.644.533,07 (o qual alcançou, pois, o montante de R\$270.934.727,47), mediante a emissão de 256.707.720 ações ordinárias, pelo preço unitário de R\$0,2050, atribuídas, em face da condição de acionista da Companhia incorporada, ao DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES (seu ingresso no quadro societário da DIAGNOLABOR EXAMES CLÍNICOS S.A. está descrito nos parágrafos 189 a 196).

186. Esta, que foi a última providência referente à reorganização societária que antecedeu o negócio jurídico ocorrido em 01/08/2011 (compra, por "FLEURY S.A.", e venda, pelos acionistas, de 50% das ações dessa Companhia), resultou em nova diminuição da participação do contribuinte no capital social da Companhia, para 21,8970%, e em novo aumento da participação do DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES, para 70,5898%, invertendo as posições destes 02 (dois) acionistas.

187. Neste momento, aproximadamente 07 (sete) meses após as tratativas iniciais do negócio jurídico (consubstanciadas no "Memorando de Entendimentos" de 15/12/2010), a participação do contribuinte no capital social da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." despencou de 100,0000% para 21,8970%, em face do ingresso de outros 02 (dois) acionistas, um dos quais (DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES) tornou-se majoritário, com 70,5898% de participação, em apenas 06 (seis) dias (entre 21/07/2011 e 26/07/2011).

188. Observa-se, também, que, apesar de o "Acordo de Investimentos", de 13/07/2011, estipular, em relação à compra e venda, a data, a quantidade de ações, o quadro de acionistas e os respectivos percentuais de participação, o preço de compra/venda e a forma de pagamento, somente em 26/07/2011 alcançou-se esta configuração.

189. Sobre o ingresso de DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES na DIAGNOLABOR EXAMES CLÍNICOS S.A., incorporada em 26/07/2011, seguem algumas informações relevantes.

190. Por meio do Instrumento Particular de Opção de Compra de Cotas, celebrado em 01/12/2010 entre PAULO ROBERTO DA COSTA (CPF nº ...) (Outorgante), FRANCISCO JOSÉ DE ATHAYDE CARNEIRO LEÃO (CPF nº ...) (Outorgante) e BTG PACTUAL DELTA FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (Outorgado), com Interveniência de DIAGNOLABOR EXAMES CLÍNICOS LTDA, o Fundo recebeu gratuitamente (isto é, sem pagamento de prêmio), a opção de compra de todas as cotas dos Outorgantes, que poderia ser exercida no prazo de até 01 (um) ano pelo preço de R\$3.000.000,00, o qual seria pago em 03 (três) meses contados de seu exercício.

191. Anteriormente ao exercício desta "opção de compra", pelo Fundo (Outorgado), em 25/04/2011, aumentou-se o capital social da DIAGNOLABOR EXAMES CLÍNICOS LTDA. em R\$50.000.000,00, mediante a emissão de 50.000.000 de cotas a R\$1,00 cada, com subscrição, por cada cotista (FRANCISCO JOSÉ DE ATHAYDE CARNEIRO LEÃO e PAULO ROBERTO DA COSTA), de metade deste valor — isto é, de R\$25.000.000,00 —, sem a correspondente integralização, que poderia ocorrer em 06 (seis) meses.

(...)

195. A aquisição destas cotas ocorreu sem a prévia integralização, pelos cotistas alienantes, do aumento do capital social subscrito por eles em 25/04/2011.

(...)

111.2.3. DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES

(...)

204. Consoante consulta ao sistema cadastral institucional (CNPJ), criou-se o "Fundo DELTA", com o nome BTG PACTUAL DELTA FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES, em 30/11/2010.

(...)

212. Percebe-se, então, que o "Fundo DELTA" recebeu seus primeiros aportes financeiros, correspondentes aos

investimentos dos primeiros cotistas, em 19/07/2011 — embora as primeiras subscrições de cotas tenham ocorrido em 27/06/2011, conforme Boletins de Subscrição nº 01 e nº 02, as correspondentes integralizações ocorreram em 19/07/2011 —, e, assim, iniciou sua movimentação financeira nesta data (19/07/2011).

213. Consoante relato já feito, seu ingresso no quadro de acionistas da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." ocorreu poucos dias após o recebimento destes primeiros investimentos, em 21/07/2011 (subscrição com integralização, parcial, no montante de R\$21.200.000,00); em 25/07/2011 (subscrição sem integralização imediata) e em 26/07/2011 (recebimento de ações em decorrência de incorporação de outra companhia, cujas ações foram compradas em 05/07/2011 e pagas em 28/07/2011).

214. Os documentos com as informações referentes à carteira de investimentos do "Fundo DELTA" e à rentabilidade destes investimentos, no ano-calendário 2011, mostram que, no mês de julho, em que se iniciou a movimentação financeira, aplicou-se 98,6406% do patrimônio líquido deste "Fundo" nas ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." (patrimônio líquido que, em 31/07/2011 — data imediatamente anterior ao primeiro evento de alienação das ações desta Companhia — era insuficiente para o pagamento dos montantes, ainda devidos, correspondentes às subscrições não integralizadas, os quais totalizavam R\$240.000.000,00) e 1,3594% no título "NTNB IPCA" (percentual inexpressivo).

215. O percentual de aplicação do patrimônio líquido do "Fundo DELTA" nas ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." diminuiu no mês seguinte, em virtude da venda de 50% destas para "FLEURY S.A." em 01/08/2011.

(...)

218. Analisar-se-á, agora, o FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CREDITO PRIVADO BORDEAUX — INVESTIMENTO NO EXTERIOR.

111.2.4. FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO CREDITO PRIVADO BORDEAUX — INVESTIMENTO NO EXTERIOR

(...)

220. Consoante consulta ao sistema cadastral institucional (CNPJ), criou-se o "Fundo BORDEAUX", com o nome "FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO PROFIT 271", em 03/11/2010.

(...)

223. Este foi o "retrato" do "Fundo BORDEAUX" no período compreendido entre 01/12/2010 e 28/07/2011, posto que, em 29/07/2011 (03 (três) dias antes da efetivação da 1ª (primeira)

etapa da alienação da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A."), alterou-se-o, como será relatado.

224. Neste ínterim (01/12/2010 a 28/07/2011), houve o primeiro investimento no "Fundo BORDEAUX", com a aquisição, em 14/01/2011, de 40.000.000,00 de cotas, pelo contribuinte, por R\$40.000.000,00. Em 15/07/2011 ele adquiriu outras 16.785.050, 547321 cotas por R\$17.600.000,00. Estas aquisições foram pagas em dinheiro.

(...)

227. Já os documentos com as informações financeiras (rentabilidade) e sobre a carteira do "Fundo BORDEAUX", também fornecidos pela Instituição Financeira ("Doc. nº05" e "Doc. nº06"), mostram que, em 19/07/2011, este Fundo adquiriu 182,412300 cotas do "Fundo DELTA", pelo preço unitário de R\$100.000,00, que totalizou R\$18.241.230,00.

228. Lançamento constante do "Extrato de Controle de Movimentação Financeira de Clientes", já mencionado, comprova o pagamento referente a esta aquisição.

229. Contextualizando-se-a (esta aquisição), verifica-se que apenas 02 (dois) dias antes de o "Fundo DELTA" ingressar no quadro de acionistas da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." (o que ocorreu, primeiramente, em 21/07/2011), o "Fundo BORDEAUX" (cujo único cotista era o contribuinte que, era, também, acionista da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.") investiu no "Fundo DELTA", adquirindo 182,412300 cotas deste, representativas de 74,4540% do total.

230. O movimento parece "cíclico":

230.1. em 15/12/2010 negocia-se a futura aquisição, por "FLEURY S.A.", da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." (que concentraria todo o grupo "LAB'S DOR"), da qual o contribuinte possuía 100,0000% do capital social;

230.2. em 14/01/2011 o contribuinte torna-se o único investidor do "Fundo BORDEAUX", recém-criado (em 03/11/2010), ampliando seu investimento em 15/07/2011;

230.3. em 19/07/2011 o "Fundo BORDEAUX" torna-se o primeiro, e majoritário, investidor do "Fundo DELTA", criado em 30/11/2010;

230.4. em 21/07/2011, 25/07/2011 e 26/07/2011 — poucos dias antes da compra e venda de 50% das ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", que ocorreu em 01/08/2011 —, o "Fundo DELTA" torna-se acionista majoritário da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", diluindo a participação do contribuinte no capital social desta.

231. Em 29/07/2011 — último dia útil anterior à compra e venda de 50% das ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." — alterou-se o Regulamento do "Fundo BORDEAUX" (e, assim, seu "retrato"), na Assembléia Geral de Cotistas ocorrida nesta data.

232. Este fundo de investimentos multimercado, que era condomínio aberto de investidores qualificados com prazo indeterminado de duração e com possibilidade de resgate de cotas sem prazo de carência, tornou-se condomínio fechado de investidores qualificados (1º, caput), com prazo determinado (20 anos) de duração, prorrogável (1º), e com possibilidade de resgate de cotas apenas no término do prazo de duração ou em sua liquidação (art. 20).

233. Informa-se, ainda, que ambos os Fundos ("Fundo DELTA" e "Fundo BORDEAUX") foram administrados pelas mesmas Instituições Financeiras em períodos idênticos. BTG PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S. A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS foi administradora até 24/10/2011 e após abril de 2013 (após 18/04/2013, no caso do "Fundo DELTA", e após 19/04/2013, no caso do "Fundo BORDEAUX"). No período compreendido entre 25/10/2011 e abril de 2013 a Instituição Financeira administradora destes Fundos foi "Citibank Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A."

234. Sobre o outro cotista do "Fundo DELTA" (BTG ARF BRAZIL INVESTMENTS LP — BANCO SANTANDER S.A.), proprietário de 25,5460% das cotas deste Fundo, o Banco BTG Pactuai S.A., respondendo ao Termo de Intimação Fiscal nº 40/2014, de 06/11/2014, informou não possuir parte das informações pedidas, como a relação de investidores/cotistas, por se tratar de investidor não residente. O cadastro deste Fundo no sistema institucional confirma esta informação.

111.2.5. Ganho de Capital Apurado Pelo Contribuinte - Imposto de Renda Recolhido

(...)

236. Como já foi dito, em relação à incorporação de ações, o contribuinte apurou o ganho de capital, tributável, no valor de R\$114.867.755,54, em relação ao qual recolheu, espontaneamente, 15% de imposto de renda, ou seja, R\$17.230.163,33, como se verifica no anexo "DEMONSTRATIVOS DA APURAÇÃO DOS GANHOS DE CAPITAL/ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA FORA DA BOLSA DE VALORES (Valores em Reais)" de sua DIRPF do exercício 2012 (referente ao ano-calendário 2011).

(...)

239. Porém, a análise da reorganização societária da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", sob os enfoques cronológico e teleológico, conduz a RFB à certeza de que, em face de planejamento tributário abusivo, constatado, esta apuração, e a correspondente tributação, estão incorretas.

240. A firme convicção formada neste procedimento fiscal é que o ganho de capital efetivamente auferido pelo contribuinte com a operação de alienação de 50% das ações desta Companhia para a "FLEURY S.A." foi imensamente maior, já que, na realidade, contemplou não apenas as ações que estavam registradas em seu nome (56.211.386), mas também 74,4540% das ações que estavam registradas em nome do "Fundo DELTA" (percentual correspondente ao investimento do "Fundo BORDEAUX" no "Fundo DELTA"), que totalizam 134.917.783 ações.

241. Senão, vejamos:

241.1. em 12/2015 a "FLEURY S.A." informa o interesse em comprar as ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", empresa da qual o contribuinte detinha 100% do capital social;

241.2. o contribuinte apoda recursos no "Fundo BORDEAUX" que, por sua vez, aporta recursos no "Fundo DELTA", o qual adquire em torno de 74% das ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", reduzindo a participação do contribuinte, nesta Companhia, para aproximadamente 20%;

241.3. em outras palavras: o "Fundo DELTA" utiliza recursos do próprio contribuinte para adquirir ações da Companhia em que ele detinha 100% das ações;

241.4. com isso, o contribuinte apurou ganho de capital apenas sobre 20% das ações alienadas.

242. Confira-se.

111.2.6. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO:

GANHO DE CAPITAL EFETIVAMENTE AUFERIDO PELO CONTRIBUINTE — IMPOSTO DE RENDA DEVIDO

Planejamento tributário abusivo

(...)

247. Estes fatos nos permitem as constatações seguintes, entre outras.

248. Aspectos relevantíssimos dos negócios jurídicos (aquisição, por "FLEURY S.A.", e alienação, pelo contribuinte, da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", por meio de compra e venda e de incorporação de ações), como preço e formas de aquisição/alienação, foram expressamente previstos no "Memorando de Entendimentos", datado de 15/12/2015.

249. A reorganização societária da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." ocorreu em curto espaço de tempo, compreendido entre dezembro de 2010 e julho de 2011.

250. Neste curto espaço de tempo, a diluição da participação do contribuinte no capital social da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." foi abrupta e imensa (esta participação diminuiu de 100%,0000 para 21,8970%), ocorrendo em interim ainda menor, entre 19/07/2011 e 26/07/2011 (08 (oito) dias).

(...)

253. O investimento feito pelo contribuinte no "Fundo DELTA", correspondente a 74,4540% das cotas deste, por intermédio do "Fundo BORDEAUX" (do qual ele era o único cotista), foi uma estratégia engendrada para que ele diluísse sua participação no capital social da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", substituindo-se, formalmente, pelo "Fundo DELTA" (e, de fato, por ele mesmo, travestido) que, neste contexto, foi apenas um instrumento para o alcance dos injurídicos objetivos de diminuir o ganho de capital auferido com a compra e venda e de postergar tributação.

254. Sobre esta postergação, deve-se ressaltar que, na data da compra e venda em comento, a incidência do imposto de renda, em relação aos cotistas dos fundos de investimentos, ocorria, em conformidade com a legislação tributária que estava em vigor (compilada pela Instrução Normativa RFB nº 1.022, de 05/04/2010), sobre a alienação, a amortização ou o resgate das cotas.

255. Portanto, o contribuinte, na condição de pessoa física cotista do "Fundo BORDEAUX", sofreria tributação, pelo IRPF, caso alienasse, amortizasse ou resgatasse suas cotas (lembrando-se que o Regulamento do "Fundo", vigente em agosto de 2011, só permitia o resgate das cotas no término do prazo de duração ou em sua liquidação).

256. Ele, ao invés de — na iminência da compra e venda de 50% das ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." — subscrever diretamente os aumentos do capital social desta Companhia (mantendo, assim, sua participação neste):

256.1. adquiriu cotas do "Fundo BORDEAUX", integralizando-as em dinheiro;

256.2. sucessivamente, o "Fundo BORDEAUX" adquiriu cotas do "Fundo DELTA", integralizando-as em dinheiro e

256.3. sucessivamente, o "Fundo DELTA" subscreveu aumentos de capital social da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", integralizando parcialmente estas subscrições com os recursos recebidos de seus cotistas, e efetuou pagamentos de ações, anteriormente adquiridas, de empresa ("DIAGNOLABOR EXAMES CLÍNICOS S.A."), incorporada por esta Companhia.

257. Assim, quando houve as operações de alienação em comento, o contribuinte não sofreu tributação em relação aos recursos investidos diretamente no "Fundo BORDEAUX" e indiretamente — por intermédio do "Fundo DELTA" — na

"LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A.", diferindo-a para momentos ulteriores (alienação, amortização ou resgate de cotas do "Fundo BORDEAUX") ou obstando-a.

258. *Observa-se que o "Acordo de Investimentos", de 13/07/2011, afirma, expressamente, que "Nesta data, a família Moll e/ou suas Afiliadas é legítima titular, proprietária e possuidora de 74,45% das cotas do FIP e, na Data do Primeiro Fechamento, será legítima titular, proprietária e possuidora da maioria das cotas de emissão do FIP, livres e desembaraçadas de todos e quaisquer gravames." (item 8.1.6)." Formalmente, na data deste Acordo o "Fundo BORDEAUX", e não o contribuinte, era titular de aproximadamente 74,45% das cotas do "Fundo DELTA" mas, materialmente, havia referibilidade imediata entre o contribuinte e este Fundo (DELTA), servindo, o "Fundo BORDEAUX", apenas de fantasia para ele, pelas razões já expostas.*

(...)

263. *Percebendo-se, portanto, a utilização simulada dos "Fundos" para diminuir a participação do contribuinte no capital social da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A." e, por conseguinte, para diminuir o ganho de capital tributável auferido por ele com a compra e venda das ações desta Companhia, ocorrida em 01/08/2011 — diferindo-se ou evitando-se, ilegitimamente, a devida tributação —, deve-se desconsiderar a interposição destes "Fundos", entre ele e a "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A."*

(...)

111.4. Multa de ofício

(...)

Art. 44, .1º, da Lei nº 9.430/96 — Qualificação de 150%

(...)

280. *Como já foi exhaustivamente exposto, o contribuinte, interpondo, fradulentamente, fundos de investimento entre ele e a Companhia alienada, diminuiu imensamente sua participação no capital social desta e, assim, diminuiu imensamente o ganho de capital, oriundo da alienação, mediante incorporação de ações, que é a base de cálculo do IRPF devido. Em outras palavras, com o injurídico planejamento tributário engendrado e executado no período compreendido entre os meses de dezembro de 2010 e julho de 2011 (especialmente neste), o contribuinte alterou a configuração da obrigação tributária correlata ao recolhimento do tributo incidente sobre o ganho de capital auferido com o negócio jurídico.*

(...)

282. Destarte, está configurada a hipótese prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/64, que resulta na aplicação da multa qualificada sobre o tributo lançado de ofício, consoante disposição do art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/96.

(...)

111.6. Responsabilidade Tributária do Cônjuge

285. Observa-se que na época de ocorrência dos fatos geradores apurados neste procedimento fiscal o contribuinte era casado no regime de bens "comunhão universal" (anterior à Lei nº 6.515, de 26/12/1977) com ALICE JUNQUEIRA MOLL, CPF nº ..., como ele informou e comprovou em sua resposta de 02/04/2014 ao de Termo de Início de Ação Fiscal, lavrado em 27/02/2014.

286. Com esta observação e tendo em vista que estes fatos geradores são oriundos da alienação de bens comuns do casal (ações da "LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A."), a Sra. ALICE, esposa do contribuinte na data da venda destes bens, torna-se responsável tributária pela integralidade do crédito tributário ora lançado, com base no art. 124, I, do Código Tributário Nacional (...)"

Intimado em 07/10/2016 (fls. 2.973), o Contribuinte protocolou impugnação em 04/11/2016 (fls. 2.985/3.038 e docs. anexos fls. 3.039/3.121), argumentando, em síntese,

- Que o lançamento tem por objeto o IRPF sobre o ganho de capital supostamente recolhidas a menor na alienação das ações representativas de 50% do capital da CARDIOLAB por entender que o Impugnante teria se aproveitado de "planejamento tributário abusivo". Ato contínuo, passa a resumir os fundamentos do TVF;
- Que o lançamento de forma equivocada entendeu que a FLEURY teria adquirido a participação na LABS em 15/12/2010, quando da assinatura do Memorando que deu início às negociações. Que, entretanto, o objetivo da FLEURY não era a aquisição da dessa empresa, e sim a aquisição da participação na NOVA LABS, que seria criada a partir de novos investimentos e em nada se assemelhava à LABS existente àquela época;
- Que,

"2.8. Quando ACORDO foi firmado, a totalidade das ações de LABS pertencia ao IMPUGNANTE; não obstante, o ACORDO já previa - com relação à compra e venda ocorrida em 01.08.2010 - que os vendedores das participações societárias seriam, além do IMPUGNANTE, outras entidades, quais sejam, aquelas às quais caberia transferir a LABS ativos necessários a que sua estrutura patrimonial passasse a ser a prevista no ACORDO, ou seja, os ativos necessários à sua transformação em NOVA LABS.

2.9. Parece ter causado espécie à fiscalização o fato de a participação do IMPUGNANTE no capital da LABS ter sofrido reduções na medida em que novos ativos eram a ela transferidos, mas essa é a consequência necessária de incorporações de sociedades de cujo capital participam

terceiros e da realização de aumentos de capital subscritos por novos acionistas." - fl. 2.987;

- Que,

"3.2. No entanto, a fiscalização parte do equivocado pressuposto de que FLEURY teria adquirido participação societária em LABS e demais sociedades pertencentes ao IMPUGNANTE em 15.12.2010, quando foi assinado MEMORANDO que deu início às negociações. Isso fica evidenciado no item 127. do TVF, quando afirma que, à época do MEMORANDO, o IMPUGNANTE era proprietário - de forma direta e indireta - da totalidade do capital das empresas componentes do grupo LABS D'OR, relacionando entre elas a CARDIOCLÍNICA, a DIAGNOLABOR e a Clínica Luiz Felipe Mattoso Ltda. (as duas últimas pertenciam integralmente a terceiros e a primeira ao IMPUGNANTE e BTG LLC).

- Passa a repetir a impugnação apresentada nos autos do processo nº 12448-725.823/2016-47,

"3.2. Na verdade, o MEMORANDO contempla a possibilidade da venda, a FLEURY, de um produto totalmente novo - a NOVA LABS - criado pelo BTG, como costumam criar os bons Bancos de Investimentos. Esse novo produto resulta da reunião, em NOVA LABS, de segmento operacional sem dívidas, composto de laboratórios de porte, com rentabilidade garantida por contratos de prestação de serviços firmados com os hospitais e casas de saúde mencionados no item 7.4. do TVF. LABS é mero componente deste produto, embora nele se tenham concentrado todos os novos ativos surgidos após o MEMORANDO, que agregaram valor significativo ao negócio. De fato, o objeto do negócio tanto poderia ser ações de LABS quanto de qualquer uma das outras sociedades que o TVF diz comporem o grupo LABS D'OR (inclusive DIAGNOLABOR ou a Clínica Felipe Mattoso Ltda.). Para que isso ocorresse, bastaria que a incorporadora das ditas empresas do grupo LABS D'OR fosse outra delas, que não LABS; ou seja, que uma delas fosse transformada na NOVA LABS.

3.3. No item 207., o TVF parece se dar conta de que o objeto do negócio com FLEURY é algo novo, mas em vez de procurar entender melhor o seu real significado, preferiu qualificá-lo de um planejamento fiscal abusivo, (...)

3.4. Para que melhor se compreenda o real significado do negócio, esclarece o IMPUGNANTE que, à época do MEMORANDO, o setor de medicina diagnóstica encontrava-se extremamente pulverizado e era composto primordialmente por negócios familiares - sem muita relevância no cenário nacional - desenvolvidos quase que exclusivamente por profissionais da área de saúde como uma extensão de suas atividades. Estas estruturas familiares

passaram então a ser objeto de investidas cada vez mais fortes, especialmente pelos dois maiores grupos empresariais do setor (Grupo DASA e Grupo FLEURY).

3.5. Diante deste cenário de profunda alteração estrutural do setor e do alto nível de endividamento das empresas que compunham o dito grupo LABS D'OR (que sequer tinham capacidade operacional para atender às demandas dos hospitais que atuavam na rede D'OR), tornou-se necessária uma reformulação na estrutura então existente, visando à criação de outra que pudesse se manter.

3.6. A criação dessa nova estrutura demandava a realização de novos investimentos, bem como expertise em reestruturações como a que seria necessária para transformar LABS em uma nova empresa - a NOVA LABS -, com estruturas administrativa e operacional simplificadas e eficientes, saúde financeira, capacidade operacional e rentabilidade potencializadas, capazes de tornar o negócio atraente para os grandes grupos empresariais do setor referidos em 3.4., acima.

3.7. Nesse cenário, o IMPUGNANTE se associou a BTG LLC, que, por sua vez, adquiriu com recursos próprios participação societária em CARDIOCLÍNICA e transferiu a DELTA parte dos recursos financeiros necessários (i) à aquisição de DIAGNOLABOR e ao financiamento da compra da Clínica Felipe Mattoso Ltda.; e (ii) ao aumento de capital de LABS. Assim, foram realizados novos investimentos relacionados à liquidação de dívidas; à aquisição de novas unidades; à ampliação de serviços que pudessem ser prestados por preços superiores àqueles então obtidos por LABS; à celebração de contratos de prestação de serviços com exclusividade e por longo prazo, que potencializassem a capacidade operacional e rentabilidade da empresa, agregando valor ao negócio que viesse a ser realizado com o grupo DASA ou FLEURY.

3.8. A realização dos referidos investimentos em conjunto Com BTG LLC, por meio de fundo de investimento, constitui a estrutura usualmente adotada por bancos de investimentos nesse tipo de projeto e consubstancia uma estruturação de negócios favorável à captação de recursos de investidores nacionais e estrangeiros, inclusive no que diz respeito a uma eventual abertura de capital." - fls. 2.998/3.000;

- Que não se transferiu para a LABS o capital existente à época do Memorando, sendo injustificável, portanto, o lançamento;
- Que o negócio acertado com a FLEURY em 2010 previa a compra de uma diversidade de sociedades concentradas pelo preço de 10,4 vezes o EBITDA, como se vê pelo Fato Relevante publicado por ela. Que a escolha da LABS foi uma mera opção, podendo ter sido escolhida a concentração em qualquer uma das referidas sociedades. Mais, que se for analisado o preço de venda da LABS em seu estado à época do Memorando, utilizando o mesmo padrão de 10,4 vezes o EBITDA, se encontra o valor condizente com aquele recebido pelo impugnante em

relação aos seus 21,89% da NOVA LABS (ou seja, após a reestruturação), apresentando planilha demonstrando o EBITDA da LABS em 31/10/2010;

- Que, no que toca ao prazo, esse foi o adequado. Argumenta que esse foi o período necessário para que se realizassem as negociações, as quais eram complexas e envolviam não apenas o Impugnante e suas empresas, mas também a FLEURY, o BTG e as demais empresas adquiridas e incorporadas para se aperfeiçoar o negócios. Nessa linha, que os documentos foram sendo formalizados em paralelo à negociação, e quando tudo se acertou, foram só necessárias as assinaturas. Por isso, em relação às assinaturas, é que parece haver curto espaço de tempo;
- Que o Código Civil admite plenamente a compra e venda de coisa futura. Nesse caminho, nada há de se estranhar no fato de que o Acordo se referia a ações sequer existentes à época, vez que o negócio previsto no acordo era viável, lógico e legítimo, inclusive vindo se concretizar;
- Que o impugnante não é pessoa ligada ao BTG, não havendo qualquer indício de que a diluição da sua participação em função da incorporação da Cardioclínica tenha sido injustificada;
- Que no lançamento se descreve um conjunto de empresas integrantes de um Grupo LAB'S DOR, porém diversas das empresas enumeradas não pertenciam à Contribuinte, no todo ou mesmo em parte, nem direta nem indiretamente, indicando especificamente a Diagnolabor Exames Clínicos S.A., a Clínica Luis Felipe Mattoso Ltda. e a Labs Cardioclínica Exames Complementares S.A.. Admite, isso sim, que haviam tratativas para que fossem adquiridas pelo Contribuinte, para que integrassem, então o negócio ajustado com a FLEURY;
- Que o Memorando inicial, de 15/12/2010, além de vago, preliminar, sem força vinculante, restou superado, perdeu sua eficácia, sendo substituído por um Acordo de Investimentos ("Acordo") em 13/07/2011. Este foi o acordo que se consumou após a reestruturação da empresa. Essa reestruturação transformou profundamente a empresa, levando-a a um porte significativo, com características e situação patrimonial bastante diferentes daquelas existentes à época da assinatura do Memorando. Embora fosse juridicamente a mesma sociedade, entende ser necessário tratá-la como NOVA LABS;
- Que no primeiro passo na reestruturação, foram incorporadas outras sociedades das quais o impugnante e a LAB'S DOR eram proprietárias. Por essa razão, a sua participação não se alterou. Frisa, nesse ponto, que Posteriormente foram incorporadas ações da Labs Cardioclínica Exames Complementares S.A., da qual a BTG LLC era titular de 25,54% das ações. Nesse sentido, houve uma troca de ações, passando a BTG LLC a ser titular de parte das ações da empresa LAB'S DOR;

- Que, ato contínuo, o capital da empresa foi aumentado pela entrada da DELTA, sendo que esta integralizou parte do valor de imediato, ficando o restante para integralização em momento oportuno. Nesse sentido, com a entrada da nova sócia, reduziu-se a participação do impugnante na empresa;
- Que, ato contínuo, foram emitidos bônus de subscrição, imediatamente subscritos por médicos importantes para a empresa. Estes, então, venderam os bônus para a DELTA, a qual então converteu-os em ações. Isso levou a nova redução da participação acionária do impugnante;
- Que, enfim, a LABS incorporou a Diagnolabor Exames Clínicos S.A., de sorte que a DELTA, que era a titular das suas ações, recebeu em pagamento mais ações da LABS. Esclarece que o aumento de capital efetuado pelos sócios anteriores da Diagnolabor teve como objetivo pagar o preço de aquisição da Clínica Luiz Felipe Mattoso Ltda.;
- Que,

"3.29. Nota-se, pois, que tanto o preço de emissão das ações de LABS, analisado nos itens 3.24. e seguintes, quanto os valores atribuído a LABS e a DIAGNOLABOR na incorporação da segunda pela primeira estão em linha com o valor final do negócio acertado com FLEURY. A prova disso está em que o somatório dos valores atribuídos às citadas empresas atinge R\$ 1.164.515.243,06, enquanto o preço de venda de NOVA LABS a FLEURY é de R\$ 1.242.413.400,00. Essa pequena diferença decorre de pequenos ajustes realizados na concretização do negócio.

3.30. O aumento de capital referido no item 4.14. não estava integralizado à época da alienação das ações da NOVA LABS a FLEURY, o que poderia levar quem não fizesse uma análise criteriosa da REESTRUTURAÇÃO a concluir que teria ocorrido uma diluição injustificada do IMPUGNANTE no capital de LABS, uma vez que a redução de seu percentual de participação teria decorrido de aumento de capital até então não integralizado. Essa conclusão, contudo, seria incorreta, pois as ações representativas do aumento de capital foram emitidas por preço compatível com o valor de NOVA LABS no negócio acertado com FLEURY. Ou seja, as ações então subscritas (i) foram adquiridas por valor praticamente igual ao de sua venda; e (ii) o preço de aquisição das mesmas foi pago por FLEURY mediante assunção da obrigação de DELTA de integralizar o aumento de capital que havia subscrito, sem transferência efetiva de valores para DELTA, portanto."

- Que foi necessário utilizar uma intermediária - seja o fundo utilizado, seja uma pessoa jurídica - uma vez que a FLEURY tinha como uma de suas principais acionistas outro banco, e este não permitiria que o BTG, seu concorrente, passasse a ter participação relevante na FLEURY a ponto de nomear membros do Conselho de Administração, nos termos do art. 141 da LSA. Dessa forma, era necessária uma entidade que se interpusesse entre o BTG e a FLEURY, controlada pelo impugnante. Tanto assim que,

anota, esse outro banco tem direito de preferência na aquisição de participação em DELTA quando da alienação das quotas detidas pelo Impugnante, direta ou indiretamente, implicasse perda do controle sobre o fundo (cláusula 9.6. do Acordo de Acionistas da FLEURY, fl. 191 do processo);

- Que é um contra-senso a Lei garantir ao Contribuinte um benefício fiscal, que é o direito de usar fundos de investimento e só pagar o tributo referente ao ganho de capital quando da retirada do capital do mercado de ações e, ao mesmo tempo, a autoridade lançadora autuar o Contribuinte que faz uso desse benefício fiscal exatamente ao argumento de que o Contribuinte utilizou o fundo para diferir a tributação;
- Que, subsidiariamente, ainda que os argumentos acima sejam superados, o lançamento não pode prevalecer porquanto a incorporação de ações não é fato gerador do ganho de capital. Admite que o Contribuinte recolheu tributo à época da operação; porém esclarece que só agiu assim porque, à época, o entendimento prevalecente na CSRF, pelo voto de qualidade, era no sentido de que a incorporação de ações configurava hipótese de incidência; ressalta, contudo, que o entendimento foi superado desde então, indicando o acórdão nº 9202-003.579, que afasta a tributação em casos de incorporação de ações;
- Que, subsidiariamente, caso se entenda por manter o lançamento na sua essência, é necessário revisar a base de cálculo apurada, porquanto não levou em consideração (1) os valores pagos pela aquisição do Bônus de Subscrição; (2) a comissão paga ao BTG pela intermediação;
- Que é improcedente a multa qualificada, uma vez que no presente caso a fraude foi apenas presumida, mas não provada. A simples estruturação do negócio de forma que leve a uma menor tributação não é suficiente para que se configure fraude, mormente quando o Contribuinte se utiliza de meios expressamente previstos na Lei. Enfim, que a reestruturação foi feita às claras, tendo todos os atos sido registrados nos órgãos competentes, demonstrando a transparência e a lisura da conduta adotada; e
- Que não incide juros sobre a multa de ofício.

Intimada em 07/10/2016 (fls. 2.971), a responsável solidária protocolou impugnação em 07/11/2016 (fls. 3.125/3.198 e docs. anexos fls. 3.199/3.477). Além de analisar o próprio mérito da autuação, em argumentos similares àqueles já identificados na Impugnação do Contribuinte autuado acima, acrescenta, em síntese,

- Que é indevida a sua inclusão como responsável solidária pelo crédito tributário apurado. De um lado, a autoridade lançadora afirma que a impugnante é responsável nos termos do art. 124, I, do CTN, tendo interesse comum por ser casada em comunhão universal de bens, e por se tratar de alienação de bens comuns do casal. De outro, que a responsabilidade decorre do inciso II do mesmo art. 124 sem, contudo,

especificar qual o dispositivo legal que atribui a responsabilidade à impugnante;

- Que não se aplica o art. 124, I, do CTN, no presente caso uma vez que não há interesse comum direto no fato que gerou o tributo. Tampouco há que se falar em interesse comum indireto ou remoto pelo simples fato de ser meeira do patrimônio total do cônjuge por ocasião da dissolução da sociedade conjugal;
- Que a jurisprudência do extinto TRF se consolidou na Súmula nº 112, entendimento reafirmado na Súmula nº 251 do STJ, no sentido de que o cônjuge meeiro não é por natureza responsável solidário;
- Que a impugnante, responsabilizada solidariamente, apresenta DIRPF em separado;
- Que a multa qualificada não pode ser estendida à Impugnante, que não praticou ato doloso algum. Isso porque, esclarece, o próprio art. 137 do CTN restringe as penalidades nesses casos em que há indicação de dolo à pessoa do agente. No caso em tela, a multa foi qualificada em função do enquadramento no art. 72 da Lei nº 4.502/1964, a qual tem o dolo em sua essência;
- Que o lançamento é improcedente porque na incorporação de ações ocorre uma subrogação real, não sendo hipótese de incidência do IRPF sobre o ganho de capital;
- Que a autoridade lançadora deixou de analisar correta e com profundidade os documentos disponibilizados. Nesse contexto, por exemplo, ressalta que em 2010, à época do Memorando, o grupo LABS D'OR representava apenas metade do EBITDA ali registrado, conforme relatórios de auditorias independentes, sendo que a diferença se explica pelo já interesse das partes na aquisição de outras empresas, como a Diagnolabor, a Felipe Mattoso e a Cardioclínica;
- Que à época das operações, o mercado brasileiro de medicina diagnóstica passava por um período de aquisições agressivas, sendo a FLEURY uma das principais líderes nessas operações;
- Que, nesse contexto, a LABS D'OR já tinha interesse em adquirir outras empresas para poder fazer frente à própria demanda; percebendo o interesse da FLEURY, empresa muito maior, em adquiri-la, percebeu a oportunidade de incrementar o seu produto, criando uma Nova LABS D'OR, com o dobro da capacidade operacional e muito melhor qualidade e quantidade de serviços. Registra que foi inclusive realizado estudo preliminar em 22/06/2010, anexado aos autos, evidenciando essa possibilidade de incremento da LABS D'OR;
- Que, ainda nesse âmbito, entendeu ser relevante efetuar contratos de "não concorrência" com alguns de seus melhores médicos, para evitar que eles concorressem com a empresa e, assim, diminuísse a sua atratividade ao cliente e, em última análise, o seu valor de mercado;

- Que, para realizar as operações de incremento da LABS D'OR, inclusive as aquisições de outras sociedades, era necessária uma estrutura de financiamento. Essa estrutura era complexa, uma vez que envolvia inúmeros participantes - as empresas do grupo LABS D'OR, as empresas que seriam adquiridas para incrementar o grupo, os médicos, a FLEURY, os controladores desta etc. - e, nesse contexto, a coordenação do BTG foi fundamental, devido à sua expertise em negócios dessa natureza complexa. Registrou ainda que as negociações se iniciaram muito antes da assinatura do Memorando, não se limitando, portanto, aos 8 meses a que se refere a autoridade lançadora. Pelo contrário, para a assinatura do Memorando em 14/12/2010 foi necessário todo um esforço preparatório, elaboração de relatórios, demonstrações financeiras, auditorias, negociações, due diligence etc.;
- Que a negociação inicial não se concluiu, e o Memorando perdeu sua validade. Inclusive, isso foi registrado pela própria FLEURY em resposta a diligência da autoridade lançadora durante a fiscalização, documento anexado na impugnação, mas não constante da documentação apresentada no Auto de Infração. Esclarece, a seguir, que um dos motivos para a negociação inicial perder sua validade foi o fato de que o sr. Jorge Moll precisaria se associar ao BTG para adquirir as novas participações societárias que dariam volume à LABS D'OR. Contudo, a FLEURY tinha, como controladora, banco concorrente do BTG, o qual não admitia dar à sua concorrente o poder de indicar membros para o conselho de administração da FLEURY;
- Que, exatamente em função do obstáculo indicado, as negociações se reiniciaram, passando as partes a buscar outra forma de estruturar a operação. E, nessa linha, é que foram envolvidos outras pessoas, dentre as quais o Fundo DELTA. Tamanha a importância desse Fundo DELTA para a concretização do negócio que no acordo de acionistas da FLEURY ficou consignado o direito de preferência desta na aquisição de quotas do DELTA caso o sr. Jorge Moll alienasse cotas em montante que o levassem a perder o controle do Fundo;
- Que, diferentemente do que afirmou a autoridade lançadora, o Fundo Bordeaux não foi utilizado como mera fantasia ou instrumento de simulação. Pelo contrário, foram aportados R\$ 57,6 milhões de reais ao longo de 2011, valores esses que foram intensamente investidos, conforme extrato da movimentação relativa ao período entre 14/01/2011 e 19/09/2011. Mais, que mesmo quando esse fundo investiu no Fundo DELTA, o fez com apenas parte dos valores - aproximadamente um terço. A maior parte do capital do Fundo Bordeaux continuou aplicado em outros ativos;
- Que,

"5.14.5. Além disso, a utilização do FUNDO DELTA nessa operação teve a múltiplas finalidades negociais, pois:

a) funcionou como instrumento de associação dos sócios da LABS D'OR com o BTG PACTUAL;

b) permitiu que as restrições da FLEURY ao ingresso no negócio do BTG PACTUAL mencionadas no subitem 5.14.3.7 supra fossem contornadas, pela sua substituição como administrador do fundo, nos termos do item "iii" da Cláusula 5.3 do Acordo de Investimento; e

c) se apresentou como o meio mais fácil e flexível para estruturar a busca de novos recursos, compradores ou parceiros caso as negociações com a FLEURY não frutificassem." - fl. 3.180;

- Que

"(...) em momento algum a fiscalização contestou os critérios utilizados pelas partes para determinar as relações de troca, isto é, de substituição das ações das companhias incorporadas pelas ações da CARDIOLAB, assim como não criticou os preços de aquisição dos investimentos, nem refletiu sobre todos os propósitos negociais do fundo arrolados nesta petição" - fl. 3.186;

- Que não se pode falar em simulação, uma vez que todas as operações foram feitas às claras, com exame por auditores independentes e registros perante a CVM, o Banco Central do Brasil e as respectivas Juntas Comerciais, além de constarem nas DIPJ das empresas e na DIRPF do autuado;
- Que, subsidiariamente, houve erros na apuração da base de cálculo; e
- Que, ainda subsidiariamente, não cabe a qualificação da multa de ofício.

Analisando as defesas, a DRJ proferiu o acórdão nº 16-76.977, de 30/03/2017 (fls. 3.486/3.573), no qual deu provimento integral à impugnação, formalizou recurso de ofício, e que restou assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2012

PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS. OPONIBILIDADE AO FISCO.

Os planejamentos tributários são oponíveis ao Fisco quando formados por negócios jurídicos marcado pela presença preponderantemente de propósitos negociais, ainda que resultando em economia tributária.

ACÓRDÃO. CRÉDITO EXONERADO. LIMITE. RECURSO DE OFÍCIO.

Em razão de a parcela eximida ter ultrapassado R\$ 2.500.000,00 (dois milhões, quinhentos mil reais), deve ser o Acórdão levado à apreciação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) em grau de recurso de ofício.

*Impugnação Procedente**Crédito Tributário Exonerado*

Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar procedente a impugnação, exonerando o crédito tributário exigido.

Submeta-se à apreciação da Egrégia 2ª Sessão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais -CARF, de acordo com o art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e Portaria MF nº 63, de 09 de fevereiro de 2017, por força de recurso necessário. A exoneração do crédito procedida por este acórdão só será definitiva após o julgamento em segunda instância.

As razões de decidir podem ser assim resumidas:

- O cerne da questão é identificar se houve um planejamento tributário abusivo na utilização de fundos de investimento como intermediários, ou se as operações foram sólidas e hígdas;
- Discorre sobre o conceito de planejamento tributário. Anota que tem se consolidado o entendimento de que é válido o plano se, cumulativamente, entre outros requisitos: (1) o único propósito não foi a redução da carga tributária; e (2) tem propósito negocial. Para identificar este último requisito, costumam-se analisar: (2.1.) se o intervalo de tempo entre as operações é adequado; (2.2.) se as partes eram independentes; e (2.3.) se há coerência entre as operações e as atividades empresariais envolvidas;
- Discorre sobre a natureza dos Fundos de Investimento em Participações (FIP) e a legislação que determina o diferimento da tributação do ganho de capital;
- Passando ao caso concreto, descreve toda a operação, focando na negociação de 2010 e na de 2011, bem como nas dificuldades para a conclusão do negócio e na utilidade de se recorrer ao Fundo de Investimento em Participações para ultrapassar essas dificuldades, e finalizando nas conclusões da autoridade lançadora de ausência de razão para se utilizar o FIP;
- Ato contínuo, se pergunta se: (a) era possível usar um FIP para as operações realizadas? (b) o Contribuinte, já acionista da companhia, podia participar desse FIP? e (c) O FIP realmente desempenhou um papel econômico relevante?
- Passando a responder às perguntas, conclui que (a) o art. 2º da Lei nº 11.312/2006 induz à utilização de um FIP para implementação de operações e estruturas complexas; (b) o Contribuinte poderia fazer os investimentos em seu próprio nome, mas também poderia utilizar-se de um FIP, sendo esse instrumento vantajoso na gestão técnica dos ativos; e

(c) reanalisando detalhadamente os passos das operações realizadas, concluindo que: *"houve uma grande reestruturação societária, necessária e complexa, que antecedeu ao negócio jurídico a ser consumado com FLEURY, e que o FUNDO DELTA em questão dela participou."* - fl. 3.557;

- Repisando os critérios estabelecidos anteriormente, conclui que: (2.1.) o lapso temporal foi razoável, vez que o Memorando de dezembro de 2010 foi antecedido de largas negociações prévias, e que levou outros 8 (oito) meses para a sua conclusão; (2.2.) as partes envolvidas são independentes, envolvendo a FLEURY, a DELTA/BORDEAUX e a BTG EQUITY LLC e BTG ARF BRAZIL LP; e (2.3.) analisando cada etapa, concluiu que houve um propósito negocial em cada operação; e
- Diante da formalização de recurso de ofício, e antecipando-se a eventual decisão de segundo grau que reformasse a decisão de piso, a DRJ passou a analisar as demais questões suscitadas. Entendeu por (i) afastar a responsabilidade solidária; (ii) que incide ganho de capital sobre a incorporação de ações; (iii) por corrigir a base de cálculo; (iv) por afastar a qualificação da multa; e (v) por manter a incidência de juros sobre a multa de ofício.

O Contribuinte foi intimado da decisão em 13/04/2017 (fl. 3.576).

Chegando ao CARF, os autos foram encaminhados para a PGFN que apresentou razões ao recurso de ofício (fls. 3.593/3.629) em 07/11/2017 (fl. 3.630), argumentando, em síntese:

- O lançamento recai sobre o ganho de capital decorrente da alienação do controle de empresa. Esclarece que, quando do início das tratativas da alienação em 15/12/2010, o Contribuinte e a Responsável Solidária eram titulares de 100% das cotas, porém quando da efetiva assinatura do contrato, em 01/08/2011, haviam realizado uma reorganização societária e tinham reduzido sua participação para 21,897%;
- Que

"A Fiscalização identificou artificialidade nas operações que ensejaram a diluição da participação societária do contribuinte Jorge Neval Moll Junior e resultaram na transferência do controle acionário para o Fundo DELTA no intervalo que mediou o início das tratativas com o Grupo Fleury e a efetiva alienação dos ativos LAB D'OR.

Além da questão temporal, por si, indício relevante, a fiscalização identificou um conjunto de indícios neste sentido:

I - A diminuição da participação societária se deu mediante interposição de entidade transparente e não sujeita à tributação do ganho de capital.

II - Essa entidade - FIP - era controlada pelo próprio contribuinte.

III - As operações mediante as quais as participações societárias foram adquiridas careciam de substância

econômica, e.g., a subscrição do capital aumentado não foi acompanhada da integralização desse capital.

IV - A atipicidade e falta de substância das operações eram orientadas a beneficiar o Fundo DELTA." - fl. 3.603;

- Que o crédito ora em análise decorreu da incorporação das ações, e que nesse sentido a autoridade lançadora apresentou planilha de ganho de capital utilizando o método da média ponderada dos curso unitários;
- Discorre sobre o conceito de Fundo de Investimento em Participações - FIP, suas regras no direito comparado e no direito pátrio;
- Esclarece que *"a tributação do FIP ocorre no momento do resgate ou alienação das quotas, incidindo, neste momento, alíquota de 15% sobre a diferença positiva entre o custo de aquisição e valor de resgate (ganho de capital)." (fl. 3.611), indicando especificamente o art. 2º da Lei nº 11.312/2006;*
- Discorre sobre o conceito de simulação, com especial foco na hipótese de negócio que tem por objeto causa diversa da causa típica, diferenciando-o do negócio indireto;
- Que,

Como essas lições em mente, convém recordar que os Fundos de Investimento em Participação devem ser constituídos para que (i) recursos sejam congregados (ii) investidos em empresas com potencial de crescimento (iii) obtendo-se participação ativa na gestão da sociedade (iv) de maneira a modernizar sua administração e aumentar sua eficiência, maximizando, assim, a riqueza do ativo para (v) posteriormente realizá-lo.

Por outro lado, sob uma perspectiva pragmática, tendo em vista a previsão de não tributação poderia ser utilizada para fins de abusividade tributária, estabeleceu-se a necessidade de que seja apurado o ganho de capital no momento da integralização das quotas de fundos de investimento com valores mobiliários." - fl. 3.614;

- Tendo estabelecido as premissas acima, concluiu que as operações de reorganização societária não tiveram propósito negocial nem substância econômica, mas visaram unicamente a alteração da base de cálculo e do sujeito passivo da obrigação;
- Que
"Essas duas constatações acerca da participação de terceiros no negócios já evidencia a artificialidade da interposição do FIP, pois (i) não houve introdução de administração profissional voltada à maximização do valor, uma vez que o poder de controle sobre as empresas do

Grupo permaneceu com seu controlador original; (ii) não houve ingresso de novos recursos fornecidos por terceiros.

(...)

A conclusão pelo uso regular do FIP não pode ser aceita, pois o Fundo foi utilizado de forma distorcida:

1. O Fundo de Investimentos não foi utilizado para obtenção de recursos de terceiros, mas sim, majoritariamente, utilizado como repositório de recursos próprios, uma vez que o contribuinte era detentor de 100% das quotas do Fundo Bordeaux e 75% das quotas do Fundo DELTA.

2. Não houve “gestão técnica de ativos financeiros” para obtenção de “resultados superiores à da gestão direta implementada”. O Fundo Delta não realizou a gestão das atividades operacionais da LABS D’OR. Sequer houve tempo hábil para implementar mudanças na gestão, eis que os ativos foram transferidos para o Fundo dias antes de sua alienação para o Grupo FLEURY.” - fl. 3.617/3.618;

- Em relação ao Fundo DELTA, foi aprovado um aumento de capital na empresa LAB CARDIOLAB, cuja subscrição deveria ser feita por esse Fundo. Porém, do total aprovado, apenas 10% foi efetivamente integralizado. Ainda, que

"Ante o exposto, é forçosa a conclusão de que: (a) a operação carece de substância econômica, pois não foram entregues os recursos que seriam utilizados para quitação de dívidas e (b) não foi identificado propósito negocial na transferência de participação societária sem contraprestação correspondente.

Por derradeiro, ainda neste tópico, é imperativo dissentir da premissa de que os recursos recebidos da adquirente FLEURY S.A. por ocasião da aquisição da LABS D’OR são recursos obtidos “através do DELTA” (e-fls. 3217) para pagamento desses débitos.

Com as vênias de estilo, há aí uma flagrante inversão. Os recursos da FLEURY S.A. para aquisição da LABS D’OR não foram obtidos pelo Fundo DELTA. O Grupo FLEURY já estava interessado na aquisição de LABS D’OR anteriormente ao próprio ingresso do contribuinte Jorge Neval como quotista no referido Fundo. Portanto, não se pode reconhecer aí nenhum trabalho de captação de investidores.

Tanto faltava substância econômica na participação societária que foi atribuída ao Fundo DELTA às vésperas da venda, que a parcela do preço que lhe era destinada foi parcialmente resolvida descontando-se o valor em aberto da subscrição, pois não correspondia à efetiva participação no empreendimento.” - fl. 3.620;

- Em relação à aos "Bônus de Subscrição" convertidos em ações, tampouco estes tiveram propósito negocial. Esclarece que não há correlação entre a

obtenção de contratos de não concorrência e a emissão de bônus de subscrição. Ainda, que todos os médicos que receberam os bônus venderam-nos para o Fundo DELTA, o qual não pagou de imediato, mas apenas após a operação de alienação do ativo. Enfim,

"Note-se que se trata de mais uma operação em que o Fundo DELTA atua como mero intermediário, exercendo função inteiramente prescindível. O Grupo FLEURY ou a LABS CARDIOLAB poderiam contratar diretamente com os médicos o acordo de não-concorrência. Não era necessário conferir participação societária para o Fundo para obter os compromissos de não concorrência. Essa conferência serviu apenas para alterar a divisão das participações societárias sem que o recorrente indique os fundamentos subjacentes a tal transferência." - fl. 3.621;

- Em relação à incorporação da DIAGNOLABOR, também identifica uma série de indícios de simulação. Anota, primeiramente, que a aquisição da empresa foi feita de maneira atípica, com vantagens desproporcionais ao Fundo DELTA. Em segundo lugar, que o Fundo jamais integralizou o capital dessa pessoa jurídica, capital esse que havia sido aumentado logo antes da compra. Em terceiro lugar, que a posterior incorporação desse ativo na LABS CARDIOLAB gerou aumento do capital desta, com ações emitidas em favor do Fundo, porém sem entrada de recursos. Em quarto lugar, que essa operação de compra poderia ter sido feita diretamente pela LABS CARDIOLAB. Enfim, que essa operação toda serviu exclusivamente com o objetivo de transferir valores a entidade não sujeita a tributação pelo ganho de capital;
- Após consolidar novamente os fundamentos que indicam a existência de simulação, registra que o CARF tem precedentes no sentido de considerar artificiosas as *"alterações nos elementos do contrato, partes e objeto, havidas logo antes ou no curso das negociações."* (fl. 3.624), passando a apresentar os acórdãos nº 2201-002.666 e nº 2201-002.397. Também, que tem precedentes no sentido de que não se pode olhar a legalidade formal e isolada de cada transação intermediária, mas sim a legitimidade do conjunto de operações, indicando os acórdãos nº 101-95.409 e nº 103-23.441;
- Ressalta que,
"Fica evidente, portanto, que foi empreendida engenharia fiscal baseada na interposição de Fundo de Investimentos em Participações, figura peculiar, desprovida de personalidade jurídica, que não se sujeita ao pagamento de tributos sobre as operações que realiza, permitiu que o contribuinte pessoa física se eximisse do pagamento dos tributos devidos pela alienação dos ativos examinados." - fl. 3.626;
- No tocante ao tempo das transações, ressalta que a decisão recorrida errou no julgamento, vez que levou em consideração os prazos previstos nos

negócios entre as partes do caso concreto, e não os prazos normais das negociações desse tipo; e

- Apresenta ainda esclarecimentos referentes à existência de prejuízo à tributação. Esclarece que não pode prevalecer o argumento da DRJ no sentido de que a FIP eventualmente pagará o IR sobre as operações, ainda que em momento posterior. Isso porque, em primeiro lugar, não é possível atribuir o recolhimento feito por uma pessoa imposto devido por outra. Em segundo lugar, que é possível que jamais haja apuração de ganho de capital na FIP, uma vez que o ganho de capital no resgate/alienação/liquidação das cotas do fundo é calculado de acordo com o saldo no momento do resgate, e esse saldo pode ser alterado ao longo do tempo, envolvendo outras operações.

O Contribuinte obteve cópia dos autos em 14/11/2017 (fl. 3.637).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronnie Soares Anderson, Redator *ad hoc*

A teor do relatório acima reproduzido, também adoto aqui, na íntegra, o voto disponibilizado pelo Conselheiro Dilson Jatahy Fonseca Neto, de sorte que o posicionamento abaixo esposado não necessariamente tem a aquiescência deste Conselheiro:

Nos termos do art. 34 do Decreto nº 70.235/1972, é cabível recurso de ofício sempre que a decisão de 1º grau exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total a ser fixado pelo Ministro da Fazenda. Já a Portaria MF nº 63/2017, que regula a matéria, estabelece como limite de alçada o valor de R\$ 2.5milhões. No presente caso percebe-se que o valor exonerado realmente ultrapassa o limite de alçada, razão pela qual deve ser conhecido o recurso.

MÉRITO

Delimitação da lide

Após a leitura cuidadosa do TVF, das impugnações, do acórdão da DRJ e dos fundamentos do recurso de ofício, é possível concluir que o grande celeuma é a existência ou não de planejamento tributário abusivo. Especificamente, se o envolvimento de Fundos de Investimento em Participação (FIP) nas operações de reestruturação do ativo foi simulada, buscando alterar a base de cálculo de maneira fraudulenta, ou se foi ato válido e adequado aos fins empresariais almejados pelas partes do negócio jurídico. Efetivamente, essa foi a mesma conclusão alcançada pela DRJ:

"6.1. O cerne da questão trata-se, portanto, de saber se houve um "planejamento tributário abusivo (utilização de fundo de investimento interposto)", como pretende a fiscalização, ou se houve um "planejamento estratégico revestido de sólidos e indiscutíveis propósitos negociais, sem o qual as alienações das ações à FLEURY não teria acontecido", como pretendem os impugnantes." - fl. 3.541;

Também as razões ao recurso de ofício apresentadas pela PGFN são no mesmo sentido, como se observa do seguinte trecho:

"A Fiscalização identificou artificialidade nas operações que ensejaram a diluição da participação societária do contribuinte Jorge Neval Moll Junior e resultaram na transferência do controle acionário para o Fundo DELTA no intervalo que mediou o início das tratativas com o Grupo Fleury e a efetiva alienação dos ativos LAB D'OR.

Além da questão temporal, por si, indício relevante, a fiscalização identificou um conjunto de indícios neste sentido:

I - A diminuição da participação societária se deu mediante interposição de entidade transparente e não sujeita à tributação do ganho de capital.

II - Essa entidade - FIP - era controlada pelo próprio contribuinte.

III - As operações mediante as quais as participações societárias foram adquiridas careciam de substância econômica, e.g., a subscrição do capital aumentado não foi acompanhada da integralização desse capital.

IV - A atipicidade e falta de substância das operações eram orientadas a beneficiar o Fundo DELTA." - fl. 3.268;

Em suma, o ponto fulcral da lide é identificar se houve simulação na utilização dos FIP na estruturação do negócio de venda do ativo.

Conforme o relatório: (a) a autoridade lançadora entendeu que a utilização dos FIP foi absolutamente desnecessária, objetivando exclusivamente a economia de tributos, resvalando-se em simulação e fraude; (b) as impugnantes contestaram o lançamento argumentando que a utilização dos FIP foram indispensáveis à conclusão do negócio, vez que foi exigência do adquirente e, ainda que assim não fosse, que a sua utilização se destinasse exclusivamente à economia tributária, que é uma opção legal, não configurando, portanto, abuso nem fraude e, considerando ainda que todos os atos foram às claras, que não houve simulação; (c) a DRJ entendeu que no caso houve sim um propósito negocial na interposição de uma entidade para captar recursos e, nesse caso, que é plenamente admissível a utilização do instrumento do FIP; e, enfim, (d) a PGFN concorda com a autoridade lançadora, defendendo que houve diluição desnecessária da participação societária, bem como que o FIP foi utilizado com desvio de finalidade.

Resumo dos contratos e das operações realizadas:

Convém um breve resumo dos fatos em ordem cronológica para tentar facilitar a sua compreensão:

1. 28/05/2010: AGE da CARDIOLAB, convertendo-a de Limitada em Sociedade Anônima;
2. 30/11/2010: Criação do Fundo DELTA pela BTG;

3. 01/12/2010: Concessão de Opção de Compra das cotas da empresa DIAGNOLABOR, em que figuraram como titulares das cotas e outorgantes das opções duas pessoas físicas sem identificação de vínculo com o contribuinte, e como adquirente do direito de opção o BTG;
4. 15/12/2010: Fato Relevante publicado pela FLEURY informando ter firmado Memorando de Entendimento com os sócios do LABS D'OR para uma futura aquisição dos ativos de medicina diagnóstica desta por aquela;
5. 31/12/2010: Apresentação de "Demonstrações Financeiras Combinadas Auditadas" da REDE D'OR por auditoria independente. Nesse relatório a auditoria esclarece que a "Rede D'Or" reúne unidades LABS D'OR e Hospitais D'OR. Também, que ao longo do ano de 2010 o grupo passou por uma reorganização na sua estrutura de gestão e controle, consubstanciado na aquisição e aporte de participações em hospitais. Também, que foi firmado Memorando de Entendimento de entre o grupo e a FLEURY, no qual esta demonstrava interesse em assumir os ativos do LABS D'OR, incluindo as unidades de atendimento ambulatorial e os contratos de prestação de serviços de análises clínicas para 19 hospitais associados ou gerenciados pela Rede;

A seguir foi apresentado estudo elaborado pelo BTG em favor da Rede D'Or. Não foi possível identificar a data em que esse documento foi elaborado, porém é possível registrar que nele há informações obtidas em 18/06/2010, e.g. (fl. 3.020), mas que não contém informações referentes ao final do ano-calendário de 2010. Seja como for, esse documento tem por objetivo estudar o Mercado de Medicina Diagnóstica, identificando os índices do setor, bem como os principais atores do segmento, tanto nacionais quanto internacionais. Na sua última parte, denominada "Estratégia", passa a discorrer sobre as vantagens da consolidação das empresas do setor, apontando como sugestões o crescimento orgânico, a venda da empresa, ou a parceria mediante troca de ações, estudando principalmente a fusão com os três principais atores do mercado nacional, dentre os quais incluiu a FLEURY;

Foi apresentado ainda Demonstrativo de Resultado e EBITDA da atividade laboratorial da REDE D'OR em 31/10/2010, com o objetivo demonstrar que o valor do EBITDA da rede no momento da assinatura do Memorando de Entendimento (de 15/12/2010) é menos da metade do valor previsto no Fato Relevante, e assim provar que a diferença decorreu exatamente da incorporação das sociedades que não pertenciam ao grupo;

6. 07/01/2011: Firmado "Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Quotas e Outras Avenças Sujeito à Condição Suspensiva" pelo qual a DIAGNOLABOR comprava quotas dos sócios da CLÍNICA LUIZ FELIPPE MATTOSO LTDA. pelo preço de R\$ 47.9 milhões;
7. 14/01/2011: Investimento pelo Contribuinte de R\$ 20 milhões no Fundo Bordeaux, e de aproximadamente R\$ 10 milhões no fundo Yield, ambos da BTG;
8. 21/01/2011: Assinado "Instrumento Particular de Alienação Fiduciária de quotas em garantia" entre a DIAGNOLABOR, os seus sócios e o BTG, no

qual esta recebe as quotas daquela em garantia de um empréstimo de R\$ 48 milhões, firmado na mesma data;

9. 20/04/2011: 1º Aditamento ao empréstimo efetuado pelo BTG à DIAGNOLABOR;
10. 25/04/2011: AGE da DIAGNOLABOR aprovando o aumento do capital em R\$ 50 milhões, a serem posteriormente subscritos. Essa integralização não ocorreu antes do exercício da opção de compra pela BTG;
11. 29/04/2011: AGE aprovando a incorporação pela LABS CARDIOLAB das demais empresas integrantes do grupo LAB'S D'OR, com aumento do capital desta mas manutenção da participação do Contribuinte;
12. 16/06/2011: 2º Aditamento ao empréstimo efetuado pelo BTG à DIAGNOLABOR;
13. 05/07/2011: Exercício pelo BTG da opção de compra das cotas da DIAGNOLABOR;
14. 13/07/2011 (a): Acordo de Investimento entre FLEURY S.A., INTEGRITAS PARTICIPAÇÕES S.A., DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES, ALICE JUNQUEIRA MOLL, JORGE NEVAL MOLL FILHO, BTG EQUITY INVESTMENTS LLC e LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A. Além dessas pessoas, ainda atuaram como intervenientes anuentes o BRADSED PARTICIPAÇÕES LTDA., CORE PARTICIPAÇÕES LTDA., JM&AM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., BTG INVESTMENTS LP. Esse Acordo de Investimentos tinha como objeto:
 - (i) o Contribuinte, em conjunto com a BTG EQUITY INVESTMENTS LLC, com o FIP DELTA e com a sua cônjuge Alice Moll, se comprometiam a consolidar na CARDIOLAB uma série de investimentos em sociedades atuantes no setor de medicina diagnóstica ambulatorial e hospitalar;
 - (ii) o FLEURY declarava interesse em adquirir 50% do capital votante e total da CARDIOLAB. Posteriormente, a CARDIOLAB seria incorporada pela própria FLEURY, mediante emissão de ações desta, passando então os acionistas originais da CARDIOLAB a serem acionistas da FLEURY. Para tanto, as partes firmariam acordos de acionistas, tanto na CARDIOLAB para vigor entre a consolidação e a incorporação na FLEURY, quanto na Fleury para vigor deste segundo momento em diante;
15. 13/07/2011 (b): Fato Relevante publicado pela FLEURY registrando a assinatura do acordo de investimento acima descrito;
16. 15/07/2011 (a): Contrato de compra e venda de cotas da LABS CARDIOCLÍNICA em que figuram como comprador o BTG e como

vendedores outras pessoas físicas que não o Contribuinte nem a sua cônjuge;

17. 15/07/2011 (b): Aquisição pelo Contribuinte de mais R\$ 17,6 milhões em cotas do Fundo BORDEAUX;
18. 19/07/2011 (a): AGE aprovando a incorporação da LABS CARDIOCLÍNICA pela LABS CARDIOLAB, com aumento do capital social, sendo que as novas ações foram atribuídas ao BTG;
19. 19/07/2011 (b): Primeiros investimentos dos primeiros cotistas no Fundo DELTA;
20. 21/07/2011 (a): AGE da CARDIOLAB delibera pelo aumento do capital social em R\$ 212 milhões, sendo que as cotas notas são atribuídas ao Fundo DELTA, implicando redução da participação do Contribuinte;
21. 21/07/2011 (b): O Fundo DELTA transfere R\$ 21,2 milhões para o LABS CARDIOLAB a título de integralização de capital;
22. 22/07/2011: AGE deliberando a emissão de 17 bônus de subscrição, representando 7,5% do capital social;
23. 23/07/2011: Compra pelo Fundo DELTA dos Bônus de Subscrição da LABS CARDIOLAB emitidos em favor de pessoas físicas (médicos, advogada, empresários);
24. 25/07/2011: AGE aprovando novo aumento de capital, em R\$ 100mil, em face dos bônus de subscrição, subscritas pela DELTA, e com nova redução da participação do Contribuinte;
25. 26/07/2011: AGE aprovando a incorporação da DIAGNOLABOR pela CARDIOLAB, mediante novo aumento do capital, sendo atribuído ao Fundo DELTA. Novamente, redução da participação do Contribuinte;
26. 27/07/2011: Acordo de Cotistas e Outras Avenças do DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES (fl. 943/982) entre o Fundo BORDEAUX, o BTG ARF BRAZIL INVESTMENTS LP, DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES, JORGE NEVAL MOLL FILHO, ALICE JUNQUEIRA MOLL e BTG EQUITY INVESTMENTS LLC. Neste se registra a regra da Cláusula 3ª, segundo a qual o direito de primeira oferta do BTG é subsidiário ao direito da Integritas, em conformidade com o Acordo FLEURY, abaixo. Ou seja, caso a família Moll deseje alienar suas cotas do Fundo, deve oferecer primeiro à INTEGRITAS, essa acionista do FLEURY, e, somente caso ela não deseje adquirir as cotas, oferecer ao BTG, e, enfim, ficará livre para oferecer a terceiros;
27. 28/07/2011: Fundo DELTA paga aos vendedores da DIAGNOLABOR o preço das cotas adquiridas;
28. 01/08/2011 (a): Acordo de Acionistas da LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A. entre a FLEURY, JORGE NEVAL MOLL FILHO, ALICE JUNQUEIRA MOLL, BTG EQUITY INVESTMENTS LLC e DELTA FM&B FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES e outras pessoas

intervenientes. Nesta se consignou que a Fleury tinha adquirido, nesta data, 50% das ações da LABS CARDIOLAB, ficando os demais identificados com as outras 50% das ações. Importa registrar a seguinte regra:

9.6 A Família Moll tem a intenção de permanecer como cotista majoritária e Controladora do FIP [leia-se: Fundo DELTA]. Excepcionalmente, e na hipótese de pretendida Alienação pela Família Moll de cotas do FIP que, sendo concretizada, faça com que a Família Moll deixe de ser a cotista majoritária do FIP e, a partir de então, em todas e quaisquer Alienações pela Família Moll de cotas do FIP, a Família Moll deverá oferecer a Integridade o direito de primeira oferta sobre as cotas objeto de tal Alienação, nos termos desta Cláusula 9. Exceto pelo previsto nesta Cláusula 9.6, nada neste Acordo pretende de qualquer forma onerar ou limitar a Alienação de cotas do FIP por qualquer cotista.

29. 01/08/2011 (b): Pagamento da 1ª Parcela do preço pela FLEURY aos acionistas da CARDIOLAB;
30. 09/08/2011: Emissão de Invoice de cobrança da comissão pela intermediação e assessoria financeira (fl. 3.038), com liquidação na mesma data;
31. 19/08/2011: O Fundo DELTA transfere R\$ 100 mil para o LABS CARDIOLAB a título de integralização de capital;
32. 05/10/2011: Ata de Assembléia Geral de Cotistas do Fundo BORDEAUX, na qual se decidiu pela substituição do administrador do fundo, que deixou de ser o BTG, passando a ser o Citibank;
33. 10/10/2011: Relatório de Avaliação Econômico-Financeira da LABS CARDIOLAB apresentado pela Deloitte;
34. 13/10/2011: Protocolo de Incorporação de Ações e Instrumento de Justificação de LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A. por FLEURY S.A.;
35. 20-24/10/2011: A administração do Fundo DELTA é alterada, deixando de ser o BTG e passando a ser o Citibank;;
36. 31/10/2011: AGE da LABS CARDIOLAB que aprovou o laudo de avaliação e a incorporação dessa empresa na FLEURY;
37. 13/01/2012: Pagamento da 2ª Parcela do preço pela FLEURY aos acionistas da CARDIOLAB; e
38. 0/08/2012: Pagamento do ajuste do preço pela FLEURY aos acionistas da CARDIOLAB.

Da descrição do negócio

Percebe-se, portanto, que foram realizadas uma série de negociações paralelas, nem todas envolvendo o Contribuinte, direta ou mesmo indiretamente. Em resumo, conformidade com os registros do TVF, das Impugnações, do Acórdão e das Razões do Recurso de Ofício, bem como da vasta documentação constante nos autos, é possível anotar que:

a) O Contribuinte realmente estava interessado em reestruturar suas atividades desde 2010, quando contratou começou a reestruturar sua atividade hospitalar e contratou o BTG para analisar a melhor forma de reestruturar a atividade laboratorial;

b) Considerando a fase de consolidação do mercado laboratorial, em especial nas figuras de duas principais empresas de nível nacional, a REDE D'OR, com auxílio da sua assessora financeira, procurou potenciais interessadas em integrar suas atividades. Encontrando a FLEURY, e após negociações preliminares - não é de se imaginar que foi publicado um Fato Relevante em 15/12/2010 sem nenhuma negociação preliminar - as partes entenderam ser possível e interessante realizar um negócio de incorporação daquela nesta;

c) Para a realização do negócio visualizado em dezembro/2010 a REDE D'OR iniciou um procedimento de reestruturação de seus ativos, com incorporação e consolidação de suas muitas sociedades em uma única, além de negociação de contratos de prestação de serviços entre seus estabelecimentos laboratoriais e seus hospitais;

d) Ainda visando a realização do negócio, a assessoria financeira se aproximou de outras sociedades - nas quais o Contribuinte não tinha participação -, auxiliando-as se reunirem para, posteriormente, serem incorporadas à REDE D'OR;

e) É relevante anotar que, enquanto a reestruturação ocorria exclusivamente entre as empresas já integrantes da Rede D'Or, o Contribuinte focou em incorporar seus ativos especificamente na CARDIOLAB, mas, ao que parece, poderia ter optado por qualquer outra empresa do grupo. Seja como for, até esse ponto, manteve sempre a sua participação constante em 100% (em conjunto com a cônjuge). Ou seja, enquanto não havia capital externo, não houve diluição da sua participação;

f) As negociações avançavam à medida que o tempo passava. Ressalta-se que em negócios desse porte há necessários procedimentos de auditoria, averiguação, avaliação, *due diligence* etc., que gastam tempo. De qualquer maneira, vislumbrando o incremento em sua avaliação nessas negociações, observou a possibilidade de incorporar outras empresas externas ao grupo - como a DIAGNOLAB e a CLÍNICA FELIPPE MATTOSO;

g) Para viabilizar essas incorporações externas, se exigiu investimentos e recursos externos. Tanto assim que o BTG financiou a aquisição da CLÍNICA FELIPPE MATTOSO, bem como pagou pela aquisição dos bônus de subscrição - forma de vincular os profissionais médicos e impedi-los de concorrer com a nova estrutura;

h) Ainda assim, caso a negociação com a FLEURY - que a essa altura ainda não havia sido firmada de forma irrevogável - não se concretizasse, então seriam necessários ainda mais recursos. Fez-se necessário, assim, um instrumento apto a captar esses recursos e, ao mesmo tempo, que não exigisse nova alteração na estrutura acionária da CARDIOLAB. E é aqui, como bem concluiu a DRJ, que as partes tinham diversas formas de prosseguir, sendo o FIP uma delas;

i) Assim, fez-se um grande aumento de capital na CARDIOLAB, atribuindo-se as novas ações ao Fundo DELTA. Este integralizou de imediato 10% do valor, ficando o restante diferido. Desde já, diferentemente do que entendeu a autoridade lançadora, não se observa qualquer irregularidade nisso: não se demonstrou a necessidade **imediata** de recursos que exigisse o aporte concomitante; contanto que esse fundo efetivamente aportasse o capital à medida que se fizesse necessário, nada se poderia criticar;

j) Firmado, enfim, o contrato com a FLEURY, definiu-se que essa operação de alienação da CARDIOLAB - que a essa altura já havia reunido e consolidado todos os ativos envolvidos - se deu em duas etapas. A primeira foi a venda de 50% das ações para da CARDIOLAB para a FLEURY, com pagamento em pecúnia. A segunda, pela incorporação das ações da CARDIOLAB na FLEURY, mediante a emissão de novas ações desta em nome dos então sócios da CARDIOLAB. Em outras palavras, o Contribuinte, assim como o Fundo DELTA, alienaram a integralidade da empresa em 2011, recebendo uma parte em dinheiro e outra em ações.

A DRJ registrou, nesse ponto, como será melhor apontado abaixo, que as partes utilizaram exatamente os valores referentes a essa primeira parcela de 50% em pecúnia para quitar as dívidas referentes aos aumentos de capital ainda não integralizados. Efetivamente, essa informação é corroborada pelo próprio acordo firmado entre os acionistas da CARDIOLAB e a FLEURY em 13/07/2011, do qual se extrai o seguinte trecho:

"2.2.2 Na hipótese de os Acionistas Originais terem, na Data do Primeiro Fechamento, a obrigação de integralizar parcela do capital social da Companhia por eles subscrito, Fleury deverá depositar, imediatamente antes da transferência das Ações, parte da Primeira Parcela do Preço em montante correspondente ao valor total da obrigação de integralizar, em favor da Companhia, para pagamento da referida obrigação por conta e ordem dos Acionistas Originais, desde que em montante nunca superior à Primeira Parcela do Preço de Compra.

2.2.2.1 Acordam as Partes que imediatamente após a integralização do capital social da Companhia e na Data do Primeiro Fechamento, a Companhia utilizará os recursos provenientes da integralização referida na Cláusula 2.2.2 acima para quitação das dívidas pendentes de pagamento em favor dos credores listados no Anexo 2.2.2.1, nos montantes nele referidos."

Em suma, passa-se, assim, a breves anotações de alguns desses fatos.

Da necessidade de consolidação dos ativos antes da operação de alienação:

Percebe-se, desde o primeiro momento, que a negociação com a FLEURY, compradora, não se tratava especificamente da empresa CARDIOLAB, mas sim de um conjunto de ativos. É o que se extrai, por exemplo, o "Protocolo de Incorporação de Ações e Instrumento de Justificação entre LABS CARDIOLAB EXAMES COMPLEMENTARES S.A. e FLEURY S.A.", no qual se esclarece que:

"1. JUSTIFICAÇÃO

CONSIDERANDO QUE as administrações das Companhias negociaram a aquisição pelo Fleury dos ativos relacionados ao setor de medicina diagnóstica ambulatorial e hospitalar unificados na Cardiolab, por meio da aquisição pelo Fleury da totalidade das ações de emissão da Cardiolab, em duas fases (...);

Logo, não há que se questionar a relevância ou a necessidade da reestruturação da empresa antes da operação. Trata-se de uma premissa para a realização do negócio final. Dessa forma, não há que se falar, nesse ponto, em simulação nem em ausência de propósito negocial.

Aumentos de capital, diluição da participação e ausência de integralização

O lançamento toma como base, como já esclarecido anteriormente, a tese de que o atuado fez uso do FIP de maneira abusiva, sem qualquer substância negocial, visando única e exclusivamente economia tributária e utilizando para tanto de simulação. Para tanto, aponta que as operações ocorreram em curtíssimo prazo, que o Contribuinte diluiu sua participação de 100% para 21,89% de forma abrupta, por meio de operações questionáveis.

Por exemplo, a autoridade lançadora parece criticar a entrada da BTG na companhia alienada em 19/07/2011, primeira ocorrência que implicou diluição da participação acionária. Não há, frisa-se, questionamento em relação à apuração dos valores envolvidos, mas apenas o critério temporal, ou seja, o momento em que se realiza.

Acontece que essa entrada se deu em função da incorporação de quotas que a instituição financeira tinha em outra empresa, a CARDIOCLÍNICA, cotas essas que ela havia adquirido dias antes exatamente com essa intenção. Ressalta-se que há um propósito declarado, desde o primeiro momento, de consolidação do mercado, o que significa que toda incorporação de outras empresas na CARDIOLAB tem sentido lógico-econômico-financeiro, vez que a valoriza. Portanto, nada há de estranho nessa operação.

A autoridade lançadora critica também as operações em que houve aumento de capital sem a efetiva integralização dos recursos. Cita os casos do aumento de capital na DIAGNOLABOR e especialmente do aumento de capital da CARDIOLAB mediante emissão de ações atribuídas ao Fundo DELTA, mas com integralização de 10% no ato.

Em ambos os casos, não se pode analisar a operação isoladamente, mas sim no contexto geral.

Em relação à DIAGNOLABOR, percebe-se que houve efetivamente um aumento de capital por parte dos seus cotistas originais. Ou seja, essa operação foi feita antes mesmo da aquisição pelo BTG/DELTA, não se podendo atribuí-la ao Contribuinte. Ainda que assim não fosse, é imperioso anotar que essa operação de aumento do capital está inculpada no contexto temporal: realizou-se na mesma época em que a DIAGNOLABOR negociou a outorga de opções de compra para a BTG, que contratou com esta um mútuo de aproximadamente R\$ 50 milhões - montante muito próximo do valor do aumento de capital referido antes - e que adquiriu o controle da CLÍNICA FELIPE MATTOSO. Como bem esclareceu a DRJ:

"Ao incorporar a DIAGNOLABOR a NOVA CARDIOLAB se sub-rogou no direito da incorporada de receber do FUNDO DELTA o valor do capital a integralizar de R\$ 50.000.000,00, mas tornou-se devedora do BANCO BTG PACTUAL em quantia equivalente.

A integralização do capital ocorreu em 01/08/2011, novamente com recursos obtidos pelo FUNDO DELTA na venda das ações para FLEURY, ou seja, a operação foi estruturada de modo a que, por intermédio do fundo, fosse adquirido o controle societário da FELIPE MATTOSO, usando para isso os recursos fornecidos pelo próprio comprador, a FLEURY.";

Uma das principais críticas do auto de nesse ponto, foi o aumento de capital em função do investimento da DELTA na CARDIOLAB. Em primeiro lugar, nada há de irregular nessa operação: houve um aumento de capital, atribuindo-se as novas ações a um FIP, e garantindo-lhe um prazo para efetuar a integralização dos recursos. Formalmente, irrepreensível.

Em segundo lugar, se analisada essa operação no contexto em que se realizou, percebe-se a indiscutível relevância e utilidade.

Importa registrar que essa operação se deu antes da assinatura do Acordo de Investimentos em que, de forma irrevogável, a REDE D'OR se vinculou à FLEURY. Contudo, conforme as informações constantes nos autos, parece claro que os alienantes estavam decididos a consolidar a sua posição no mercado, seja pela aquisição de outras sociedades, seja pela incorporação a outro grupo. Nesse caminho, ao contrário do entendimento da PGFN, a instituição de um FIP era instrumento de grande utilidade.

Se o negócio com a FLEURY não tivesse sido concluído, a CARDIOLAB poderia continuar procurando investimentos a serem feitos. Assim, por exemplo, pela captação de recursos com investidores. Nessa hipótese, a estrutura do FIP era ideal: o novo investidor adquiriria cotas do Fundo pela transferência de recursos ao Fundo, e este, por sua vez, transferiria os recursos para a CARDIOLAB como integralização das já referidas ações. Em outras palavras, seria possível encontrar novos investidores sem necessidade de alterar a estrutura acionária da CARDIOLAB.

Porém, o negócio com a FLEURY se concretizou. Nesse sentido, como esclareceu a DRJ:

"a) subscrição, em 22/07/2011, do capital da CARDIOLAB em R\$ 212.000.000,00

Necessário para obtenção de recursos para saldar dívidas que nela se acumulara após a incorporação das empresas que já eram controladas pelo contribuinte, de imediato foram integralizados R\$ 21.2000.000,00 com recursos de DELTA. O restante foi integralizado em 01/08/2011, com recurso obtidos do próprio comprador, FLEURY (conforme previsto nas cláusulas 2.2.2 e 2.2.1 do Acordo de Investimento). Foi, portanto, através do DELTA que se saneou as dívidas da CARDIOLAB da maneira mais barata, usando recursos fornecidos pelo próprio comprador e tornando-se, também, quando da concretização do negócio, acionistas da FLEURY. Se o negócio não fosse concretizado, restaria a obrigação de DELTA de honrar o saldo a integralizar do capital, no valor de R\$ 190.800.000,00.

Assim, as finalidades de um FIP, de obter participações acionárias e também captar recursos, foram observadas, e a

atuação do fundo mostrou capacidade de negociação fundamentais para a concretização do negócio.";

Percebe-se, portanto, que as constatações da autoridade lançadora só podem ser adotadas se as operações forem analisadas isoladamente, retirando-se do contexto em que se realizaram e, mais, ignorando os fatos posteriores, inclusive e especialmente de que houve a integralização dos valores, ainda que com os recursos auferidos quando da venda das ações para a FLEURY.

Dos Fundos de Investimento em Participações - a razão econômica da utilização do Fundo DELTA, o Fundo BORDEAUX e o auxílio técnico do gestor do fundo:

Nessa linha, importante passar à análise específica da utilização dos FIP.

Quando da efetiva alienação das ações da CARDIOLAB para a FLEURY, o Contribuinte tinha 21,9 % do capital, o BTG Equity Investimentos LLC tinha 7,5 %, e o Fundo DELTA tinha os 70,6 % restante. O Fundo DELTA, por sua vez, estava rateado de forma que rateadas de forma que o Contribuinte detinha 75% das cotas, por meio do Fundo BORDEAUX, este 100% seu, enquanto os 25% restantes eram de titularidade do BTG ARF BRAZIL INVESTMENTS LP - BANCO SANTANDER S.A., cujos investidores eram não residentes. Ressalta-se que esses investimentos do BTG foram necessários, como já descritos, para viabilizar a incorporação de sociedades externar à REDE D'OR.

Outrossim, lembrando que a operação de alienação foi estruturada em duas etapas, com pagamento de 50% em pecúnia e os outros 50% em ações da FLEURY, constata-se que os acionistas da CARDIOLAB se tornariam acionistas também da FLEURY. Considerando o montante de ações recebidas nessa segunda etapa, os acionistas da CARDIOLAB se tornaram acionistas relevantes da FLEURY (aproximadamente 15%), podendo indicar membros do conselho, por exemplo.

Acontece que a FLEURY tinha, entre seus próprios acionistas, uma instituição financeira concorrente da BTG. Segundo os impugnantes, inclusive, essa associação do Sr. Jorge Moll ao BTG foi um dos elementos que impediu a conclusão do negócio inicialmente estabelecido no Memorando de dezembro/2012, uma vez que o acionista concorrente na FLEURY se opunha a permitir que o BTG tivesse qualquer poder de ingerência nessa empresa.

Diante do impasse, esclareceram os impugnantes, as negociações se reiniciaram, e as partes buscaram uma outra forma de estruturar o negócio. Optaram por utilizar uma entidade que figuraria como intermediária, recebendo os investimentos mas, ao mesmo tempo, mantendo o controle em poder do Sr. Jorge. Assim, mesmo tendo 25% do Fundo DELTA, a BTG não teria ingerência na FLEURY. Tão grande a relevância desse ponto que, para garantir que o BTG não passasse a ter direito de decisão no referido fundo e, indiretamente, na CARDIOLAB e, subsidiariamente na FLEURY, garantiu-se aos acionista desta o direito de preferência na aquisição das cotas do sr. Jorge Moll, preferência inclusive em relação ao BTG, co-cotista.

Mais: tanto o Fundo BORDEAUX quanto o DELTA era inicialmente administrados pelo BTG. Contudo, em outubro/2011, após a conclusão do negócio de alienação, ambos passaram a ser administrados pelo Citibank. Somente em abril/2013 é que a administração dos fundos voltou a ser do BTG. Portanto, confirma-se a alegação constante nas impugnações: o Fundo DELTA serviu, entre outros fundamentos, exatamente para figurar como intermediário. Porém, seu escopo era figurar como intermediário especialmente em relação ao BTG, evitando assim a concorrência com outras instituições financeiras interessadas no FLEURY.

Nessa linha, demonstra-se a importância e a utilidade econômica e negocial da utilização do FIP.

Para que não se critique o Fundo BORDEAUX, é importante registrar que constam nos autos relatórios de posições de seus investimentos. É possível indicar, entre 01/2011 e 07/2011, investimentos em diversas ações, títulos públicos e derivativos. Relembra-se que a Contribuinte se tornou cotista desse fundo em 14/01/2011, meses antes dos investimentos desse no DELTA.

Ressalta-se, ademais, que o Fundo BORDEAUX continuou a investir em inúmeros outros ativos, mesmo após investir no Fundo DELTA no mês de julho/2011. No extrato desse mês se observa, por exemplo, que a investiu valor relevante no nesse fundo em 19/07/2011, mas adquiriu inúmeras outras cotas de outros fundos - não comentados pela Fiscalização e aparentemente sem qualquer ligação com a operação em análise - ao longo dos próximos meses. Assim, por exemplo, esse Fundo BORDEAUX continuou com 20 outras posições em julho/2011, além dessa da do Fundo DELTA.

Não se pode dar azo, outrossim, à crítica de que os FIP's foram utilizados com desvio de sua destinação normal. Em primeiro lugar, conforme a própria PGFN, nas razões ao recurso de ofício,

"É de se reconhecer que os Fundos de Investimento em Participação no Brasil não necessariamente assumirão todas as características identificadas nos típicos investimentos em private equity, por força mesmo da pouca maturidade do mercado financeiro brasileiro. Nessa linha, a legislação brasileira regulamentou o FIP de maneira a permitir a adoção de tais características mas não as impôs. Por exemplo, não há obrigatoriedade de que um FIP tenha seu prazo de funcionamento pré-estabelecido em seu estatuto.";

Ou seja, a Procuradoria busca desenquadrar uma entidade sem indicar uma única infração ou desvio à Lei, mas apenas ao "uso normal".

Ainda que assim não fosse, percebe-se que o Fundo DELTA se enquadra nas linhas gerais descritas nas razões do recurso de ofício. O Fundo DELTA obteve investimento do Contribuinte, mas também de terceiros por meio do BTG; essa instituição financeira, enquanto administradora do FIP, atuou ativamente na gestão do procedimento de reestruturação da companhia que seria alienada, viabilizando a concretização de um negócio altamente complexo e que envolveu incontáveis partes; o FIP investiu em empresa em fase de pleno desenvolvimento e com grande potencial, tanto assim que a incorporação das sociedades externas à Rede D'Or, que só se viabilizou pelo seu investimento, elevou substancialmente a receita e o EBITDA da CARDIOLAB; maximizou o resultado para o cotistas e para a empresa investida etc.

Conclusões

Em suma, concorda-se com a DRJ, no que ela bem resume:

"De todo o exposto, podemos concluir que os negócios não foram praticados com o propósito único e específico de redução da carga tributária, e se mostram revestidos de uma substância

econômica (“propósito negocial”), de modo que não há como desconsiderá-los, por não ter havido um planejamento tributário abusivo, em que pese o minucioso trabalho fiscal desenvolvido, digno de elogio pelo profissionalismo apresentado, diante da complexidade do caso e das tênues linhas divisórias entre condutas abusivas e lícitas que se apresentavam, mas que com cuja conclusão não podemos concordar, porque: se a rede Lab fosse constituída somente de empresas sob o controle do contribuinte, e a reestruturação societária consistisse apenas na incorporação de todas e aumento de capital da NOVA LABS, então a interposição de DELTA seria altamente questionável. Entretanto, o cerne da reestruturação foi a aquisição do controle total de CARDIOCLÍNICAS, DIAGNOLABOR e FELIPE MATTOSO, que representaram 50% do valor global pago por FLEURY. A participação de DELTA, com todas as características de um FIP, foi fundamental nas negociações que culminaram com a concretização do negócio jurídico desejado. Portanto, não há como não ver os fundamentos econômicos de sua utilização e a existência de nítidos propósitos negociais aí presentes.

Assim , não cabe imputar ao contribuinte o ganho de capital auferido pelo FUNDO DELTA, o qual será tributado quando do resgate das suas cotas, de modo que considera-se improcedente o lançamento efetuado, devendo ser exonerado o crédito tributário exigido. ”;

Nessa linha, uma vez que entendo pela improcedência do lançamento em si mesmo, desnecessário discorrer sobre os argumentos subsidiários apresentados nas razões do recurso de ofício (especificamente a questão de que há risco de o ganho de capital ser perdido ao longo da operação do FIP e, ao cabo, não haver pagamento do tributo diferido), assim como da impugnação, e enfrentadas pela DRJ *ad cautelam* (especificamente a incidência ou não da tributação do ganho de capital em caso de incorporação de ações, a responsabilidade solidária, a qualificação da multa, e a incidência de juros sobre a multa de ofício).

Dispositivo

Diante de tudo quanto exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

Eis o voto que me coube redigir.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson (voto de Dilson Jatahy Fonseca Neto)