MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16561.720089/2017-65

Processo nº	16561.720089/2017-65
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**1402-004.205 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	11 de novembro de 2019
Recorrente	ONYX 2006 PARTICIPACOES LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Exercício: 2013

FUNDOS DE INVESTIMENTO EM AÇÕES. INTEGRALIZAÇÃO DE QUOTAS POR MEIO DE AÇÕES. AVALIAÇÃO A VALOR DE MERCADO. OBRIGATORIEDADE.

A integralização de quotas em fundos de investimento por meio de ações deve tomar por base o valor de mercado de tais ativos financeiros.

REAVALIAÇÃO ESPONTÂNEA. PERÍODO POSTERIOR À LEI Nº 11.638. IMPOSSIBILIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA.

A Lei nº 11.638, de 2007, eliminou a figura da reavaliação espontânea de ativos, de modo que não subsiste o lançamento tributário embasado na ocorrência de reavaliação dissimulada de ativos por meio do aporte das ações no Fundo de Investimento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Exercício: 2013

LANÇAMENTO CALÇADO NOS MESMOS ELEMENTOS DE PROVA.

Aplicam-se ao lançamento da CSLL as mesmas razões de decidir do lançamento de IRPJ, haja vista estarem apoiados nos mesmos elementos de convicção.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
Exercício: 2013

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOVAÇÃO NOS CRITÉRIOS JURÍDICOS DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA
Não padece de nulidade a decisão em que não fique configurada a adoção de critérios novos para a manutenção do lançamento, pelas autoridades julgadoras de primeira instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial aos recursos voluntários do sujeito passivo e do coobrigado para, i) afastar os argumentos suscitados acerca da nulidade da decisão de primeira instância em razão de alteração dos critérios jurídicos utilizados no lançamento; ii) rejeitar as preliminares de nulidade dos lançamentos; iii) no mérito, cancelar as autuações, exonerando integralmente o crédito tributário.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogerio Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Evandro Correa Dias, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Murillo Lo Visco, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paula Santos de Abreu e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (SP), que manteve integralmente o crédito tributário, cujo lançamento foi realizado por meio do Auto de Infração lavrado em face de ONIX 2006 PARTICIPAÇÕES LTDA. O caso foi relatado pela Instância *a quo* nos seguintes termos:

PROCEDIMENTO FISCAL

Os autos de infração encartados nos presentes autos decorreram de auditoria conduzida com a finalidade de verificar a regularidade do aporte de ações preferenciais detidas pelo sujeito passivo em fundo de ações, seguido de venda destas ações em mercado acionário. Tais autuações remontam a R$ 981.320.113,04 (novecentos e oitenta e um milhões, trezentos e vinte mil, cento e treze Reais e quatro centavos) e R$ 353.275.240,70 (trezentos e cinquenta e três milhões, duzentos e setenta e cinco mil, duzentos e quarenta Reais setenta centavos), já incluídos os juros de mora calculados até a data das lavraturas e a multa punitiva aplicada em seu patamar básico, e referem-se ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, respectivamente.

A fiscalização inicia a contextualização do procedimento fiscal realizado, que culminou com a lavratura das autuações mencionadas no parágrafo precedente, apontando que: *"A fiscalizada Onyx 2006 Participações Ltda. e as empresas Península Participações S/A, CNPJ 58.292.210/0001-80, e Paic Participações Ltda., CNPJ 61.550.182/0001-69, são todas empresas pertencentes ao grupo Abílio Diniz. Até 1999, o grupo Abílio Diniz era o único controlador da Companhia Brasileira de Distribuição – CBD, o maior grupo de varejo de venda de alimentos do país. A CBD atua através dos supermercados Pão de Açúcar, Extra e outros."*.

As operações societárias analisadas no curso da fiscalização, necessárias para a compreensão do contexto em que se insere o aporte das ações preferenciais detidas pelo Grupo Abílio Diniz no Fundo de Investimento em Ações Santa Rita, são assim descritas pelo Autuante:

"Em 1999, o grupo Abílio Diniz celebrou uma associação com o grupo francês Casino, por meio da qual o grupo Casino adquiriu 24,5% do controle da Companhia Brasileira de Distribuição – CBD, permanecendo o restante sob controle do grupo Abílio Diniz.

8. Em 03/05/2005 foi celebrado um Acordo de Associação com a constituição de uma empresa holding que passou a deter 65,6% das ações ordinárias da CBD e 28,8% do capital social. Por sua vez, o controle da empresa holding foi estabelecido entre o grupo Casino e o grupo Abílio Diniz com 50% para cada um dos sócios. Assim, a CBD passou a ser controlada em partes iguais pelos dois grupos (doc. Fato Relevante CBD 04-mai-2005 e Comunicado Mercado Casino - 04-mai-2005).

9. A empresa holding constituída no Acordo de Associação foi a denominada Vieri, utilizada para viabilizar o controle compartilhado da CBD entre os grupos de Abílio Diniz e Casino. Posteriormente, esta holding foi substituída pela Wilkes Participações S/A, CNPJ 04.745.350/0001-38, dentro do planejamento tributário adotado para transportar o ágio obtido pelo Casino na aquisição de 50% do controle da CBD para dentro da própria CBD.

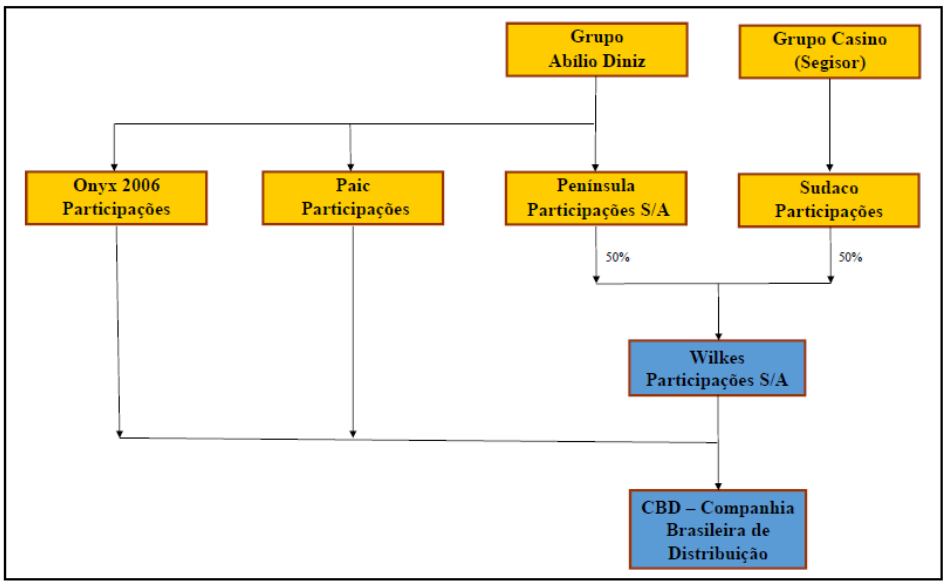
10. Nessa associação, Abílio Diniz vendeu ao Casino o equivalente a 20,3 bilhões de ações ordinárias da CBD, em contrapartida ao recebimento de US$ 200 milhões (recursos que poderiam ser reinvestidos em participação acionária no grupo Casino, o que levaria Abílio Diniz a ser o 5º maior acionista do grupo Casino); R$ 1.029.000.000,00 em dinheiro (a ser integralmente reinvestido na CBD, por meio da aquisição de 60 imóveis); e 12,5 bilhões de ações preferenciais da CBD. Esses valores, convertidos em reais, totalizaram R$ 2.105.268.103,00.

11. No entanto, conforme consta do processo nº 16561.720059/2013-25, no fechamento do negócio em 08/07/2005, a contrapartida do grupo Casino não foi realizada diretamente em moeda corrente, nem o grupo Abílio Diniz entregou as ações da CBD diretamente, tendo o negócio sido formalizado em troca de participações societárias. O grupo Abílio Diniz entregou participação societária na holding Vieri e o grupo Casino repassou ao grupo Abílio Diniz, as participações societárias nas pessoas jurídicas Zabaleta, no valor de R$ 940.000.000,00, Onyx 2007, no valor de R$ 60.000.000,00, Geant Fin, no valor de R$ 473.300.322,00, Onyx 2006, no valor de R$ 519.760.368,00, e ADRs da CBD, representativas de ações preferenciais, no valor de R$ 112.207.413,00.

12. O detalhamento desse negócio mostra a pratica dos grupos Abílio Diniz e Casino em formalizarem seus negócios como se fossem trocas de participações societárias, em vez de realizaram o pagamento do negócio em moeda. Foi assim nessa ocasião do Acordo de Associação entre eles em 2005, e foi assim por ocasião do encerramento da associação em 2013, realizada através de outra troca de participações societárias, operação objeto de lançamento de crédito tributário pelo processo nº 16561.720093/2017-23 da Península Participações S/A.

13. Do total de 12,5 bilhões de ações preferenciais da CBD dadas como parte desse pagamento, 10.263.690.000 ações não foram recebidas diretamente pelo grupo de Abílio Diniz, mas como sendo o ativo da empresa Onyx 2006, ora fiscalizada. À época, o valor patrimonial considerado dessas ações foi de R$ 519.760.368,00.

14. Como sócios da Wilkes foram colocadas as empresas Península Participações S/A, como representante do grupo Abílio Diniz, e Sudaco Participações Ltda., CNPJ 07.821.866/0001-02, representando o grupo Casino. Nesse momento, a situação era a seguinte:



15. O Acordo de Acionistas da Wilkes Participações S/A firmado em 27/11/2006 entre Abílio dos Santos Diniz, Ana Maria Falleiros dos Santos Diniz D´Ávila, Adriana Falleiros dos Santos Diniz, João Paulo Falleiros dos Santos Diniz, Pedro Paulo Falleiros dos Santos Diniz e Península, como o grupo Abílio Diniz, e Segisor, empresa francesa, CNPJ 05.710.423/0001-49, e Sudaco Participações Ltda., CNPJ 07.821.866/0001-02, empresas do grupo Casino, previa que o presidente do Conselho de Administração da Wilkes seria indicado pelo grupo Abílio Diniz até junho de 2012. A partir de 22/06/2012, o grupo Casino teria o direito de indicar o presidente do Conselho de Administração da Wilkes.

16. No mesmo dia de 27/11/2006 também foi acordado entre os dois grupos o Contrato de Opção de Venda de Ações sob Condição, que foi aditado e consolidado em 16/12/2009.

17. Esse Contrato de Opção de Venda de Ações sob Condição envolve duas opções de venda. A primeira opção de venda é tratada no artigo II, e seria válida somente se o grupo Casino elegesse o presidente do Conselho de Administração da Wilkes a partir de 22/06/2012, do qual se extrai o seguinte:

> 2.1. Observados os termos e condições deste Contrato de Opção de Venda, e somente se o Casino vier a eleger o *Chairman* do Conselho de Administração da WILKES a partir de 22 de Junho de 2012, nessa hipótese, e somente nessa hipótese, o Grupo AD terá direito de exigir que o Casino compre na forma de bloco, e somente na forma de bloco (a "Primeira Opção de Venda") participação direta na Wilkes correspondente a 1.000.000 (um milhão) de Ações Ordinárias da CBD, emitidas e em circulação (doravante designadas, coletivamente, "Ações Sujeitas à Primeira Opção de Venda"). Em caso de desdobramento de ações, distribuição de dividendos ou bonificação em ações, o número de Ações Sujeitas à Primeira Opção de Venda será ajustado de maneira que as Ações Sujeitas à Primeira Opção de Venda representem, no mínimo, 2,4% (dois vírgula quatro por cento) do capital social com direito a voto da Wilkes no momento de sua compra pelo Casino.

> 2.1.1. O Preço das Ações Sujeitas à Primeira Opção de Venda será de US$ 10,50 (dez dólares norte-americanos e cinqüenta centavos) por Ação Ordinária da CBD, no valor total de US$ 10.500.000,00 (dez milhões e quinhentos mil dólares norte-americanos) (o "Preço das Ações Sujeitas à Primeira Opção de Venda"), independentemente de quaisquer desdobramentos de ações ou distribuições de dividendos em ações ou bonificações, e será ajustado de forma a considerar o nível de caixa e endividamento da Wilkes, quando do exercício da Primeira Opção de Venda. O ajuste acima não impedirá a Transferência das Ações Sujeitas à Primeira Opção de Venda dentro do prazo estabelecido no Artigo 2.4.

18. A segunda opção de venda é tratada no artigo III, e seria válida apenas se a primeira opção de venda fosse exercida, e permitia ao grupo Abílio Diniz exigir do Casino que comprasse a participação acionária na Wilkes correspondente a 19.375.000 ações ordinárias da CBD, como transcrito:

> 3.1. Se, e somente se, o Grupo AD tiver vendido as Ações Sujeitas à Primeira Opção de Venda para o Casino, por meio do exercício da Primeira Opção de Venda ou por meio do exercício por da Opção de Compra Emergencial ou da Opção de Compra de Segurança, e observados os termos e condições deste Contrato de Opção de Venda, o Grupo AD terá o direito de exigir que o Casino adquira na forma de bloco e somente na forma de bloco ("Segunda Opção de Venda") participação acionária direta na Wilkes correspondente a 19.375.000 (dezenove milhões, trezentas e setenta e cinco mil) Ações Ordinárias da CBD, emitidas e em circulação (doravante designadas, em conjunto "Ações Sujeitas à Segunda Opção de Venda"), por um preço de exercício igual ao valor resultante da aplicação da fórmula estabelecida no Anexo Único deste Contrato de Opção de Venda (o "Preço das Ações Sujeitas à Segunda Opção de Venda"). A fórmula prevista no Anexo Único deste Contrato de Opção de Venda será doravante designada como "Fórmula de Segunda Opção de Venda". O Preço das Ações Sujeitas à Segunda Opção de Venda será computado em Reais e com base nos balanços publicados (segundo os US GAAP) em Reais. O montante resultante em Reais será indexado pelo IPCA na data das demonstrações financeiras anuais da CBD imediatamente anteriores à data da Segunda Opção de Venda e até o final do 4º (quarto) mês após a disponibilização das demonstrações financeiras publicadas (segundo o US GAAP) ou até a Data de Transferência das Ações Sujeitas à Segunda Opção de Venda, o que ocorrer antes. O valor em Reais (o "Montante Resultante") a ser indexado resultará da aplicação da Fórmula de Segunda Opção de Venda, devendo depois ser convertido em dólares norte-americanos à Taxa de Conversão na Data para a Transferência das Ações Sujeitas à Segunda Opção de Venda. Em caso de desdobramento de ações ou distribuição de dividendos ou bonificação em ações, o número de Ações Sujeitas à Segunda Opção de Compra será ajustado de tal maneira que as Ações Sujeitas à Segunda Opção de Venda representem, à época de sua compra pelo Casino, todas as Ações Ordinárias da Wilkes remanescentes então detidas pelo Grupo AD.
>
> 3.1.1. O Grupo AD reconhece e aceita que o Preço das Ações Sujeitas à Segunda Opção de Venda referido no Artigo 3.1 corresponde ao valor das ações da CBD na data deste Contrato, o qual, para maior transparência, deverá ser usado para o cálculo do valor das ações da Wilkes. O Preço das Ações Sujeitas à Segunda Opção de Venda deverá ser ajustado na ocasião do exercício da Segunda Opção de Venda, levando em consideração o nível de caixa e endividamento da Wilkes, bem como o valor da ação da CBD resultante da Fórmula de Segunda Opção de Venda.

> 3.1.2 O Preço das Ações Sujeitas à Segunda Opção de Venda será determinado por um banco de investimento de reputação internacional que não tenha realizado quaisquer negócios com qualquer das Partes ou com a CBD durante o período de, pelo menos, 2 (dois) anos anteriores à data da sua nomeação, a qual será feita de comum acordo entre as Partes. O banco de investimento escolhido deverá calcular o Preço das Ações Sujeitas à Segunda Opção de Venda com base na Fórmula de Segunda Opção de Venda e nos princípios estabelecidos no Artigo 3.1.1 acima. O cálculo realizado pelo banco de investimento nomeado será final, conclusivo, vinculante e não será passível de contestação. As Partes deverão arcar igualmente com as taxas e custos relativos ao banco de investimento nomeado.

19. A segunda opção de venda poderia ser exercida após a data de 22/06/2014 e até a data de 22/06/2022, de acordo com o artigo 3.2:

> 3.2 O Grupo AD terá o direito de exercer a Segunda Opção de Venda (desde que o Grupo AD tenha vendido as Ações Sujeitas à Primeira Opção de Venda para o Casino através do exercício da Primeira Opção de Venda ou através do exercício pelo Casino da Opção de Compra Emergencial ou da Opção de Compra de Segurança), durante o período de 8 (oito) anos a partir de 22 de junho de 2014, doravante denominado "Período para o Exercício da Segunda Opção de Venda". O prazo para a Segunda Opção de Venda se encerrará às 18:00 horas, hora de São Paulo, em **22 de junho de 2022** (a "Data de Término do Prazo para o Exercício da Segunda Opção de Venda"). Se a Data de Término do Prazo

> 3.6.1. Caso o Grupo AD tenha vendido as Ações Sujeitas à Primeira Opção de Venda para Casino por meio do exercício da Primeira Opção de Venda ou por meio do exercício pelo Casino da Opção de Compra Emergencial ou da Opção de Compra de Segurança antes de 22 de junho de 2014, o Grupo AD terá o direito de fixar o Preço das Ações Sujeitas à Segunda Opção de Venda, mediante a devida notificação ao Casino, dentro de 6 (seis) meses da ocorrência do evento que desencadeou a venda das Ações Sujeitas à Primeira Opção de Venda, com base na Fórmula de Segunda Opção de Venda e nas mais recentes demonstrações financeiras anuais disponíveis da CBD.

20. Nesse mesmo artigo da Segunda Opção de Venda havia uma hipótese em que o grupo Abílio Diniz poderia optar por receber o preço das ações em ações preferenciais da CBD ao invés de pagamento em espécie:

> 3.6.2.1. Se o Grupo AD confirmar o exercício da Segunda Opção de Venda mediante entrega da notificação referida no Artigo 3.6.2. acima, o Grupo AD poderá, pelo menos 90 (noventa) dias antes do Período para o Exercício da Segunda Opção de Venda (ou seja, a partir de 22 de junho de 2014), indicar, por escrito, ao Casino se o Grupo AD deseja receber o Preço das Ações Sujeitas à Segunda Opção de Venda em Ações Preferenciais da CBD ao invés de pagamento em espécie, contanto que o Preço das Ações Sujeitas à Segunda Opção de Venda tenha se tornado menor do que o montante igual a 91,5% (noventa e um e meio por cento) do Preço das Ações Preferenciais da CBD pela média flutuante por 10 (dez) Dias Úteis, durante o prazo de 90 (noventa) dias corridos, referido neste Artigo 3.6.2.1.

21. Como consta da transcrição, a hipótese de receber o pagamento em ações preferenciais da CBD em vez de pagamento em espécie era que o preço das ações sujeitas à Segunda Opção de Venda, calculado segundo a "Fórmula da Segunda Opção de Venda", tenha se tornado menor do que o montante igual a 91,5% do preço das ações preferenciais da CBD pela média flutuante por dez dias úteis durante o prazo de noventa dias referido.

22. Essa possibilidade, que indica uma garantia de valor mínimo a ser pago, também estava presente na cláusula de permuta reproduzida a seguir, mesmo com o grupo Abílio Diniz não exercendo a Segunda Opção de Venda:

> 3.7. No caso do Grupo AD não exercer a Segunda Opção de Venda durante o Período estabelecido para o Exercício da Segunda Opção de Venda e desde que o Grupo AD tenha vendido as Ações Sujeitas à Primeira Opção de Venda para o Casino através do exercício da Primeira Opção de Venda ou através do exercício pelo Casino da Opção de Compra Emergencial ou da Opção de Compra de Segurança, Casino envidará seus esforços comerciais razoáveis para converter as Ações Sujeitas à Segunda Opção de Venda em Ações Preferenciais da CBD, na medida em que for permitido pela legislação brasileira e pelo Estatuto Social da CBD, ou para permutar as Ações Sujeitas a Segunda Opção de Venda por Ações Preferenciais da CBD detidas pelo Casino e/ou suas Afiliadas. Para este fim, tanto a conversão como a permuta deverão ser realizadas à razão de 915 (novecentas e quinze) Ações Preferenciais da CBD por 1.000 (mil) Ações Ordinárias da CBD.

23. A Segunda Opção de Venda era um direito que o grupo Abílio Diniz poderia exercer dentro de um prazo determinado, que se iniciava em 22/06/2014 e se encerraria em 22/06/2022. Fica claro que esse direito só existiria nesse período, nem antes de 22/06/2014, nem depois de 22/06/2022. A possibilidade de receber ações preferenciais da CBD em troca das 19.375.000 ações ordinárias da CBD, objeto da segunda opção de venda, estava restrita à situação em que o grupo de Abílio Diniz não tivesse exercido a Segunda Opção de Venda no prazo estabelecido, ou seja, até 22/06/2022. E, mesmo nesse caso, a razão de troca das ações seria de 915 ações preferenciais da CBD, detidas pelo grupo Casino, por 1000 ações ordinárias da CBD, detidas pelo grupo Abílio Diniz, ou seja, a troca seria feita pelo preço mínimo que parece ter sido acordado entre os dois grupos.

24. Em 14/05/2012 (doc. Comunicado Mercado CBD - 15-mai-2012), o Casino enviou correspondências a Abílio Diniz em que solicitou a convocação (a) de uma Assembleia Geral Extraordinária de Acionistas de Wilkes, para eleição do Presidente do Conselho de Administração de Wilkes, nos termos da Cláusula 5.1.2.4 do Acordo de Acionistas; (b) de uma Reunião do Conselho de Administração de Wilkes, para determinação da orientação de voto a ser proferido na Assembleia Geral Extraordinária de CBD, a ser realizada na mesma data, e (c) de uma Assembleia Geral Extraordinária de CBD, para eleição, pela acionista Casino, de três membros do Conselho de Administração de CBD, nos termos da Cláusula 9.3(E) do Acordo de Acionistas.

25. Ainda nos termos da Cláusula 5.1.2.4(b) do Acordo de Acionistas, o Casino indicou o Sr. Jean-Charles Naouri, para ocupar o cargo de Presidente do Conselho de Administração da Wilkes, a partir de 22 de junho de 2012, e informou sobre o exercício, de forma irrevogável e irretratável, da Opção de Compra de Reorganização do Controle, conforme definida no Acordo de Acionistas na cláusula 9.2.

26. A Opção de Compra de Reorganização de Controle era o direito do Casino de comprar do grupo AD uma ação ordinária da Wilkes, passando a ter a maioria do controle da Wilkes e da CBD, conforme consta do Comunicado Mercado CBD - 22-jun-2012.

27. Com a eleição do presidente do Conselho de Administração da Wilkes pelo grupo Casino, o grupo de Abílio Diniz passou a ter o direito de exercer a Primeira Opção de Venda prevista no Contrato de Opção de Venda de Ações sob Condição.

28. E essa opção foi exercida em 23/08/2012, quando o grupo Casino, através da Sudaco, adquiriu da Península Participações participação acionária na Wilkes correspondente a 1.000.000 de ações ordinárias de emissão da CBD, como resultado do exercício da Primeira Opção de Venda pelo Grupo Abílio Diniz. Dessa forma, o Grupo Casino passou a deter a maioria do capital votante da Wilkes (doc. Comunicado Mercado CBD - 23-ago-2012) e, portanto, da CBD, embora o presidente do Conselho de Administração da CBD continuasse sendo o Sr. Abílio Diniz.

29. A indicação do Presidente do Conselho de Administração da Wilkes e do exercício da Opção de Compra de Reorganização do Controle pelo grupo Casino foram realizadas em meio a desentendimentos entre os sócios da CBD, que levaram a um processo de arbitragem entre os grupos Casino e Abílio Diniz na Câmara Internacional de Comércio. Pelo menos uma razão para o desentendimento entre os sócios da CBD se tornou público à época, devido a tentativa do grupo Abílio Diniz de realizar uma associação da CBD com o grupo Carrefour.

30. Como consta do Instrumento Privado de Transação e Renúncia de Direitos, de 06/09/2013 (apresentado pela Península em 24/02/2017), na data de 30/05/2011, o grupo Casino apresentou um Pedido de Arbitragem perante o Tribunal Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional ("ICC") contra o grupo Abílio Diniz, tendo ainda requisitado e obtido do Juiz Presidente do Tribunal de Comércio de Nanterre, França, nos termos do artigo 145 do Código de Processo Civil francês que um oficial de justiça procedesse a uma busca nos escritórios do Carrefour.

31. Em 01/07/2011, novamente o grupo Casino apresentou pedido de arbitragem contra o grupo Abílio Diniz e a CBD ante o ICC que, em 14/10/2011, consolidou esses dois processos de arbitragem em um só. Por sua vez, o grupo Abílio Diniz apresentou um pedido de arbitragem sob as regras da ICC contra o grupo Casino em 12/12/2012.

32. Essas divergências entre os sócios da CBD foram bastante divulgadas pela imprensa na ocasião. (...)

35. A partir desse momento em que o grupo Casino indicou o presidente do Conselho de Administração da Wilkes e exerceu a Opção de Compra de Reorganização de Controle, o grupo de Abílio Diniz exerceu a Primeira Opção de Venda prevista no Contrato de Opção de Venda de Ações sob Condição e adotou procedimentos para que essa saída se desse da forma mais vantajosa.

36. A associação dos dois grupos perdurou até 06/09/2013, quando foi encerrada com a assinatura de um Instrumento de Permuta de Participação Acionária e do Instrumento Privado de Transação e Renúncia de Direitos, que estabelecia os acordos e pactos relativos ao término do relacionamento entre os grupos como acionistas da Wilkes e, em consequência, com o grupo Casino assumindo a totalidade do controle sobre a CBD."

Após relatar as operações societárias realizadas entre os Grupos Abílio Diniz e Casino, a fiscalização passa a detalhar a operação de aporte das ações preferenciais da Companhia Brasileira de Distribuição – CDB no Fundo de Investimento em Ações Santa Rita – CNPJ nº. 08.831.574/0001-13, que teria sido realizada com a finalidade de que a valorização dessas ações se desse no fundo de investimento, com evidentes benefícios tributários. Tal operação, realizada em dezembro de 2012, é assim descrita pela fiscalização:

"39. Logo após ter ingressado em 12/12/2012 com um pedido de arbitragem na Câmara de Comércio Internacional - ICC contra o grupo Casino, as sociedades controladas por Abílio Diniz, Península Participações S.A., Onyx 2006 Empreendimentos e Participações Ltda. e Paic Participações Ltda. aportaram em 17/12/2012 a totalidade de suas 24.082.151 ações preferenciais de emissão da CBD, no Fundo de Investimento em Ações Santa Rita, CNPJ 08.831.574/0001-13, pelo valor de R$ 31,25/ação, ou seja, pelo valor contabilizado das ações. Estas sociedades eram as únicas cotistas do Fundo (doc. Comunicado ao Mercado - 28-dez-2012).

40. O Fundo de Investimento Santa Rita contabilizou o valor das ações a mercado (''marcação a mercado''), conforme cotação diária do fundo para o mês de dezembro de 2012, disponível no site da CVM (doc. Informações Diárias do Fundo). O valor da cota do Fundo Santa Rita passou de R$ 1,5801039 no dia 17/12 para R$ 4,4637601 no dia 18/12.

41. A cotação de fechamento das ações preferenciais da CBD (PCAR4) na Bovespa, no dia 17/12/2012, foi de R$ 93,87/ação, conforme a planilha de Cotação Diária Ações – PCAR4.

42. A diferença entre o valor do aporte de R$ 31,25/ação e o valor de ajuste a mercado das ações da CBD no dia 17/12, de R$ 93,87/ação, ficou com a tributação postergada, já que, pela legislação, não haveria tributação nos ganhos das operações do fundo naquele momento. A valorização das ações da CBD seria tributada somente no momento do resgate das cotas do fundo de ações por cada cotista, na hipótese da sua ocorrência, com a alíquota de 15%.

43. É preciso ressaltar que ao se fazer com que a valorização das ações se dê dentro de um fundo, a carteira do fundo teria que permanecer imutável, por que havendo qualquer movimentação nos ativos, esse ganho acaba sendo influenciado pelo valor das demais ações e assim, mesmo na ocasião de um eventual resgate das cotas do fundo, a tributação sobre essa valorização não reflete o ganho obtido com essas ações da CBD especificamente, mas sim o resultado de todas as ações que compõe o fundo. Dessa forma, a depender do desempenho das ações que componham o fundo nesse momento do resgate de cotas, essa valorização pode até mesmo ter se transformado em desvalorização da cota do fundo e, portanto, não seria tributada.

44. Na contabilidade encaminhada ao Sped – Sistema Público de Escrituração Digital, verifica-se que em dezembro de 2012 o fiscalizado transferiu os valores contabilizados como ativo permanente nas contas 131103 - INVESTIMENTO CBD - 386.826.802,48, 131104 - EQUIV. PATRIM. CBD - 262.700.865,87, e 131138 - AGIO INVESTIMENTO CBD - 95.027.203,55, totalizando 749.137.830,12, para a conta 111352 - UBS BRASIL - FIA STA RITA - 1.883.135.074,21. A diferença foi contabilizada no Patrimônio Líquido, na conta 298103 - RESULTADO APLICACOES RENDA VARIAVEL - 1.138.580.202,31 (doc. Contabilização da Aplicação FIA Santa Rita), como segue:

D - 111352 - UBS BRASIL - FIA STA RITA -	1.883.135.074,21
C - 131103 - INVESTIMENTO CBD -	386.826.802,48
131104 - EQUIV. PATRIM. CBD -	262.700.865,87
131138 - AGIO INVESTIMENTO CBD -	95.027.203,55
298103 - RESULTADO APLICACOES RENDA VARIAVEL -	1.138.580.202,31

45. De acordo com as regras contábeis, no momento de um resgate de cotas do Fundo Santa Rita, o valor contabilizado na conta de "Resultado Aplicações Renda Variável" deve ser levado a resultado, o que implicaria na tributação desse valor.

46. Aqui ocorre um outro aspecto que precisa ser considerado. É o fato de que no momento de um eventual resgate das cotas do fundo, o sujeito passivo pode ter diversas outras despesas (eventuais ou não) que seriam levadas para a apuração do resultado, em montante que pode até absorver completamente o valor da conta "Resultado Aplicações Renda Variável" a ser tributada por ocasião de um resgate de cotas, frustrando, novamente, e de outra forma, a tributação que seria devida pela valorização das ações detidas originalmente."

A fiscalização aponta que o aporte das ações preferenciais da CBD no Fundo de Investimento em Ações Santa Rita caracterizaria um planejamento tributário abusivo, vez que as diversas mudanças empreendidas no funcionamento do Fundo de Investimento em Ações Santa Rita, inclusive afetas à troca do administrador, demonstrariam que tal fundo estaria sendo moldado unicamente para reduzir, ou, ao menos, postergar, a tributação da valorização das ações preferenciais da CBD anteriormente pelo Grupo Abílio Diniz;

Para melhor compreensão do raciocínio desenvolvido pela fiscalização, transcreve-se o seguinte excerto do Termo de Verificação Fiscal:

"48. Os lançamentos no Razão da conta 131104 - EQUIV. PATRIM. CBD durante todo o ano de 2012, comprova tratar-se de um investimento avaliado pelo valor do patrimônio líquido da investida.

49. Entretanto, para que as ações preferenciais da CBD pudessem ser utilizadas como aplicação no Fundo de Ações Santa Rita, foi necessário que o fiscalizado, e as outras duas empresas do grupo Abílio Diniz, realizassem diversas modificações no citado fundo, sem as quais tal operação não seria possível. Essas mudanças serão descritas na sequência.

3 – AS ALTERAÇÕES NO FUNDO DE AÇÕES SANTA RITA

50. O Fundo de Investimentos em Ações Santa Rita foi constituído em 28/05/2007, ficando sob a administração da BTG Pactual Serviços Financeiros S/A DTVM, CNPJ 59.281.253/0001-23, desde a constituição até 12/12/2012. De 13/12/2012 até 31/03/2015 passou para a administração da UBS Administradora de Valores Mobiliários Ltda., CNPJ 11.519.438/0001-05. Voltou para a administração da BTG Pactual Serviços Financeiros S/A DTVM de 01/04/2015 a 11/01/2016. Finalmente, desde 12/01/2016 está sob a administração da BEM - Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., CNPJ 00.066.670/0001-00.

51. A época dos fatos em análise – transferências das ações preferenciais da CBD para o FIA Santa Rita em 17/12/2012 – coincide com a alteração do administrador do Fundo. E mais do que coincidir com a alteração do administrador, coincide com alterações importantes no Regulamento e no rol de investidores do Fundo de Ações Santa Rita, que permitiram a aparência de "normalidade" para a aplicação com as ações da CBD, ao adequar as condições do Fundo para permitir a integralização de cotas com ações e restringir os cotistas apenas às empresas do grupo que detinham as ações da CBD, como veremos.

52. Antes das alterações promovidas no regulamento do Fundo, houve uma alteração no seu quadro de investidores. Até novembro de 2012 havia cinco investidores, pessoas físicas e pessoas jurídicas, todos ligados ao grupo Abílio Diniz, a saber: Caio Racy Mattar, Geyze Marchesi Diniz, Sergio Roberto Quio, Paic Participações Ltda. e Zabaleta Participações Ltda.

53. Embora todos esses cotistas fossem ligados ao grupo Abílio Diniz, eles se retiraram do fundo. As pessoas físicas resgataram suas aplicações até o fim de novembro de 2012, e a Zabaleta Participações resgatou suas aplicações em 11/12/2012. De forma concomitante, ingressaram como investidores no FIA Santa Rita as empresas Península Participações S.A. e Onyx 2006 Empreendimentos e Participações Ltda., vindo a se juntar à Paic Participações Ltda. Observe-se que a Península, a Onyx 2006 e a Paic eram exatamente os investidores que detinham ações preferenciais da CBD que foram conferidas em aplicação no Fundo.

54. A saída dos investidores anteriores do FIA Santa Rita, conforme descrito, foi uma etapa fundamental deste planejamento tributário. Como a integralização com as ações da CBD no Fundo foi efetuada a valor contábil, quando o fundo valorizasse essa aplicação com a marcação a mercado das ações, os demais cotistas, mesmo sem realizarem nenhum aporte novo, teriam um grande ganho no valor das suas cotas.

55. Poderia se imaginar uma distribuição de renda aos investidores anteriores pela valorização das suas cotas. Em uma situação normal, é claro que nenhum investidor adotaria tal procedimento em sã consciência para "dividir" o seu rendimento com a aplicação a valor contábil com outros cotistas.

56. Se fosse obrigado a dividir tal ganho, evidentemente não faria a integralização das ações a valor contábil, ou sequer faria a integralização com ações. Investiria em um fundo novo, sem outros cotistas, de modo que todo o rendimento ficasse apenas com ele mesmo. No caso presente, o que aconteceu foi que os investidores anteriores resgataram suas cotas antes dos novos aportes e da reavaliação dos ativos.

57. Antes da alteração do administrador em 13/12/2012, o fundo era regido pelo regulamento de 23/05/2011 (doc. F16). Após a administração passar para a UBS Administradora de Valores Mobiliários, foram referendados os regulamentos de 13/12/2012 (doc. F17) e, logo em seguida, o regulamento de 17/12/2012, apresentado na resposta de 15/08/2016 ao Termo de Intimação Fiscal nº 02. Este regulamento de 17/12/2012 é o que traz as alterações importantes para a análise da situação e, não por coincidência, é adotado na mesma data em que a aplicação no Fundo foi feita pelo fiscalizado com as ações preferenciais da CBD.

58. O regulamento anterior não permitia que se fizessem aplicações com a entrega direta das ações ao Fundo no volume em que era preciso ser feito. Além de que o regulamento de 13/12/2012 acabava com o Conselho Consultivo que, ao lado de outros dispositivos, terá uma importância muito grande na condução dos negócios. Então, é no regulamento vigente em seguida, a partir de 17/12/2012, que as alterações necessárias foram efetuadas.

59. As mudanças principais introduzidas no regulamento foram as seguintes:

a) investimento mínimo e saldo mínimo de R$ 1.000.000,00. Em razão do investimento mínimo de R$ 1.000.000,00, a política de investimento do Fundo passou a permitir que não fosse observado o limite de concentração por emissor e por modalidade de ativo

financeiro (arts. 86 e 87 da IN CVM 409/2004). Alteração fundamental para permitir que as ações da CBD tivessem sido utilizadas para integralização de cotas do Fundo;

b) admissão de aplicação e resgate com títulos e valores mobiliários diretamente, com adoção de critérios detalhados e precisos, nas palavras utilizadas da IN CVM 409, mas que na prática, não tem nada de detalhado ou preciso, como será visto no decorrer deste Termo;

c) constituição de Conselho Consultivo do Fundo, com 3 membros indicados pelos cotistas. O Conselho Consultivo já existia no regulamento de 23/05/2011, mas com uma composição cuja maioria era da administradora do Fundo, com 4 membros, e 1 membro indicado pelos cotistas;

d) aumento da taxa de administração, que aumentou de 0,05% para 0,20% do valor do patrimônio líquido do fundo. Considerando apenas a aplicação com as ações preferenciais da CBD, que elevaram o patrimônio do fundo em mais de R$ 2 bilhões, o aumento da taxa de administração representou uma despesa a maior para os cotistas de R$ 3.000.000,00 por ano;

e) alteração da política de distribuição de resultados, que passa a autorizar que os dividendos e juros sobre o capital próprio advindos dos ativos do Fundo sejam destinados diretamente aos cotistas do Fundo, quando antes o Fundo incorporava os dividendos, juros sobre capital próprio ou outros rendimentos advindos dos ativos que integrassem a sua carteira.

60. Essas alterações estão demonstradas no quadro abaixo:

Regulamento de 17/12/2012		***Regulamento de 23/05/2011***	
Art.	*Dispositivo*	*Art.*	*Dispositivo*
1º, §2º	*O investimento mínimo a ser efetuado por cada cotista no FUNDO será de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)*		*N/C*
11	*A remuneração total paga pelo FUNDO pelos serviços de administração será equivalente a uma percentagem anual de 0,20% (vinte centésimos por cento) sobre o valor do patrimônio líquido do FUNDO*	*11*	*A remuneração total paga pelo FUNDO pelos serviços de administração será equivalente a uma percentagem anual de 0,05% (cinco centésimos por cento) sobre o valor do patrimônio líquido do FUNDO*
18	*A aplicação e o resgate de quotas do FUNDO podem ser efetuados em cheque, ordem de pagamento, documento de ordem de crédito - DOC, Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP ou qualquer outro sistema de liquidação que venha a ser criado e legalmente reconhecido, bem como em títulos e/ou valores mobiliários. Nas hipóteses em que aplicável, somente serão consideradas as aplicações como efetivadas, após a devida disponibilização dos recursos na conta corrente do FUNDO.*	*17*	*A aplicação e o resgate de quotas do FUNDO podem ser efetuados em cheque, ordem de pagamento, débito e crédito em conta corrente, documento de ordem de crédito - DOC, Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP ou qualquer outro sistema de liquidação que venha a ser criado e legalmente reconhecido, bem como em títulos e/ou valores mobiliários. Nas hipóteses em que aplicável, somente serão consideradas as aplicações como efetivadas, após a devida disponibilização dos recursos na conta corrente do FUNDO.*

Regulamento de 17/12/2012		***Regulamento de 23/05/2011***	
Art.	*Dispositivo*	*Art.*	*Dispositivo*
18, §1º	*Serão admitidas aplicações feitas mediante entrega de título e valores mobiliários, desde que observados, cumulativamente, os seguintes critérios: (a) os título e valores mobiliários a serem integralizados pelo investidor devem ser compatíveis, a critério da ADMINISTRADORA, com a política de investimento do FUNDO; (b) a integralização será realizada mediante emissão de cotas em nome do investidor, concomitante à entrega, pelo investidor, dos títulos e valores mobiliários ao FUNDO, e (c) o ADMINISTRADOR, assim que comunicado da intenção do investidor de integralizar cotas em ativos, verificará e analisará os ativos oferecidos, podendo recusá-los total ou parcialmente em decorrência de incompatibilidades com a regulamentação aplicável, política de investimento, composição da carteira ou estratégias de gestão adotadas para o FUNDO.*	*17, §1º*	*Referida aplicação ou pagamento de resgate com títulos e/ou valores mobiliários deverá ser realizado(a) através por meio de cheque ou de documento de ordem bancária e será concomitante à venda ou compra, conforme o caso, pelo quotista do FUNDO, dos valores mobiliários que integram a carteira do FUNDO, em valor correspondente ao integralizado ou resgatado, respeitadas a forma e proporção estabelecidas no presente Regulamento e na legislação aplicável ao caso, sendo certo que a aplicação por um investidor em quotas do FUNDO mediante a transferência de títulos e/ou valores mobiliários para o FUNDO, conforme o procedimento aqui previsto, será efetivada de acordo com as regras estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal.*
	N/C	*17, §2º*	*A aquisição ou venda dos ativos deverá ocorrer de forma proporcional aos ativos detidos na carteira do FUNDO. Neste caso, é vedada a escolha, por parte do quotista, dos ativos que serão adquiridos ou alienados pelo FUNDO, salvo quando autorizada excepcionalmente pela CVM, mediante consulta prévia.*
19	*Na emissão das quotas do FUNDO deve ser utilizado o valor da quota do 1º (primeiro) dia útil subsequente ao da efetiva disponibilidade dos recursos para a ADMINISTRADORA, em sua sede ou agências, desde que respeitado o horário máximo fixado, periodicamente, pela ADMINISTRADORA.*	*18*	*Na emissão das quotas do FUNDO deve ser utilizado o valor da quota do 1º (primeiro) dia útil subsequente ao da efetiva disponibilidade dos recursos para a ADMINISTRADORA, em sua sede ou agências, desde que respeitado o horário máximo fixado, periodicamente, pela ADMINISTRADORA.*
42	*Em decorrência do público alvo do FUNDO, nem a ADMINISTRADORA nem a GESTORA adotam os termos e parâmetros da política de exercício de direito de voto do Código AMBIMA de Regulação e Melhores Práticas para os Fundos de Investimento. Sem prejuízo do aqui disposto, a GESTORA, a seu critério, poderá comparecer e votar nas assembleias gerais dos emissores dos*	*45*	*A GESTORA deste FUNDO adota política de exercício de direito de voto ("Política de Voto") em assembleias, que disciplina os princípios gerais, o processo decisório e quais são as matérias relevantes obrigatórias para o exercício do direito de voto. A Política de Voto orienta as decisões da GESTORA em assembleias de detentores de títulos e valores mobiliários que confiram aos seus titulares o direito de voto. Na hipótese de*

Regulamento de 17/12/2012		***Regulamento de 23/05/2011***	
Art.	*Dispositivo*	*Art.*	*Dispositivo*
	ativos da carteira do FUNDO, observado o disposto a seguir.		*comparecimento e de efetivo exercício do direito de voto, a ADMINISTRADORA colocará à disposição na sua sede o material referente à Assembleia Geral, para eventual consulta.*
42, §1º	*Nas hipóteses de exercício do direito de voto em emissores nas quais o FUNDO detenha Participação Relevante, a GESTORA deverá convocar, no prazo de 24 horas da data de recebimento de convocação de assembleia geral do emissor da Participação Relevante, reunião do Conselho Consultivo do FUNDO. No prazo de até 72 horas da data de recebimento da referida convocação, a GESTORA deverá informar ao Conselho Consultivo a sua recomendação de voto para que o Conselho Consultivo, depois de analisada a recomendação de voto da GESTORA, emita as suas considerações a respeito das matérias a serem votadas. A GESTORA após ciência das considerações do Conselho Consultivo do FUNDO, exercerá seu voto a seu exclusivo critério.*	*45, §1º*	*A Política de Voto da GESTORA destina-se a estabelecer a participação da GESTORA em todas as assembleias gerais dos emissores de títulos e valores mobiliários que confiram direito de voto aos fundos de investimento sob sua gestão, nas hipóteses previstas em seus respectivos regulamentos e quando na pauta de suas convocações constarem as matérias relevantes obrigatórias descritas na referida Política de Voto. Ao votar nas assembleias representando os fundos de Investimento sob sua gestão, a GESTORA buscará votar favoravelmente às deliberações que, a seu ver, propiciem a valorização dos ativos que integrem a carteira do fundo de Investimento.*
43	*As quantias correspondentes aos dividendos ou juros sobre capital próprio atribuídas ao FUNDO ("Distribuição") serão apuradas na data do anúncio do evento da Distribuição e creditadas em conta corrente do cotista, até o 2º dia útil do mês subsequente à sua efetiva distribuição pela companhia. O valor a ser pago a cada cotista será proporcional à sua participação no FUNDO no momento do anúncio da Distribuição.*	*46*	*O FUNDO, incorporará dividendos, juros sobre capital próprio ou outros rendimentos porventura advindos de ativos que integrem a carteira do FUNDO, ao seu Patrimônio Líquido.*
47	*O FUNDO contará com um Conselho Consultivo, composto por 3 (três) membros, todas pessoas de ilibada reputação, não remunerados para o exercício da função, sendo todos eleitos pelos cotistas reunidos em assembleia geral, na qual os cotistas elegerão, ainda, um dos membros como Presidente.*	*37*	*O FUNDO contará com um Conselho Consultivo, nomeado pela ADMINISTRADORA, composto por 5 (cinco) membros, sendo 4 (quatro) membros votantes e 1 (um) membro não votante com direito de veto, todos pessoas de notório conhecimento e de ilibada reputação, não remunerados para o exercício da função, sendo 4 (quatro) representantes pertencentes ao quadro de funcionários da ADMINISTRADORA, GESTORA ou de empresa do mesmo conglomerado financeiro e 1 (um) indicado*

Regulamento de 17/12/2012		***Regulamento de 23/05/2011***	
Art.	*Dispositivo*	*Art.*	*Dispositivo*
			pelos cotistas.
47, §8º	*Sem prejuízo da responsabilidade da GESTORA e do disposto na política de investimentos do FUNDO, constituem atribuições do Conselho Consultivo:* *I – sugerir estratégias e diretrizes de investimento para o FUNDO;* *II - sugerir limites de alocação e/ou exposição máximos e/ou mínimos à carteira do FUNDO;* *III – discutir e fazer recomendações sobre as sugestões de investimento e desinvestimento do FUNDO, bem como sobre a composição da sua carteira, apresentadas ao Conselho Consultivo por qualquer de seus membros ou pela GESTORA, notadamente, mas sem limitação, em relação a Participações Relevantes;* *IV – analisar as recomendações de voto da GESTORA no exercício de seu direito de voto decorrentes de Participações Relevantes e emitir documento contendo as considerações do Conselho Consultivo a respeito das matérias a serem votadas.*	*38*	*Constitui atribuição do Conselho Consultivo:* *I – Deliberar sobre as sugestões de investimento e desinvestimento do FUNDO apresentadas ao Conselho Consultivo por qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à composição da carteira, observadas as responsabilidades do ADMINISTRADOR, da GESTORA e o disposto na política de investimento do FUNDO.* *II – Estabelecer limites de alocação e/ou exposição máximos e/ou mínimos à carteira do FUNDO, observadas as responsabilidades do ADMINISTRADOR, da GESTORA e o disposto na política de investimento do FUNDO.*
47, §9º	*A decisão final sobre a composição da carteira do FUNDO, observados os requisitos de diversificação estabelecidos na política de investimento do FUNDO e as deliberações do Conselho Consultivo, é da GESTORA, à qual se atribui a capacidade de gerir discricionariamente os recursos e ativos financeiros componentes da carteira do FUNDO. As deliberações, discussões, sugestões, recomendações e considerações do Conselho Consultivo são meramente indicativas, cabendo à Gestora a decisão de acatá-las ou rejeitá-las, desde que justificadamente, com o melhor interesse do FUNDO e dos cotistas.*	*39*	*A decisão final sobre a composição da carteira do FUNDO, observado os requisitos de diversificação estabelecidos na política de investimento do FUNDO e as deliberações do Conselho Consultivo, é da GESTORA, à qual atribui-se a capacidade de gerir os recursos e títulos e valores mobiliários componentes da carteira do FUNDO.*

61. As inúmeras alterações promovidas tornaram o Fundo de Ações Santa Rita em um fundo com características completamente distintas das que existiam anteriormente. A razão para que não tenha sido criado um novo fundo específico com as ações preferenciais da CBD estão ligadas ao interesse de disfarçar a operação, ao alegar que essa aplicação foi

"normal", e realizada em um fundo que já existia há algum tempo para concentrar os investimentos em valores mobiliários do grupo Abílio Diniz.

62. O Fundo de Ações Santa Rita foi utilizado, na prática, como um veículo de valorização das ações preferenciais da CBD que estavam contabilizadas no fiscalizado e nas outras duas empresas. Afinal, a proporção do investimento com as ações CBD que cada empresa detinha, foi mantida no fundo com a mesma proporção de cotas para cada empresa, garantindo que as ações de uma empresa não gerassem ganho nem perda para as outras empresas envolvidas. As empresas também tinham completo domínio sobre esse investimento, inclusive através do novo Conselho Consultivo constituído. Como a aplicação com as ações da CBD representaram mais de 97% do patrimônio do fundo, não resta dúvida que o resultado que seria obtido pelo Fundo Santa Rita seria apenas um reflexo do valor das ações da CBD cotadas na BMFBovespa.

63. Ou seja, embora formalmente aplicadas em um fundo de ações, as ações preferenciais da CBD continuaram a ser de controle absoluto das empresas que as detinham, da mesma forma que se continuassem com cada empresa, antes do aporte no Fundo. Através de uma integralização em cotas de fundo de ações, as ações CBD foram valorizadas a preços de mercado sem gerar a correspondente tributação por essa valorização.

64. As alterações promovidas no regulamento do Fundo até então, não foram suficientes para atender a todos os interesses das empresas investidoras, visto que, ao analisar a aplicação específica das ações da CBD no Fundo, observamos novos indícios de artificialidade na operação.

4 – A EFETIVAÇÃO DA OPERAÇÃO COM O FIA SANTA RITA

65. Após a mudança no quadro de investidores do Fundo de Investimentos em Ações Santa Rita ocorrida entre o final de novembro e o começo de dezembro de 2012, como visto anteriormente, a operação de postergar e reduzir a tributação sobre a valorização das ações, tem o seu segundo passo com o ajuste no saldo das aplicações detidas pelas empresas do grupo Abílio Diniz no Fundo Santa Rita.

66. É importante observar que o saldo das aplicações das empresas do grupo Abílio Diniz no Fundo Santa Rita foi previamente ajustado para a mesma proporção das aplicações que seriam feitas no dia 17/12/2012 com as ações preferenciais da CBD.

67. O fiscalizado Onyx 2006 tinha um saldo em 30/11/2012 de R$ 4.021.750,33 e, em 06/12/2012, efetuou mais uma aplicação de R$ 47.668.000,00, de modo que em 13/12/2012 possuía um saldo de R$ 52.308.317,57, conforme os extratos do Fundo Santa Rita (doc. 02 da resposta de 22/09/2016).

68. Com relação à Paic Participações, o movimento foi no sentido inverso. Em 06/12/2012 foram efetuados dois resgates de aplicações anteriores, nos valores de R$ 31.989.351,36 e R$ 553.421,98, de forma que em 13/12/2012 restava um saldo de R$ 1.668.011,19.

69. Já a Península Participações tinha um saldo em 30/11/2012 de R$ 5.027.187,91 e, em 06/12/2012, efetuou mais uma aplicação de R$ 1.570.000,00, de modo que em 13/12/2012 possuía um saldo de R$ 6.657.891,41.

70. As aplicações efetuadas com as ações da CBD em 17/12/2012 foram nos seguintes valores: a Onyx 2006 integralizou R$ 649.527.668,35, a Paic Participações aplicou o valor de R$ 20.527.079,19 e a Península R$ 82.537.143,30. No quadro a seguir, fica

demonstrado o ajuste prévio dos saldos em 13/12/2012 para a mesma proporção das aplicações que seriam efetuadas em 17/12/2012:

Empresa	Saldo 13/12	%	Aplicação 17/12	%
Onyx	52.308.317,57	86,27	649.527.668,35	86,31
Paic	1.668.011,19	2,75	20.527.079,19	2,73
Península	6.657.891,41	10,98	82.537.143,30	10,97
Total	60.634.220,17	100,00	752.591.890,84	100,00

71. O ajuste dos saldos dos cotistas no FIA Santa Rita previamente à aplicação com as ações preferenciais da CBD, demonstra que a operação de utilização das ações preferenciais da CBD como aplicação em fundo de ações foi previamente planejada em detalhes.

72. Esse ajuste dos saldos para a mesma proporção das aplicações foi mais uma etapa importante do planejamento para que não houvesse vantagem de um cotista com as aplicações de outro, conforme descrito anteriormente por ocasião dos resgates das pessoas físicas e da Zabaleta Participações.

73. Com essa providência, cada cotista manteve a sua proporção nos resultados do Fundo, não havendo ganho ou perda de uma empresa com a aplicação da outra, da mesma forma que se mantivessem as ações em poder de cada empresa. Essa providência completa a etapa em que os antigos cotistas saíram do fundo.

74. O terceiro passo da operação foi a troca de administrador do Fundo Santa Rita acompanhado da mudança do Regulamento do Fundo. O FIA Santa Rita foi constituído em 28/05/2007 e, desde a sua constituição, era administrado pela BTG Pactual Serviços Financeiros S/A DTVM, CNPJ 59.281.253/0001-23, anterior UBS Pactual Serviços Financeiros S/A DTVM, com o regulamento vigente de 23/05/2011.

75. A substituição do administrador do Fundo foi oficializada na Assembleia Geral de Quotistas - AGQ de 07/12/2012, realizada ainda na BTG Pactual Serviços Financeiros, em que ficou acertado que o FIA Santa Rita passaria a ser administrado pela UBS Brasil Administradora de Valores Mobiliários Ltda., CNPJ 11.519.438/0001-05, a partir de 13/12/2012 com o regulamento aprovado nessa ocasião. Esse regulamento não trouxe maiores alterações em relação ao regulamento vigente com a administradora anterior, a não ser pela extinção do Conselho Consultivo.

76. Porém, como tal regulamento não atendia aos interesses dos cotistas, em 14/12/2012 foi realizada nova AGQ, agora nas dependências da UBS Brasil Administradora de Valores Mobiliários, em que foi aprovado o novo regulamento vigente a partir de 17/12/2012. Este regulamento trouxe as alterações necessárias para a aplicação no Fundo com as ações preferenciais da CBD pelas empresas do grupo Abílio Diniz, como já visto.

77. Segundo os cotistas do Fundo de Investimentos em Ações Santa Rita, os motivos que os levaram a trocar o administrador do Fundo, da BTG Pactual Serviços Financeiros S/A DTVM para a UBS Brasil Administradora de Valores Mobiliários Ltda., foram os de que a gestão e administração do UBS seria técnica e financeiramente mais benéfica ao Fundo, conforme a resposta de 04/01/2017.

78. Como descrito anteriormente neste Termo, o BTG Pactual foi utilizado pelo grupo Abílio Diniz quando da sua tentativa de se unir ao Carrefour. Foi o Banco BTG Pactual

que formou e administrou o Gama, o fundo que seria utilizado nessa negociação. Dada a importância e o volume financeiro envolvido nessa negociação com o Carrefour, que foi confiada ao BTG Pactual, é de se estranhar a alegação de mudança do BTG Pactual como administrador do Fundo Santa Rita sob a alegação de que a nova administração seria técnica e financeiramente mais benéfica.

79. Capacidade técnica de administrar fundos de investimento, a BTG Pactual parecia ter, uma vez que administrava 150 fundos de ações entre os anos de 2012 e 2013, dos quais 29 atendiam às seguintes características em conjunto, como o FIA Santa Rita: a) destinado a investidores qualificados; b) investimento mínimo de R$ 1.000.000,00 por investidor; e, c) possibilidade de aplicação e resgate de cotas com títulos e valores mobiliários6.

80. Já a UBS Brasil, no mesmo período entre 2012 e 2013, administrava 4 fundos de ações, todos eles com as mesmas características do FIA Santa Rita7.

81. Quanto a ser financeiramente mais benéfico, como o fiscalizado não apresentou nenhum dado concreto de qual seria esse maior benefício, podemos tentar entender se houve algum benefício com o novo administrador ao observar a valorização das cotas do Fundo nos períodos de 6 meses administrados pelo anterior e pelo novo administrador, a partir das informações da planilha Fundo Santa Rita - Histórico Cotas, resgates, aplicações 2007-2016

Período	Valorização (%)	Administrador
Junho/2012	0,98	BTG Pactual
Julho/2012	2,49	BTG Pactual
Agosto/2012	1,35	BTG Pactual
Setembro/2012	1,98	BTG Pactual
Outubro/2012	2,03	BTG Pactual
Novembro/2012	1,96	BTG Pactual
01 a 12/Dezembro/2012	0,88	BTG Pactual
13 a 31/Dezembro/2012	180,99	UBS Brasil
Janeiro/2013	-2,28%	UBS Brasil
Fevereiro/2013	0,05	UBS Brasil
Março/2013	2,66	UBS Brasil
Abril/2013	5,57	UBS Brasil
Maio/2013	1,16	UBS Brasil
Junho/2013	-3,81	UBS Brasil

82. A valorização das cotas do FIA Santa Rita por ocasião da aplicação com as ações da CBD foi de 182,50% no dia 18/12/2012, quando tais ações foram valoradas a mercado. Observamos no quadro acima que se não considerarmos a valorização da cota do Fundo nesse dia, o período de 13 a 31/12/2012 teria uma desvalorização de -1,51%. Mesmo excluindo o mês de dezembro na avaliação, vemos que sob a administração do BTG Pactual a valorização média mensal nos meses de junho a novembro de 2012 foi de 1,80% e sob a administração da UBS Brasil a valorização média foi de 0,56% nos 6 meses de janeiro a junho de 2013.

83. Para obter uma valorização inferior ao do administrador anterior, apesar de pagar uma remuneração 0,15% maior sobre o patrimônio líquido do Fundo, e sobre um patrimônio líquido que ficou muito maior com a aplicação do dia 17/12, não parece ser o caso de ter havido benefícios técnicos ou financeiros nessa troca. Pelo menos, não benefícios aparentes.

84. Havia outra importante diferença entre os administradores, e que poderia justificar essa troca, no que diz respeito à aplicação em cotas com títulos ou valores mobiliários. No regulamento vigente sob a administração da BTG Pactual, esse assunto é tratado no art. 17:

> *"Artigo 17 - A aplicação e o resgate de quotas do FUNDO podem ser efetuados em cheque, ordem de pagamento, débito e crédito em conta corrente, documento de ordem de crédito - DOC, Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP ou qualquer outro sistema de liquidação que venha a ser criado e legalmente reconhecido, bem como em títulos e/ou valores mobiliários. Nas hipóteses em que aplicável, somente serão consideradas as aplicações como efetivadas, após a devida disponibilização dos recursos na conta corrente do FUNDO.*
>
> *Parágrafo Primeiro - Referida aplicação ou pagamento de resgate com títulos e/ou valores mobiliários deverá ser realizado(a) através por meio de cheque ou de documento de ordem bancária e será concomitante à venda ou compra, conforme o caso, pelo quotista do FUNDO, dos valores mobiliários que integram a carteira do FUNDO, em valor correspondente ao integralizado ou resgatado, respeitadas a forma e proporção estabelecidas no presente Regulamento e na legislação aplicável ao caso, sendo certo que a aplicação por um investidor em quotas do FUNDO mediante a transferência de títulos e/ou valores mobiliários para o FUNDO, conforme o procedimento aqui previsto, será efetivada de acordo com as regras estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal.*
>
> *Parágrafo Segundo - A aquisição ou venda dos ativos deverá ocorrer de forma proporcional aos ativos detidos na carteira do FUNDO. Neste caso, é vedada a escolha, por parte do quotista, dos ativos que serão adquiridos ou alienados pelo FUNDO, salvo quando autorizada excepcionalmente pela CVM, mediante consulta prévia."*

85. Solicitado a esclarecer o entendimento desse artigo, a BTG Pactual informou o seguinte em sua resposta de 15/02/2017:

> *"A aplicação em cotas poderia ser feita através de quaisquer valores mobiliários (...), desde que cumprissem os termos estabelecidos no artigo 110 da Instrução Normativa CVM 409, bem como as correspondentes obrigações fiscais, eventualmente existentes, e ainda, cumulativamente, os seguintes critérios:*
>
> *(...) II – a integralização das cotas do fundo poderá ser realizada, desde que, solicitada pelo Cotista e* ***o valor a ser integralizado seja apurado com base no preço de mercado dos ativos****. (grifei)*

86. No caso da UBS Brasil, o regulamento sob a sua administração dizia o seguinte a esse respeito:

> *"Artigo 18 - A aplicação e o resgate de cotas do FUNDO podem ser efetuados em cheque, ordem de pagamento, documento de ordem de crédito - DOC, Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP ou qualquer outro sistema de liquidação que venha a ser criado e legalmente reconhecido, bem como em títulos e/ou valores mobiliários. Nas hipóteses em que aplicável, somente serão consideradas as aplicações como*

efetivadas, após a devida disponibilização dos recursos na conta corrente do FUNDO.

Parágrafo Primeiro - Serão admitidas aplicações feitas mediante entrega de títulos e valores mobiliários, desde que observados, cumulativamente, os seguintes critérios: (a) os títulos e valores mobiliários a serem integralizados pelo investidor devem ser compatíveis, a critério da ADMINISTRADORA, com a política de investimento do FUNDO; (b) a integralização será realizada mediante emissão de cotas em nome do investidor, concomitante à entrega, pelo investidor, dos títulos e valores mobiliários ao FUNDO; e (c) o ADMINISTRADOR, assim que comunicado da intenção do investidor de integralizar cotas em ativos, verificará e analisará os ativos oferecidos, podendo recusá-los total ou parcialmente em decorrência de incompatibilidades com a regulamentação aplicável, política de investimento, composição da carteira ou estratégias de gestão adotadas para o FUNDO".

87. Quando questionado a esclarecer os motivos pelos quais foi aceita a integralização de cotas com ações da CBD, em valor claramente abaixo do valor de mercado, a UBS Brasil informou o seguinte (resposta de 11/11/2016 ao seu Termo de Intimação Fiscal nº 01):

"A integralização de cotas do Fundo pelos cotistas mediante a contribuição de bens (ações de emissão da CBD) ao patrimônio do Fundo foi realizada considerando-se o valor patrimonial contábil das referidas ações conforme determinado pelos próprios cotistas. Os valores atribuídos às ações para fins de integralização de cotas do Fundo foram declarados e indicados pelos próprios cotistas nas suas respectivas Solicitações de Transferência de Valores Mobiliários (...).

***Não havia, à época, impedimento legal ou normativo neste sentido**. (grifei)".*

88. É claro que a diferença de entendimento entre os administradores do Fundo a respeito do valor a ser considerado pelos ativos financeiros na integralização de cotas teve um papel fundamental na escolha dos cotistas para mudar o administrador para a UBS Brasil. Enquanto que para a BTG Pactual as aplicações em valores mobiliários seriam feitas a valor de mercado, para a UBS Brasil não havia obrigatoriedade quanto a isso, e simplesmente aceitava o que o cotista declarava. Sem a aplicação no Fundo Santa Rita a valor contábil não existiria esta operação.

89. Vejamos quais foram as razões técnicas e comerciais que motivaram a alteração do administrador para a UBS Brasil, apresentadas na resposta de 24/02/2017 ao Termo de Intimação Fiscal nº 06:

"Os parâmetros de natureza técnica e comercial que acarretaram na troca do administrador do Fundo Santa Rita, (...), foram aqueles relacionados à expertise do UBS Brasil Administradora de Valores Mobiliários Ltda., um dos maiores conglomerados financeiros mundiais, na gestão e administração de fundos.

Além disso com a troca, a Fiscalizada vislumbrou uma melhor relação comercial, possibilidade de eventuais reduções nas taxas de administração

> *e possível potencialização dos seus investimentos, contando com a experiência global do UBS.*
>
> *Ainda, é preciso destacar que a mudança de uma instituição administradora de fundos leva em consideração aspectos diversos, tais como, a percepção dos gestores quanto ao completo atendimento das expectativas estabelecidas para o Fundo, a forma como os funcionários e diretores de determinada instituição respondem e se relacionam com o contratante, dentre outros.*
>
> *Ou seja, muitas vezes a melhor gestora ou administradora de Fundos do mundo, por questões de foro íntimo, não será para um determinado contratante a melhor opção de negócio que justifique a sua manutenção como gestor/administrador."*

90. Como se demonstrou, ao menos a "possibilidade de eventuais reduções nas taxas de administração" não foi conseguida, muito pelo contrário. O que é necessário registrar é a incongruência entre as respostas apresentadas pelo contribuinte e a realidade dos fatos constatados.

91. A quarta etapa da operação em análise é a própria aplicação no FIA Santa Rita com os valores mobiliários, as ações preferenciais da CBD. Essa aplicação foi solicitada pela fiscalizada, e as outras duas empresas do grupo, em 14/12/2012, e aceita pela instituição que atuava como agente de custódia em 17/12/2012, de acordo com a Solicitação de Transferência de Valores Mobiliários apresentada na resposta de 15/08/2016 (doc. 03).

92. Como se percebe, são as mesmas datas em que o regulamento do Fundo é alterado, não por coincidência. Em 14/12/2012, é realizada a AGQ que alterou o regulamento, e 17/12/2012 é a data em que esse regulamento entrou em vigência.

93. De acordo com a Solicitação de Transferência de Valores Mobiliários, as 20.784.204 ações PN da CBD foram aplicadas no FIA Santa Rita pelo valor de alienação de R$ 649.527.668,35, pelo motivo de "integralização de cotas de clubes ou fundos de investimento". Esse valor de alienação era o valor das ações contabilizado pelo sujeito passivo, na conta 131103 - INVESTIMENTO CBD e 131104 - EQUIV. PATRIM. CBD (doc. F15). O valor contabilizado implica em que o preço por ação considerado foi de R$ 31,25/ação, bastante abaixo do valor de mercado no fechamento do dia 17/12/2012 na Bovespa, que foi de R$ 93,87/ação. No dia 14/12/2012, a cotação de fechamento da ação foi ainda maior, R$ 95,55.

94. Em vista dessa disparidade de valores, fica claro o motivo de toda essa preparação para a integralização de cotas no Fundo Santa Rita com as ações preferenciais da CBD: escapar da tributação que seria devida com a valorização a mercado das ações CBD dentro da Onyx 2006, da Península e da Paic e transferir o ganho para o Fundo de Ações, com tributação favorecida.

95. Com efeito, o Fundo de Investimento em Ações Santa Rita contabiliza o valor das ações a mercado ("marcação a mercado"), conforme cotação diária do fundo no mês de dezembro de 2012 disponível no site da CVM (doc. F13 - Informações Diárias do Fundo). O valor da cota do Fundo passa de R$ 1,5801039 no dia 17/12 para R$ 4,4637601 no dia 18/12. O Patrimônio Líquido do Fundo passa de R$ 60.785.153,26 antes da aplicação, no dia 14/12, para R$ 813.711.956,69 com a aplicação a valor contábil no dia 17/12, e para R$ 2.298.719.004,76 dia 18/12/2012, com as ações a valor de mercado, ou seja, com a valorização das ações transferida das empresas do grupo Abílio Diniz para o FIA Santa Rita.

96. O aporte das ações preferenciais da CBD no Fundo Santa Rita elevou o patrimônio líquido do fundo de R$ 60.785.153,26 para R$ 2.298.719.004,76, isto é, as ações da CBD passaram a representar 98% do patrimônio do Fundo e, consequentemente, a valorização de tais ações passariam a determinar a valorização das cotas do Fundo Santa Rita na mesma proporção.

97. Os cotistas, o fiscalizado e as outras empresas do grupo Abílio Diniz, através da integralização das ações CBD no Fundo Santa Rita, conseguiram manter a mesma participação societária que detinham na CBD, mas agora com essa participação societária valorizada a mercado em suas contabilidades. O que antes se denominava na contabilidade de "Investimento CBD" passou a ser denominado "FIA Santa Rita". E, é claro, sem tributar essa valorização."

Após descrever as alterações empreendidas no Fundo de Investimento em Ações Santa Rita, a fiscalização aprofundou sua análise ao questionar as empresas do Grupo Abílio Diniz acerca da necessidade de alocação das ações preferenciais da CBD neste fundo de investimento, vez que tais ações teriam sido alienadas em seguida à transferência para o fundo. Em resposta, a empresa apontou que: *"em razão da alteração do perfil estratégico do investimento na CBD da Fiscalizada, o Grupo Empresarial a que esta pertence decidiu diversificar e profissionalizar seus investimentos. Ou seja, decidiu fazer uma mudança (i) na carteira de investimentos, alocando o seu capital em outros ativos/participações; e (ii) na forma como estes investimentos seriam administrados, em uma perspectiva de longo prazo, colocando-o sobre a administração de profissionais habilitados, com expertise em gestão de investimentos em participações acionárias e conhecimento aprofundado em diversos setores. Assim, optou por alocar tais recursos no Fundo de Investimentos em Ações Santa Rita"*

Tal resposta não seria bastante, na visão da fiscalização, para esclarecer (i) qual a necessidade de alocar as ações no fundo de investimento e (ii) por qual motivo não optaram por vender as ações preferenciais da CBD, com aplicação superveniente destes recursos financeiros em um fundo de investimento administrado profissionalmente. Em reforço à ausência de esclarecimento bastante acerca de tal questão, a fiscalização ainda relembra outra resposta dada pela empresa, nos seguintes termos: *"A Fiscalizada informa que os principais benefícios visados e obtidos por ela com a alocação de seus investimentos no Fundo de Investimentos em Ações Santa Rita foram a diversificação e a profissionalização dos mesmos, tendo em vista que, por intermédio da referida opção, foi possível colocar os seus investimentos sob uma gestão com maior experiência no mercado de capitais e alterar o perfil da sua carteira de investimentos, por meio da alocação de seu capital em outros ativos/participações, com o intuito de obter resultados positivos de longo prazo, sendo a eficiência fiscal uma consequência desta estratégia"*.

Apesar de o contribuinte apontar que os benefícios obtidos com o aporte das ações da CDB no Fundo de Investimento Santa Rita residiriam na diversificação dos investimentos e na profissionalização de sua administração, a fiscalização aponta que, *"na verdade, o ganho tributário foi a única e suficiente razão para que as ações da CBD fossem integralizadas no Fundo Santa Rita, já que, se ganhos houve de diversificação e profissionalização dos investimentos com a alocação no Fundo Santa Rita, tais ganhos seriam os mesmos se os recursos fossem alocados no Fundo com moeda corrente ao invés de ações CBD"*. Neste ponto, a fiscalização aponta que o próprio sujeito passivo teria confirmado esta conclusão da fiscalização, ao apontar que: *"O Fundo de Investimentos em Ações era o melhor instrumento dentro da estratégia de investimentos da Fiscalizada, viabilizando a concentração de seus*

investimentos em um único instrumento do mercado financeiro e melhorando a gestão do seu portfólio de valores mobiliários".

Com base em tal cenário, a fiscalização conclui que não haveria nenhuma vantagem diversa do ganho tributário na alocação das ações preferenciais da CBD no Fundo de Investimento Santa Rita. De fato, aponta a fiscalização que: *"não há justificativa para a transferência das ações para o Fundo que não seja a de ordem meramente tributária"*.

Ainda no tocante ao aporte das ações preferenciais da CBD no Fundo de Investimento Santa Rita, o contribuinte, em resposta à fiscalização, esclareceu que *"optou por concentrar os seus investimentos no FIA Santa Rita, na expectativa de maximizar o retorno sobre o seu portfólio de investimentos. Pontue-se que a venda das ações da CBD era uma das possíveis opções que poderiam ser adotadas com o intuito de se obter melhores resultados. Porém, tal decisão não havia sido tomada (...) no momento em que tais ações lhe foram entregues"*. Para viabilizar tal aporte de ações no Fundo de Investimento Santa Rita, a política de investimento deste fundo teve que ser alterada para permitir que até 100% da carteira fosse de um único ativo ou emissor (esta alteração seria imprescindível para permitir a aplicação no FIA Santa Rita das ações da CBD). Destaca-se, contudo, que o administrador do FIA Santa Rita poderia recusar a aplicação que resultasse nessa concentração, em decorrência de incompatibilidades com a política de investimento ou a composição da carteira.

Com a finalidade de garantir que o aporte das ações da CBD no FIA Santa Rita fosse empreendida, a Autuada, além de alterar o administrador do fundo (o anterior administrador BTG Pactual Serviços Financeiros S/A DTVM foi substituído pela UBS Brasil Administradora de Valores Mobiliários Ltda.), também alterou a composição do Conselho Consultivo (originalmente, tal Conselho Consultivo era composto por cinco membros, sendo quatro da administradora/gestora e um membro representante dos cotistas; com a alteração da administração para a UBS, o Conselho Consultivo passou a ser composto por três membros, todos representantes dos cotistas.

Ainda no tocante ao Conselho Consultivo, a fiscalização aponta que ele *"era mais do que formado com representantes dos cotistas. Na prática, eram os próprios cotistas que compunham o Conselho Consultivo, ou mais especificamente, o próprio Abílio dos Santos Diniz, o controlador de todas as empresas envolvidas. Abílio Diniz ainda se fez acompanhar de outros dois diretores de suas empresas, Eduardo Pongracz Rossi e Daniel Barbosa Vaz"*.

Com base em todo o raciocínio acima exposto, a fiscalização conclui que *"em vista dos vários fatos praticados pela fiscalizada, dentro do seu planejamento para transferir as ações preferenciais da CBD como integralização de cotas no FIA Santa Rita, concluímos que o único propósito foi o de alienar esses ativos a valor de mercado com a utilização artificiosa de investimentos em Fundo de Investimentos em Ações para lograr benefício fiscal que não seria obtido pelo curso natural das operações dessa natureza"*. Destarte, as operações afetas à alocação das ações preferenciais da CBD, anteriormente detidas pelo Grupo Abílio Diniz, no FIA Santa Rita caracterizaria verdadeira reavaliação de participação societária, sendo cabível a tributação de tal reavaliação, com fulcro na norma ventilada no art. 438 do Regulamento do Imposto de Renda, a seguir transcrito: *"Art. 438. Será computado na determinação do lucro real o aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contrapartida do aumento do valor do investimento constitua reserva de reavaliação (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 35, § 3º)."*.

Para melhor compreensão do raciocínio da fiscalização que culminou com a conclusão exposta no parágrafo precedente, passa-se à transcrição de um excerto do Termo de Verificação Fiscal:

"113. O Fundo de Ações Santa Rita foi preparado para receber as ações preferenciais da CBD das empresas do grupo Abílio Diniz. Com a saída dos antigos investidores no Fundo e o ajuste prévio das aplicações para a mesma proporção das aplicações que seriam feitas com as ações CBD, garantiu-se que nenhum cotista teria vantagem com a aplicação de outro cotista. Ao mesmo tempo, as empresas envolvidas mantiveram o percentual de participação societária que já detinham, havendo na pratica apenas uma mudança no nome dessa participação: o que era Investimento em CBD tornou-se FIA Santa Rita.

114. Para isso, o Fundo sofreu alterações que permitissem a aplicação com ações a valor contábil, e que essas ações pudessem constituir até 100% do patrimônio do fundo. Além disso, o controle sobre as aplicações do fundo seria feito pelo próprio cotista, através do Conselho Consultivo do fundo, e não pela gestora.

115. Verifica-se, dessa forma, que as empresas detentoras das ações preferenciais da CBD mantiveram todas as prerrogativas da posse das ações, além do ganho das ações valoradas a preços de mercado. Isto é, com esse planejamento ocorreu uma reavaliação da participação societária das empresas do grupo Abílio Diniz."

A sistemática de apuração da reavaliação supramencionada, que ensejou as autuações encartadas nos presentes autos, resta sintetizada no seguinte quadro elaborado pela fiscalização:

Descrição	Valores (R$)
Cotação de fechamento das ações CBD em 17/12/2012	93,87
Quantidade de ações integralizadas	20.784.204
Valor de Mercado das Ações CBD em 17/12/2012	1.951.013.229,48
Custo das ações na contabilidade	649.527.668,35
Reavaliação a ser lançada	1.301.485.561,13

No tocante à penalidade aplicável, a fiscalização impôs a multa de ofício em patamar qualificado (150%), com base nas seguintes considerações:

"123. Os procedimentos adotados pela fiscalizada na operação de reavaliação da sua participação acionária na CBD através da integralização de cotas do Fundo de Ações Santa Rita com as ações da CBD estão compreendidos na hipótese prevista na norma acima.

124. No aporte das ações preferenciais da CBD como investimento em cotas do FIA Santa Rita, foram efetuadas diversas etapas de preparação do Fundo para, de forma artificial, sem qualquer propósito negocial real, obter exclusivamente economia tributária pela redução da alíquota do imposto incidente e pela postergação do seu pagamento para a ocasião em que o fiscalizado considerasse apropriado fazê-lo pelo resgate das cotas do fundo.

125. Toda a preparação do Fundo Santa Rita visou permitir o aporte das ações preferenciais da CBD como se fosse uma operação corriqueira de aplicação em fundo de investimento, mascarando a real intenção de valorizar as suas ações da CBD a preço de mercado, porém, sem tributar o ganho de capital decorrente dessa valorização.

126. Os fundos de investimento em ações não foram criados como mecanismo de redução do valor a ser pago dos tributos devidos, mas como forma de incentivar o mercado de

capitais no país, o que denota total subversão por parte do contribuinte dos objetivos colimados pelo legislador.

127. A operação analisada não teve nenhum outro propósito do que a economia tributária, como ficou demonstrado no decorrer deste Termo e por toda a documentação acostada aos autos da presente auditoria fiscal.

128. Através de um processo de planejamento tributário, que apesar de erigido em etapas formalmente legais quando vistas isoladamente, procurou-se esconder o objetivo de obter a redução dos tributos devidos.

129. O dolo tributário não é caracterizado pelos meios utilizados para obter-se o resultado pretendido. Fraude fiscal é a violação à norma fiscal pelo contribuinte com a finalidade de escapar do pagamento do imposto devido.

130. Juridicamente, pode-se definir simulação como a aparência de um negócio jurídico contrário à realidade, destinado a provocar uma ilusão a terceiros, seja por não existir negócio de fato, seja por existir um negócio diferente daquele que se aparenta.

131. A situação demonstrada nos autos não pode ser vista como mera divergência na interpretação da legislação aplicável. A elaboração de uma sequência de operações desprovidas de razões extratributárias não pode ser equiparada ao erro ou dúvida na interpretação de dispositivos legais.

132. Por todo o exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, uma vez que a operação efetuada revela a intenção de reduzir o tributo de maneira artificial, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada."

Ademais, no tocante à sujeição passiva indireta *(responsabilidade tributária)* dos créditos constituídos, a fiscalização entendeu que o senhor Abílio Diniz deveria ser qualificado como responsável solidário, pois ostentaria a qualidade de sócio majoritário da empresa autuada *(bem como das demais empresas integrantes do grupo econômico partícipes da operação de transferência das ações preferenciais da CBD para o FIA Santa Rita)*, sendo certo que o planejamento tributário abusivo teria sido praticado evidentemente com seu consentimento e participação. Tal responsabilidade tributária funda-se nos artigos 124 e 135, inciso III, ambos do Código Tributário Nacional.

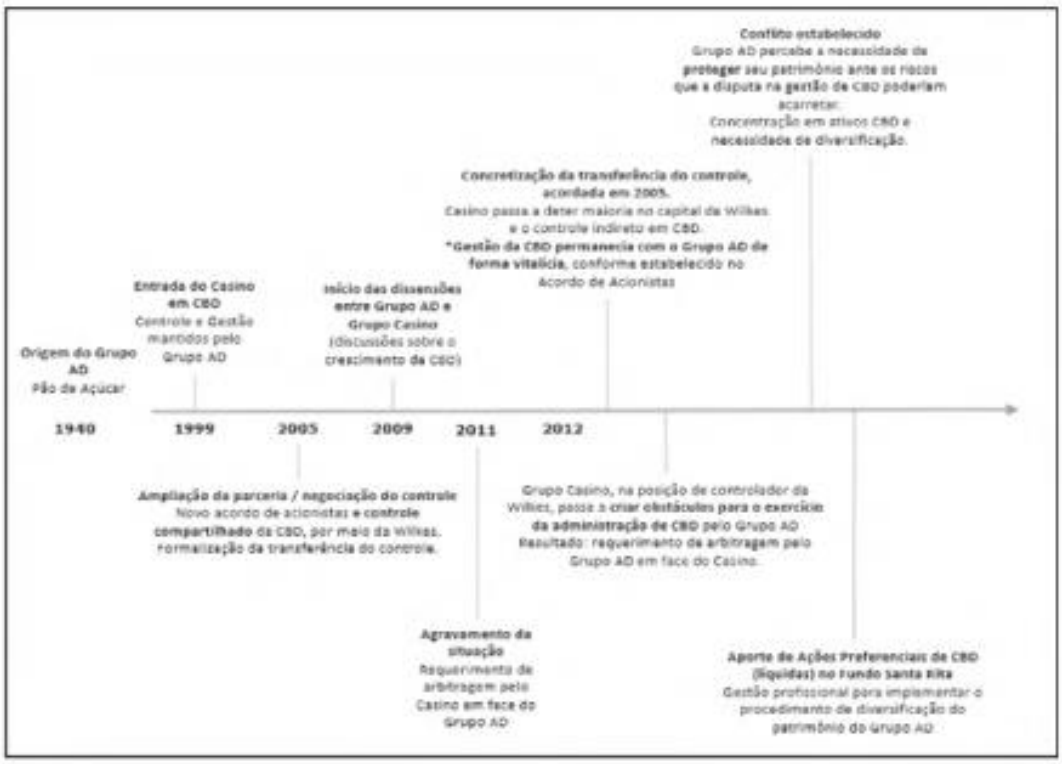
IMPUGNAÇÃO DA AUTUADA

O contribuinte, devidamente cientificado da autuação em comento em 6 de setembro de 2017 (fls. 1133), apresentou sua impugnação em 5 de outubro de 2017 (fls. 1.137), requerendo a completa improcedência da autuação, alegando, em síntese e seguindo os tópicos indicados na peça defensiva, o que segue.

I - DOS FATOS

- Grupo Abílio Diniz – AD teria iniciado suas atividades na década de 1940;

- Em 1999, o Grupo AD alienou participação relevante na Companhia Brasileira de Distribuição – CDB ao grupo francês Casino;
- Em 2005, o Grupo AD negociou o controle da CBD com o Grupo Casino, em duas etapas: a) controle compartilhado, no período de 2005 a 2012; b) a partir de 2012, o Grupo Casino assumiria o controle da CBD, sendo assegurado ao Grupo AD a liderança no Conselho de Administração da CBD;
- Com a assunção do controle da CBD pelo Grupo Casino, começaram a ocorrer desavenças entre o Grupo AD e o Grupo Casino, culminando em requerimentos de arbitragem;
- Em função dos riscos destas desavenças, o Grupo AD necessitava de suporte profissional para alienar o grande volume de ações preferenciais da CBD que detinha;
- Neste contexto, surge o aporte de tais ações no FIA Santa Rita.
- A seguinte representação gráfica do exposto segue inserta na peça defensiva



II - DO APORTE DAS AÇÕES PREFERENCIAIS DE CBD NO FIA SANTA RITA – SUPOSTA OMISSÃO DE RECEITA

II.1 – DA EFETIVA OPERAÇÃO REALIZADA

- Em 1999, o Grupo AD teria alienado 24,5% das ações da CBD para o Grupo Casino, mantendo o poder de controle sobre a CDB;
- Em 03/05/2005, foi celebrado um contrato de associação entre o Grupo AD e o Grupo Casino. Nesta avença, passa-se a estabelecer que o controle da CBD seria compartilhado entre o Grupo AD e o Grupo Casino por meio da holding Wilkes;

- Ainda na avença mencionada no parágrafo anterior, já se indicou que, a partir de 22/06/2012, o Grupo Casino poderia passar a exercer o controle da CBD. Contudo, ressalvou-se expressamente que o senhor Abílio dos Santos Diniz permaneceria no cargo de presidente do conselho de administração da CBD, enquanto apresentasse saúde física e mental para tanto e desde que a empresa mantivesse bom desempenho. Assim, apesar do controle da CBD ter sido alienado ao Grupo Casino, o Grupo AD permaneceria na liderança da administração do negócio CBD;
- Em face da alienação do controle da CBD destacada no item anterior, a CVM determinou a realização de oferta pública de aquisição de ações ordinárias da CBD;
- Concomitantemente à alienação do controle da CBD, foi celebrado um contrato de opção de venda de ações sob condição, que estabelecia hipóteses em que o Grupo AD poderia exigir do Grupo Casino que adquirisse ações da Wilkes (holding controladora da CBD). Havia duas opções de venda encadeadas previstas: 1ª) alienação compulsória de 1.000.000 de ações da Wilkes, pelo valor estabelecido de US$ 10,5 milhões, caso o Grupo Casino elegesse o presidente do conselho de administração da Wilkes; 2ª) caso exercida a primeira opção, o Grupo AD teria o direito de sair do negócio, se entendesse que a parceria não fosse mais benéfica (metodologia de valoração das ações alienadas constante de fórmula prevista no contrato em foco);
- A valoração das ações a serem alienadas na segunda opção de venda poderia não ser benéfica ao Grupo AD, pois seria pautada de acordo com uma média de resultados apurados por empresas de varejo em diversos continentes. Tal valoração teria por escopo evitar a saída do Grupo AD da parceria com o Grupo Casino. O Grupo AD aceitou tais condições, pois não tinha interesse de sair da CBD;
- Apesar da boa relação pretérito, começaram a surgir conflitos entre os Grupos AD e Casino, que culminaram com um requerimento de arbitragem pelo Grupo Casino, em maio de 2011. Tal situação conflituosa teria deixado o Grupo AD em situação de incerteza quantos aos rumos do negócio, destacando-se que este receio se concretizou, pois a ação da CBD, no ano e 2013, caiu de um patamar de R$ 113,00 para R$ 30,00;
- Em maio de 2012, o Grupo Casino exerceu o seu direito de eleger o presidente do conselho de administração da Wilkes (e, por consequência, passando a controlar a CBD). Contudo, o senhor Abílio dos Santos Diniz continuaria no exercício do cardo de presidente do conselho de administração da CBD;
- Na visão do Grupo AD, o Grupo Casino tomaria apenas as decisões relacionadas à CBD em sentido amplo, sem afetar a gestão do dia-a-dia, que continuaria sob o controle dos representantes do Grupo AD. No entanto, o Grupo Casino teria adotado várias medidas para enfraquecer o poder do presidente do conselho de administração da CBD, aumentando os conflitos entre os Grupos AD e Casino;
- Os conflitos foram se avolumando, a ponto o Grupo AD requerer um procedimento arbitral, em 20/12/2012;
- Neste cenário conflituoso de grande insegurança, o Grupo AD identificou dois grandes problemas: 1º) disputa com o Grupo Casino poderia depreciar as ações da CBD detidas pelo Grupo AD; 2º) redução nos resultados da CBD, em face de a administração desta empresa passar a ser exercida pelo Grupo Casino;

- Ao consultar profissionais de mercado, com a finalidade de mitigar os riscos existentes sobre seu patrimônio, composto majoritariamente por ações da CBD, o Grupo AD foi orientado a diversificar seus investimentos. Ademais, seria interessante a concentração destes investimentos em algum instrumento de mercado financeiro que lhe permitisse a tomada de decisões em bloco e a gestão especializada de seus ativos. Com base nesta ideia, chegou-se à conclusão que a melhor opção seria um fundo de investimento em ações - FIA;
- Os FIA seriam adequados para implementar um gerenciamento profissionalizado dos ativos do Grupo AD, buscando decisões mais apuradas, com alto nível de transparência, pautados em princípios sólidos de governança corporativa e com menor margem de risco;
- Destarte, as ações preferenciais líquidas da CBD detidas pelo Grupo AD foram transferidas para o FIA Santa Rita, que teria sido constituído em 28/05/2007 (ou seja, há mais de 5 anos antes da operação em análise);
- O aporte das ações no FIA Santa Rita teria sido importante, pois, em face do elevado volume de ações preferenciais da CBD detidas pelas empresas do Grupo AD, a negociação direta e não organizada destes ativos certamente ensejaria uma brusca queda de seu valor de mercado. Assim, era necessário realizar uma venda em bloco (block trade), que seria um tipo de operação somente viável com a expertise de instituições financeiras, atuando em conjunto com os gestores do FIA Santa Rita;
- Assim, restaria claro que a atuação do FIA Santa Rita não estaria adstrita a evitar uma eventual tributação com ganho de capital na alienação da participação na CBD detida pela Impugnante;
- As ações da CBD aportadas ao FIA Santa Rita não foram alienadas de imediato, esperando-se boas condições de mercado. De fato, após tal aporte, o FIA Santa Rita passou a negociar tais ações (1.700.000 ações entre 19 a 21/12/2012; 17.000.000 de ações em janeiro de 2013; 5.400.000 ações em abril de 20113);
- Destaca-se que, quando do aporte das ações preferenciais da CBD ao FIA Santa Rita, o Grupo AD não teria a menor intenção de se desfazer do negócio;
- O conflito entre os Grupo AD e Casino seria muito grave, não sendo verossímil reduzir a situação que culminou com o aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita como uma operação feita com o intuito de evitar o recolhimento de tributos;

II.2 – DO PROPÓSITO NEGOCIAL – LEGALIDADE DA OPERAÇÃO E DEMONSTRAÇÃO DA IMPROCEDÊNCIA DAS ACUSAÇÕES FISCAIS

- Apesar de existir propósito negocial em todos os atos praticados, o Impugnante aponta que a inexistência de propósito negocial não seria motivo para a desconsideração dos atos e negócios jurídicos efetivamente praticados, vez não ter sido regulamentado o art. 116, parágrafo único do CTN;
- Ademais, a motivação dos negócios jurídicos não seria motivo para sua invalidade, exceto nas excepcionais hipóteses previstas nos arts. 137, 140 e 160, todos do Código Civil;

II.2.1 – DA NATUREZA DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO – REESTRUTURAÇÃO DA CARTEIRA DE INVESTIMENTOS DO GRUPO

- Considerando o grande volume de ações da CBD detidas pelo Grupo AD, o aporte de tais valores mobiliários no FIA Santa Rita teria sido essencial, para evitar a desvalorização de tais ações e o reinvestimento em ativos adequados ao apetite de risco do Grupo AD;
- A utilização do FIA Santa Rita justificar-se-ia por ser um instrumento de investimento adequado e criado para investidores que tem por objetivo primordial negociar com valores mobiliários (logo, tal estrutura não foi utilizada unicamente para se evitar a tributação);
- Os fundos de investimento seriam adequados para as operações que se vislumbravam, pois: a) seria investimentos organizados sob a forma de condomínio de ativos especificamente criados para "realizar investimentos em ativos e valores mobiliários de setores diversos", o que traria mais opções que a utilização de uma holding, por exemplo; b) a diversificação dos investimentos pode trazer melhores resultados financeiros; c) sua administração é realizada por profissionais especializados; d) apresentam uma evolução no quesito governança corporativa;
- A fiscalização não poderia adentrar à competência da CVM, que é a entidade responsável pela apreciação de aspectos relacionados à constituição, funcionamento e administração de fundos de investimento no Brasil. Destaca-se que a CVM não apresentou qualquer questionamento em relação às operações do FIA Santa Rita;
- Os fundos de investimento não possuem personalidade jurídica. Como consequência, não sofrem tributação pelas operações que realizam (tal isenção decorre de os ganhos e rendimentos serem indiretamente tributados pelos respectivos investidores, em função da variação do valor da cota). Em se tratando de FIA, a tributação fica diferida para o momento de resgate das cotas;
- O FIA Santa Rita foi alienando as ações preferenciais da CBD conforme oportunidades de mercado e realizando os competentes reinvestimentos. Destaca-se que foram diversos os investimentos realizados pelo FIA Santa Rita, ou seja, o produto da venda das ações preferenciais da CBD aportadas ao fundo não foram embolsados pelos cotistas por meio do resgate de cotas (posições mantidas pelo fundo são relembradas na peça defensiva);
- A fiscalização não deveria ter se surpreendido com as alienações das ações preferenciais da CBD aportadas ao FIA Santa Rita, pois tal tipo de operação é inerente aos fundos de investimento em ações. Reforça-se que o FIA Santa Rita continua suas operações até hoje, tendo sido sua atuação imprescindível na consecução do projeto de diversificação da carteira de investimento do Grupo AD;
- Assim, o FIA Santa Rita não poderia ser qualificado como um mero instrumento para impedir a tributação pelo IR, pois: a) trata-se de fundo restrito, anteriormente existente; b) os cotistas não extinguiram o FIA após a realização desta operação; c) o FIA permanece ativo até hoje, aumentando de forma significativa seu patrimônio;
- A diversificação dos investimentos do Grupo AD foi atingida, pois, após a alienação das ações preferencias da CBD aportadas ao FIA Santa Rita, foram adquiridas participações em diversas empresas nacionais (BR Foods, Petrobrás, COSAN, Itaú, Vale, Gerdau etc.). Destaca-se que o investimento na BR Foods teria tido tanto sucesso, que o Grupo AD teria passado a deter expressiva participação, processo que culminou com o ingresso do Grupo AD na administração desta companhia;

- O caráter benéfico do ingresso do Grupo AD na administração da BR Foods teria sido reconhecido pelo mercado, comprove comprovaria a elevação da cotação das ações da BR Foods. Ademais, a concomitante queda das ações preferenciais da CBD demonstraria que o mercado não viu com bons olhos a saída do Grupo AD da administração da CBD;
- A forte queda das ações da CBD, no ano de 2014, demonstra ter sido fundada a preocupação de perda do valor de tais valores mobiliários após o início da administração da CBD pelo Grupo Casino;
- Assim, todos os objetivos traçados pelo Grupo AD, a partir do início das desavenças com o Grupo Casino, teriam sido obtidos, pois: a) o Grupo AD obteve sucesso em diversificar sua carteira de investimentos; b) o Grupo AD ficou blindado em relação à incerteza quanto à administração da CBD; c) restou fortalecida sua eventual saída da CBD.
- Do exposto, seria possível concluir-se que o aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita não visou qualquer efeito tributário relacionado a ganho de capital. Frisa-se que, se o intuito fosse economizar tributos, sequer faria sentido o aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita, pois se incorre em custos desnecessários. De fato, caso a finalidade da operação fosse a obtenção de economia fiscal, faria mais sentido reduzir o capital social do Impugnante, com a entrega das ações preferenciais da CBD a seus controladores, com posterior alienação destas ações, com tributação à alíquota de 15%;
- Os fundos de investimento seriam amplamente regulados, pois, além da fiscalização da CVM, estão sujeitos à auditoria anual a ser realizada por auditores independentes;

II.2.2 – DA IMPROCEDÊNCIA DAS ACUSAÇÕES FISCAIS – REGULARIDADE DAS ETAPAS QUE ANTECEDERAM O APORTE DE AÇÕES NO FIA SANTA RITA

- A saída dos antigos cotistas do FIA Santa Rita é relatada pela fiscalização sem nenhuma consequência, ou seja, não se explica qual seria a irregularidade de tal operação. Contudo, indica que tal saída teria como fundamento evitar uma distribuição de rendimentos, caso as ações fossem aportadas a tal FIA antes desta saída. Aponta-se que a operação poderia ser realizada em um novo FIA, sem nenhum problema;
- O FIA Santa Rita teria sido utilizado, pois era existente e tinha apenas investidores ligados ao Grupo AD. Portanto, a saída dos cotistas teria sido feita de forma congruente aos interesses do Grupo AD, viabilizando que, na sequência, o Impugnante aportasse a tal fundo as ações preferenciais da CBD que detinha e, assim, pusesse em prática o objetivo de expandir sua carteira de investimentos com uma administração profissional. A saída dos anteriores cotistas até seria prudente, tendo em vista o cenário de incertezas em relação ao valor das ações da CBD;
- Não faria sentido realizar a operação com outros investidores que não fariam o mesmo aporte. Assim, a saída dos anteriores cotistas não representaria um ato ilegal ou passível de questionamento pela fiscalização, nem interferiria com a qualificação jurídica dos atos praticados pela Impugnante;
- O ajuste da participação dos cotistas remanescentes, para adequá-la às ações da CBD que seriam aportadas, visou apenas manter a mesma relação entre todos os cotistas, considerando o aporte de ações preferenciais da CBD que seria realizado;

- Todas as operações (saída de cotistas e ajuste na participação dos cotistas) teriam sido colocadas à aprovação da CVM, que não apresentou qualquer óbice à operação;
- No tocante às alterações no regulamento do FIA Santa Rita, destaca-se, inicialmente, que o aporte das ações preferenciais da CBD em um fundo recém-criado não ensejaria qualquer impacto diverso em relação à operação em análise. Destaca-se que não faria sentido a criação de um novo FIA, em vez de realizar a operação no FIA Santa Rita, pois a criação de um FIA é muito mais complexa, custosa e demorada do que a simples alteração do regulamento de um FIA existente;
- Especificamente em relação às cinco alterações no regulamento do FIA Santa Rita apontadas pela fiscalização, o Impugnante aponta (i) ser natural tais alterações, notadamente quando há alteração do administrador do fundo de investimento e (ii) todas as alterações foram aprovadas pela CVM, que não apresentou nenhum óbice a tais mudanças. Especificamente em relação às alterações questionadas pela fiscalização, aponta-se que:
    - Alteração do limite de concentração: alteração necessária para viabilizar o aporte das ações preferenciais da CBD, em respeito ao planejamento das operações intentado pelo Grupo AD;
    - Critérios para avaliação de valores mobiliários aportados ao FIA: tais critérios teriam sido estabelecidos no art. 18 do regulamento do fundo;
    - Conselho Consultivo: instituído com base no disposto no art. 63 da IN CVM nº. 409/2004, tinha por finalidade garantir que as decisões quanto aos investimentos fossem tomadas de forma eficiente (lembra-se que tal conselho não afasta a responsabilidade do administrador do FIA). Tal Conselho Consultivo teria sido extinto em alteração anterior ao regulamento de 17/12/2012, mas a fiscalização não tece nenhum comentário em relação a tanto. Tal falta de questionamento decorre de que a constituição e a definição da composição do Conselho Consultivo não suscitam qualquer dúvida quanto à regularidade e legitimidade do fundo de investimento. Relembra-se que o próprio Código ANBIMA de Regulação e Melhores Práticas prevê a possibilidade de criação de conselho consultivo. Transcrevem-se alguns excertos de atas de reunião do Conselho Consultivo, que evidenciariam seu funcionamento e função;
    - Aumento da taxa de administração: a fiscalização não poderia questionar tal majoração, pois decorreria de negociação de mercado, lembrando-se que o FIA Santa Rita passou a ter um perfil muito mais ativo após o aporte das ações preferenciais da CBD (logo, seria esperado um aumento da taxa de administração);
    - Distribuição dos dividendos diretamente aos cotistas: seria uma alteração dos fundos de investimento, pois seriam isentos de imposto de renda quando distribuídos aos cotistas;
- No tocante à alteração do administrador do FIA Santa Rita, reitera-se que, conforme informado à fiscalização, tal mudança decorreu de análise sobre o caráter mais benéfico, dos pontos de vista técnico e financeiro, da gestão pelo UBS Brasil (ou seja, o motivo não se pautou no fato do UBS Brasil aceitar o aporte de valores mobiliários em fundos de investimento por valor diverso ao de mercado). Destaca-se que a escolha do melhor

administrador do FIA Santa Rita envolveria apenas critérios de natureza gerencial afetos apenas à Impugnante e ao Grupo AD, de modo que a forma como se geria seu patrimônio não pode ser alvo de questionamento por parte da fiscalização;

- A alteração do administrador do FIA Santa Rita decorreria de o Grupo AD buscar uma instituição financeira que possuísse uma plataforma de investimentos global e oferecesse condições para implementar seu planejamento de longo prazo, tomando a frente do projeto de profissionalização de sua forma de investir. Neste contexto, se entendeu não ser mais interessante a permanência do BTG Pactual como administrador do FIA Santa Rita, pois tal instituição financeira seria um banco focado em *private banking* no Brasil, o que limitava a negociação dos ativos com potenciais investidores estrangeiros, bem como os próprios investimentos do Grupo AD – frisa-se que a ideia era reestruturar e diversificar a carteira de investimentos, inclusive no exterior. Destaca-se que o principal segmento de atuação do BTG Pactual é o de *investiment banking*, ou seja, concentra seus esforços e expertise em operações que envolvem a captação de recursos no mercado de capitais, através da emissão de instrumentos de renda variável ou fixa, bem como em transações na área de fusões e aquisições (tais operações não se encontrariam no escopo do quanto desejado pelas empresas do Grupo AD). O UBS, por outro lado, era um banco de atuação internacional, que havia passado por uma recente reestruturação mundial e voltava a focar nos investidores qualificados no Brasil, tendo em vista a crise que atravessava a economia global à época (cita notícia em reforço a tal asserção). Ademais, o UBS havia se reestruturado completamente, concentrando sua atuação no segmento de *wealth management*, ou seja, na gestão do patrimônio de clientes, através da coordenação de investimentos e alocação de ativos (cita notícias em reforço a tal asserção). Assim, a área de atuação do UBS Brasil era exatamente o que necessitaria o Impugnante;

- Como o investimento em FIA envolve incertezas, pois necessária a aplicação em mercado de ações, é plenamente possível que as expectativas do investidor não se concretizem. Assim, a frustação de tais expectativas não pode ser adotada como evidência da existência de motivos diversos para tal investimento, inclusive o gozo de benefícios fiscais. A simples análise da valorização das cotas do FIA Santa Rita não se prestaria a refletir o benefício financeiro almejado na troca do administrador do FIA, pois o benefício esperado estava vinculado à negociação de elevado volume de ações preferenciais da CBD, sem sofrer grandes quedas no preço de mercado;

- Ademais, seria descabido questionar os benefícios advindos da administração do FIA Santa Rita pelo UBS Brasil, pois seria um disparate colocar em cheque a capacidade técnica de uma instituição financeira que é o maior banco privado do mundo, com ativos que superam a marca de US$ 2 trilhões. Logo, o posto ostentado pelo UBS, por si só, já é suficiente para comprovar o benefício técnico que se estava obtendo;

- A troca do administrador do FIA Santa Rita não se pautou na possibilidade de aportar, neste fundo, as ações preferenciais da CBD a valor contábil, pois não existia qualquer óbice legal a tal operação. Logo, tal operação poderia sob feita sob a administração de qualquer instituição financeira;

- De todo o exposto, pode-se concluir que a operação em análise teve motivação especifica, que não estava relacionada a uma economia fiscal. Ademais, mesmo que o objetivo fosse a economia fiscal, ele de per si não invalida os atos e negócios jurídicos praticados. Logo, seria certo que: a) a operação foi realizada com efetivo propósito negocial, frente aos riscos decorrentes do conflito entre os Grupos AD e Casino; b) os atos praticados pela

Impugnante estavam em consonância com a legislação, inclusive as normas da CVM, órgão competente pela fiscalização das operações em comento;

II.2.3 – CONCLUSÕES JURÍDICAS

II.2.3.1 – DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 438 DO RIR/99 AO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DA DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO DO LANÇAMENTO FISCAL

- O aporte das ações preferenciais ao FIA Santa Rita por valor contábil estaria de acordo com o disposto na IN CVM nº. 438/2006. Assim, a fiscalização teria incorrido em grave equívoco, pois: a) seria escorreita a valoração das ações preferenciais da CDB a valor contábil; b) se teria ignorado os efeitos próprios e legítimos do fundo ajustar o valor aportado, diariamente, por seu valor de mercado, vez que tal marcação não gera qualquer ganho de capital para o detentor de cotas de fundo de investimento em ações;
- Ainda que se considerasse correto o raciocínio da fiscalização (considerar dissimulado o aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita a valor contábil), não poderia ser aplicado o art. 438 do RIR/99, pois os requisitos que compõem a hipótese de incidência tributária indicada pela fiscalização estão completamente equivocados;
- De fato, não teria havido qualquer reavaliação de participação societária, sendo certo que o art. 438 do RIR/99 diria respeito apenas à tributação de eventual ganho na reavaliação de participação societária de acordo com o valor de patrimônio líquido atribuído à sociedade investida. Ocorre que, tratando-se de ações preferenciais da CBD, negociadas em bolsa de valores, o valor a elas atribuído no momento da "marcação a mercado" realizada pelo Fundo Santa Rita, corresponde, por óbvio, a seu valor de mercado, o qual não possui qualquer relação com à valoração de seu patrimônio líquido. Frise-se, valor de patrimônio líquido e preço de ações negociadas em bolsa de valores são grandezas completamente distintas;
- Destarte, enquanto o art. 438 do RIR trata de reavaliação de participação societária avaliada pelo patrimônio líquido da sociedade investida, a operação em análise supostamente decorre de reavaliação de cotas de fundo de investimento, que está atrelada ao valor de mercado dos ativos detidos pelo FIA Santa Rita. Logo, patente a inexistência de subsunção do art. 438 do RIR ao caso em apreço;
- Com a entrada em vigor da Lei nº.11.638/2007, a figura da "reserva de reavaliação" foi extinta, impedindo que as empresas realizassem a reavaliação espontânea de seus ativos. Assim, seria descabida a autuação, vez que a aventada reavaliação de ativos seria proibida;
- A extinção da possibilidade da reavaliação de ativos decorreu do mau uso de tal possibilidade, pois foi utilizada como forma de inflar o patrimônio de companhias deficitárias. No caso vertente, tal situação não estaria presente, pois o Impugnante é uma holding familiar, que gere recursos próprios;
- A ausência de dispositivo legal expresso que determine a tributação imposta pela fiscalização demonstraria a improcedência da lavratura, em face do disposto no art. 150, inciso I, da Constituição Federal, e no art. 142 do CTN. Logo, a autuação seria nula, pois a fiscalização deveria necessariamente descrever corretamente o fato gerador, bem como indicar o dispositivo da legislação que teria sido infringido, não sendo admitida a

lavratura com base em dispositivo inaplicável ou incongruente com a situação retratada pelo próprio fiscal. Citam-se acórdãos do CARF em reforço da argumentação;

- A fiscalização teria incorrido em equívoco ao apurar a base tributável da presente exação, pois apurou o ganho de capital com base da diferença entre o valor contábil das ações preferenciais da CBD e seu efetivo valor de mercado no dia do aporte no FIA Santa Rita. De fato, se o que se busca tributar é a reavaliação de participação societária com base no patrimônio líquido da investida, de rigor que a base tributável não poderia corresponder ao valor de mercado das ações da CBD negociadas em bolsa de valores;

- A necessária avaliação a valor justo (valor de mercado) de ativos financeiros disponíveis para venda, introduzida pela adoção no Brasil dos padrões internacionais de contabilidade, não produziria efeitos fiscais no ano-calendário objeto da autuação, vez que vigente o Regime Tributário de Transição – RTT. Ademais, mesmo com o fim do RTT, manteve a neutralidade tributária dos ajustes a valor justo, desde que tais ajustes sejam contabilizados em subcontas vinculadas ao ativo ou passivo;

II.2.3.2 – LEGITIMIDADE DO APORTE DE AÇÕES NO FIA SANTA RITA E IMPOSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO DE EVENTUAL GANHO DE CAPITAL APURADO PELO FIA

- Em decorrência de terem sido legítimas todas as operações realizadas no FIA Santa Rita, não mereceria prosperar o argumento de que o único propósito deste fundo de investimento teria sido o de valorizar artificiosamente estes ativos a valor de mercado;

- O aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita a valor contábil representava opção do contribuinte, não vedada pela legislação e, portanto, plenamente válida. Tal asserção restaria corroborada por pareceres elaborados por Humberto Ávila, Ricardo Mariz de Oliveira e Alberto Xavier;

- A reavaliação de ativos seria um procedimento meramente contábil (enquanto permitido), *interna corporis"*, sem efeito patrimonial que pudesse ensejar a incidência do imposto de renda. De fato, a reavaliação de ativos seria computada diretamente em conta de reserva de capital (reserva de reavaliação), sem trânsito pelo resultado como receita ou ganho. Para fins fiscais, a reserva de reavaliação somente seria adicionada ao lucro líquido, para cálculo do lucro real, quando da realização do bem reavaliado;

- Logo, se o investimento no FIA Santa Rita fosse sujeito ao método de equivalência patrimonial, ainda assim, a reavaliação a mercado das ações preferenciais da CBD feita pelo FIA Santa Rita somente geraria efeitos tributários quando o Impugnante resgatasse suas cotas. Paralelamente, o art. 36 do Decreto-Lei nº. 1.598/77 determinaria que os bens reavaliados na conferência de bens a outras pessoas jurídicas seriam tributados apenas quando da alienação da participação adquirida. Ou seja, nunca teria havido incidência sobre o ato de transferência das ações da CBD para o FIA, e nunca teria havido incidência antes de a Impugnante resgatar suas cotas do fundo;

- Com a adoção dos padrões internacionais de contabilidade, seria de rigor que a reavaliação de um ativo não possuiria natureza de receita ou ganho, pois lhe faltaria uma característica essencial: a realização. Cita-se jurisprudência do CARF neste sentido;

- A marcação a mercado das ações preferenciais da CBD realizada pelo FIA Santa Rita não seria tributável, pois os fundos de investimento não são contribuintes do imposto de renda, vez que não possuem personalidade jurídica (são um condomínio). A tributação

dos rendimentos auferidos pelos fundos é realizada nas pessoas dos cotistas, após a consolidação dos resultados de todas as operações e a valorização das cotas;

- A tributação, pelos cotistas, dos rendimentos apurados pelos fundos de investimento sequer faria sentido sob a óptica da própria hipótese de incidência do imposto de renda, haja vista a clara ausência de realização de qualquer resultado positivo que ensejasse qualquer exigência fiscal (não se pode tributar ganhos potenciais). A impossibilidade de tributação pelo imposto de renda sobre ganho potenciais decorreria do art. 43 do CTN, vez que inexistente qualquer disponibilidade econômica ou jurídica. Ademais, a exposição de motivos do Decreto-Lei nº. 1.598/77, que dá azo ao art. 438 do RIR, expressa exatamente isso ao indicar que: *"17. O projeto adota a orientação geral de submeter os ganhos de capital ao imposto somente quando realizados, isto é, quando a pessoa jurídica tem condições financeiras de suportar o ônus tributário"*;

- A tributação das pessoas jurídicas exigiria, minimamente, a realização da renda, seja sob uma perspectiva de disponibilidade econômica, seja na hipótese da disponibilidade jurídica. Logo, não bastaria a simples potencialidade de ocorrência de um rendimento, inclusive originário da propriedade de cotas de fundo de investimento em ações que realizou mera marcação a mercado. Cita-se doutrina e jurisprudência em reforço argumentativo;

- No caso de fundos de investimento em ações, a tributação ocorre apenas com o resgate das cotas, desde que verificado um acréscimo patrimonial decorrente da diferença positiva entre o custo histórico da participação e seu valor no momento do resgate. Tal modalidade de tributação seria adequada a tal modalidade de investimento, vez que os FIA devem investir parcela significativa de seu patrimônio em ações (mínimo de 67%), com evidente volatilidade de seu preço;

- Destarte, exigir imposto de renda no momento do aporte de valores mobiliários a FIA, certamente se estaria (i) tributando apenas uma expectativa de renda ou mesmo um rendimento que poderia nem mesmo se realizar; (ii) tributando duplamente o mesmo rendimento, uma vez que os resgates são tributados;

- A tributação no momento do aporte de valores mobiliários a fundos de investimento seria descabida, pois tal ganho potencial seria igualmente afetado pela (des)valorização dos demais ativos que compõem o fundo (ou seja, haveria incerteza sobre o ganho no momento do aporte). Este ponto é inclusive reconhecido no próprio Termo de Verificação Fiscal;

- Haveria outras formas legais, que seriam menos onerosas ao Impugnante, como, por exemplo, a redução da capital, com a entrega de ações preferenciais da CBD aos seus controladores pessoas físicas, seguida de venda direta das ações. Assim, a utilização do FIA Santa Rita não se pautaria na busca de vantagens fiscais;

II.3 – OPÇÃO LEGAL E IMPOSSIBILIDADE DE INGERÊNCIA DO FISCO NA ATIVIDADE DO CONTRIBUINTE

- O aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita não teria buscado qualquer efeito tributário relacionado ao ganho de capital, havendo necessidade negocial e societária para sua realização;

- A necessidade de otimização da atuação empresarial do Grupo AD passou, necessariamente, pela redução de despesas tributárias, que têm por fundamento o direito

que o contribuinte detém de não ser obrigado a sofrer uma carga tributária maior quando existe uma opção fiscal mais econômica, autorizada pelo próprio ordenamento jurídico. Cita acórdão do CARF em reforço argumentativo;

- Os pareceres contratados pelo Impugnante foram uníssonos acerca da possibilidade de aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita a valor contábil, pois inexistia qualquer obrigação de realizar a operação a valor de mercado. Cita-se entendimento de Humberto Ávila acerca da aplicação analógica de dispositivo legal afeto à tributação das pessoas físicas, que evidenciaria a possibilidade de pessoas jurídicas aportarem valores mobiliários em fundos de investimento a valor contábil;
- Não caberia ao Fisco limitar a autonomia da vontade e liberdade de iniciativa dos contribuintes que visam a melhor forma de gerir seus negócios. Logo, seria nítido que o Impugnante possuía opção legal em se utilizar do valor contábil ou valor de mercado no momento da subscrição das cotas do fundo de investimento;
- Ademais, tal procedimento (aporte das ações a valor contábil) estaria em consonância com a Instrução CVM nº. 438/2006, que, de fato, determinava que a operação somente poderia ser feita desta forma;
- A autoridade fiscal, com nítido interesse arrecadatório, não teria analisado a operação em sua inteireza, vez que teria desconsiderado as razões de diversas naturezas que a fundaram (comercial, societária, regulatória etc.);
- A opção de aportar valores mobiliários a fundos de investimento por valor contábil, no ano-calendário de 2012, resta reforçada pela Medida Provisória nº. 651/2014, que veio exigir que aportes deste tipo fossem feitos a valor de mercado;
- Seria lícita a prática de planejamentos tributários não vedados expressamente em lei, vez que assegurada a liberdade de auto-organização, garantia à propriedade privada e o princípio da estrita legalidade (cita o entendimento de vários juristas sobre o tema). De fato, as operações livremente organizadas pelos contribuintes somente poderiam ser contestadas com base em sua legalidade estrita, estando sujeitas à desconsideração apenas nos casos em que fosse constatada a ocorrência de atos ilícitos, realizados depois da ocorrência do fato gerador, ou se houvesse simulação. Superados tais pontos, as operações deveriam ser aceitas como válidas e legítimas, na esteira de entendimento do professor Marco Aurélio Greco;
- Adotando-se o conceito de planejamento estratégico empresarial, o limite do planejamento tributário consistiria na análise da operação no contexto empresarial e na verificação de sua ocorrência com as estratégias e os planos futuros do empreendimento como um todo, os quais teriam sido devidamente atendidos em todos os negócios examinados nestes autos;
- Caso a única intenção do Grupo AD fosse obter uma economia de tributos por meio de simulação, de certo que, após a efetivação da venda das ações da CBD, a estrutura retornaria ao seu *status quo* de forma imediata;

<u>II.4 – DA IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO PELA FISCALIZAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PRATICADOS – ARTIGO 116 DO CTN</u>

- A fiscalização não poderia aplicar o art. 116, parágrafo único, do CTN, pois tal dispositivo dependeria de regulamentação por lei ordinária (seria uma norma de eficácia

limitada). Cita-se doutrina e jurisprudência em reforço de argumentação, notadamente o Recurso Especial nº. 1.107.518;

II.5 – *AD ARGUMENTANDUM* – DO ERRO DE DIREITO DECORRRENTE DA INCORRETA IDENTIFICAÇÃO DO FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO NA HIPÓTESE DE MANUTENÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE SIMULAÇÃO E ABUSO DE DIREITO POR FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL

- No cenário ficto-simulado-abusivo construído pela Autoridade Fiscal, o fato jurídico capaz de ensejar a incidência do IRPJ e da CSLL não equivaleria à suposta reavaliação ocultada de participação societária, mas à venda das ações PN da CBD a terceiros. A requalificação, empreendida pela fiscalização, dos negócios jurídicos praticados pelos contribuintes deve ser acompanhada de todas as consequências jurídicas do negócio tido por real e não somente daquelas que interessam ao Fisco. Dar tratamento tributário diverso a isso seria utilizar o tributo como sanção;

- A única intenção de ocultar que poderia ter sido vislumbrada pela fiscalização com base na estrutura patrimonial do Impugnante seria a utilização do FIA Santa Rita para a venda das ações PN da CBD e diferimento da tributação sobre o ganho decorrente dessa alienação para o momento do resgate das quotas do fundo pelo Impugnante. Isto é, se foi simulada ou abusiva a utilização do FIA Santa Rita, essas condutas diriam respeito à sua utilização para diferimento da tributação do ganho de capital resultante da alienação das ações PN da CBD a terceiros. Assim, adotada tal premissa, competia à fiscalização tributar tais ganhos, no momento da alienação das ações PN da CBD a terceiros;

- Como a fiscalização realizou a tributação sobre uma inexistente reavaliação das ações preferenciais da CBD, acabou incorrendo em nítido erro de direito resultante de incongruência lógica e jurídica entre os fundamentos da autuação e seu resultado;

II.6 – DA IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DA MULTA: A DÚVIDA

- Caso haja empate de votos no julgamento, é razoável considerar-se que há, no mínio, dúvida quanto a ocorrência da infração, não podendo subsistir as multas aplicadas na lavratura dos autos ora combatidos, na esteira da norma veiculada no art. 112 do CTN;

II.7 – DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA

- Não teria havido dolo ou qualquer tipo de sonegação, fraude ou conluio, destacando-se que a fiscalização não apontou expressamente em qual destas modalidades funda-se a qualificação da penalidade. Da leitura do Termo de Verificação Fiscal, observa-se que houve apenas a citação dos artigos 71 a 73 da Lei nº. 4.502/64, com a indicação de conceitos genéricos dos termos "dolo tributário", "fraude fiscal" e "simulação", sem qualquer correlação destes com os fatos supostamente praticados pelo Impugnante. Portanto, a qualificação da penalidade careceria de motivação;

- Para a qualificação de uma conduta como dolosa, não bastaria que uma das partes de uma relação jurídica atuasse com a vontade de prejudicar outrem, vez ser necessária a prova cabal de que houve a malfadada intenção perniciosa. Já na fraude, seria necessário que se verifique, dentre outros requisitos, o ânimo / a intenção de prejudicar ou fraudar. Cita jurisprudência administrativa em reforço argumentativo;

- Destarte, segundo se depreende dos acórdãos do CARF relembrados na peça defensiva, quem age com intuito de fraude realiza operações proibidas, não as escritura em seus

registros comerciais e fiscais, não dá ampla divulgação ao mercado e, quando fiscalizado, não entrega a documentação solicitada, procurando sob todas as formas ocultar essas operações. E mais, adultera documentos, utiliza-se de documentos calçados e paralelos, pessoas inexistentes ou "laranjas" e de documentos falsos e inidôneos. No presente caso, nenhuma destas ações teria sido praticada pelo Impugnante;

- Em conclusão, repisa-se que: quem age de má fé, quem dissimula, quem simula, perpetra fraude, oculta fatos geradores de tributos, quem quer sonegar tributo certamente não é aquele que (i) leva a registro todos os atos societários relacionados à operação; (ii) apresenta todas as informações ao Fisco Federal, por meio das declarações e obrigações acessórias; (iii) adota voluntariamente medidas que aumentam a transparência de seus atos; (iv) presta todos os esclarecimentos requeridos pela Fiscalização e (v) oferece à Autoridade Fiscal todos os documentos necessários à investigação;
- O Grupo AD solicitou pareceres de diversos advogados, cujo escopo era exatamente a operação praticada nos presentes autos. Logo, evidente a impossibilidade de aplicação de multa qualificada, haja vista a ausência de fraude ou sonegação;
- Não haveria conluio, pois a fiscalização não teria identificado quem seria o terceiro que teria se associado ao Impugnante para a prática dos atos objeto da fiscalização;
- A simples divergência de interpretação da lei não poderia ser confundida com a prática de ato ilícito, sendo evidentemente descabida a multa qualificada. Cita acórdãos do CARF em reforço argumentativo;

II.8 - *AD ARGUMENTANDUM* – DA VEDAÇÃO AO CONFISCO

- A penalidade de 150% seria confiscatória, vez que ofende o princípio da razoabilidade. Destaca precedentes do STF acerca da redução de multas confiscatórias a patamares razoáveis e do descabimento de penalidade superior ao valor do tributo, esta última com repercussão geral;
- Lembra-se que os conselheiros do CARF são obrigados a seguir o entendimento prestigiado pelo STF em repercussão geral. Logo, por economia processual, os julgadores da DRJ também deveriam adotar tais decisões do STF;

II.9 – DA ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE JUROS SOBRE A MULTA

- Não haveria previsão legal para a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. De fato, apenas haveria possibilidade de incidência de juros de mora sobre o valor do tributo objeto do lançamento.

IMPUGNAÇÃO DO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO

O senhor Abílio Diniz, qualificado pela fiscalização como responsável solidário pelo pagamento dos créditos tributários encartados nos presentes autos, devidamente cientificado da autuação em comento em 6 de setembro de 2017 (fls. 1.134), apresentou sua impugnação em 5 de outubro de 2017 (fls. 1.796), reiterando e ratificando todos os argumentos expostos na peça impugnatória apresentada pela Autuada, requerendo o conhecimento e o provimento da presente Impugnação, com o reconhecimento da inexistência de responsabilidade tributária, alegando, em síntese e seguindo os tópicos indicados na peça defensiva, o que segue.

I - DOS FATOS

- Além da patente insubsistência do crédito tributário lançado, conforme argumentos tecidos na impugnação apresentada pelo devedor principal, cujos argumentos são ratificados na peça defensiva do responsável solidário, também não poderia prosperar a responsabilização do senhor Abílio dos Santos Diniz, uma vez que não teriam sido caracterizadas as hipóteses de responsabilidade tributária de terceiros prevista nos arts. 124, inciso I, e 135, ambos do CTN;

II – DAS PRELIMINARES

II.1 – DA FALTA DE MOTIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ATRIBUÍDA AO IMPUGNANTE

- Não teriam sido demonstrados quais atos supostamente praticados pelo senhor Abílio dos Santos Diniz se enquadrariam nas disposições contidas no art. 135 do CTN, e tampouco evidenciada a existência do alegado "interesse comum" na situação que constituiu os alegados fatos geradores;
- A mera indicação de que o senhor Abílio dos Santos Diniz era sócio e administrador da empresa autuada à época dos fatos não seria suficiente para a caracterização da responsabilidade tributária e da solidariedade imputadas pela fiscalização;
- Logo, o Termo de Responsabilidade Tributária lavrado não poderia ser mantido, em razão de sua total falta de fundamentação. Destaca-se que tal fundamentação não pode residir em apenas indicar os dispositivos legais que fundariam a responsabilidade tributária atribuída, vez que imperiosa a descrição dos fatos e a demonstração de clara correlação entre os atos praticados pelo senhor Abílio dos Santos Diniz e o ilício apontado pela fiscalização;
- A precariedade da fundamentação do Termo de Responsabilidade Tributária se torna mais evidente na medida em que o próprio Termo de Verificação Fiscal não indica em qual das hipóteses do art. 124 do CTN supostamente seria aplicável;. A despeito da indicação contida no "Demonstrativo de Responsáveis Tributários", de que o enquadramento legal no tocante ao artigo 124 do CTN se daria com base no inciso I, tal menção não seria suficiente para fundar a responsabilidade tributária imputada ao senhor Abílio dos Santos Diniz, pois não haveria uma única palavra do Termo de Verificação Fiscal que levasse à conclusão de o que senhor Abílio dos Santos Diniz teria interesse comum na situação que constitui o suposto fato gerador do presente caso;
- O interesse comum mencionado no art. 124, inciso I, do CTN não se refere ao interesse meramente econômico ou fático. De fato, somente é possível vislumbrar tal interesse nas hipóteses em que o sujeito já é obrigado a responder por aquela obrigação, em virtude da natureza do tributo (coobrigação);
- A fiscalização teria se utilizado de mera presunção para imputar ao senhor Abílio dos Santos Diniz a solidariedade prevista no artigo 124, inciso I, do CTN;
- Ademais, no item 6 do Termo de Verificação Fiscal, inexistiria qualquer demonstração, ou sequer indicação, de atos praticados com dolo pelo senhor Abílio dos Santos Diniz;
- Assim, teria havido mera citação infundada dos artigos 124, I, e 135, III do CTN, sem o desenvolvimento de qualquer raciocínio tendente a justificá-los. Logo, tal atribuição de

responsabilidade tributária restaria não motivada. Cita precedentes do CARF que evidenciam a necessária fundamentação de lançamento;

- Não haveria nenhuma passagem do Termo de Verificação Fiscal que indicasse que a fiscalização buscou demonstrar qualquer tipo de relação que implicasse interesse comum entre a empresa fiscalizada e o senhor Abílio dos Santos Diniz;
- Do exposto, deveria ser declarada a nulidade do Termo de Responsabilidade Tributária;

II.2 – DA CONFUSÃO ENTRE INSTITITOS DE SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA QUE NÃO SE RELACIONAM / EXCLUDENTES ENTRE SI – ARTIGO 124 (LICITUDE) X ARTIGO 135 (ILICITUDE)

- A fiscalização atribuiu responsabilidade tributária por dois fundamentos e cujas condutas são excludentes entre si. De fato, o art. 124, inciso I, trata sobre o interesse comum, que ocorre quando na situação que constitui o fato gerador há uma pluralidade de pessoas concorrendo na situação em razão da natureza do tributo. Assim, tal dispositivo do CTN trata de responsabilidade tributária no campo da licitude. Já o art. 135, III, trata de responsabilidade tributária quando incorridas práticas dolosas abusivas de determinadas pessoas. O STJ reconheceria tal caráter excludente de ambas hipóteses de responsabilidade tributária (Recurso Especial nº. 1.305.856). Cita-se precedentes do CARF no mesmo sentido;
- Assim, a fiscalização, na ânsia de tentar encontrar algum fundamento para atribuir a solidariedade ao senhor Abílio dos Santos Diniz, acabou apontando dois dispositivos de responsabilidade tributária disponíveis no CTN, que tratam de situações excludentes, sem dar sustentáculo a seus argumentos;

III – DO DIREITO

III.1 – DAS RAZÕES EXPOSTAS PELA ONYX 2006 PARTICIPAÇÕES LTDA. EM SUA IMPUGNAÇÃO

- Ratifica-se todas as razões de defesa tecida na peça defensiva apresentada pelo devedor principal;

III.2 – IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA AO IMPUGNANTE (ARTIGO 124 DO CTN)

III.2.1 – DA NÃO CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE "INTERESSE COMUM"

- O artigo 124, inciso I, do CTN seria cabível apenas quando presente a pluralidade de sujeitos concorrendo na hipótese de incidência, sendo todos qualificados como contribuinte, por possuírem relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador. Como exemplo, cita-se o caso de coproprietários de imóvel;
- O CTN diferenciaria claramente os institutos da solidariedade e da responsabilidade tributária, vez que são figuras completamente distintas. Cita-se acórdão do CARF neste sentido;
- Em decorrência de não existir um conceito de solidariedade no direito tributário, deveria ser adotado o conceito prestigiado no artigo 264 do Código Civil. Adotado tal conceito, a solidariedade se caracteriza a partir de uma pluralidade de devedores relacionados a uma mesma obrigação. Cita precedentes do STF e do STJ em reforço à argumentação;

- Assim, seria entendimento unânime de que somente seria possível atribuir solidariedade por interesse comum nas hipóteses em que o sujeito já é contribuinte daquela obrigação, em razão da natureza do tributo. Assim, um mero interesse fático ou econômico não seria suficiente para caracterizar-se o interesse comum previsto no artigo 124, inciso I, do CTN;

- O simples fato de ser acionista ou administrador de uma sociedade não é bastante para a caracterização do interesse comum. De fato, a caracterização da responsabilidade tributária do artigo 124 do CTN seria imperioso que as pessoas solidárias tenham participação no fato que constitui a hipótese incidência tributária;

III.3 – INXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO IMPUGNANTE (ARTIGO 135 DO CTN)

III.3.1 – DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE A TRIBUTAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA COMO DEVEDORA PRINCIPAL E, CONCOMITANTEMENTE, A RESPONSABILIZAÇÃO DE TERCEIRO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 135, III, DO CTN

- Não seria possível coexistirem, no mesmo processo administrativo, a tributação de uma pessoa jurídica, como devedora principal, e a sujeição passiva solidária de terceiros com fundamento no art. 135, inciso III, do CTN. De fato, tal dispositivo legal teria por finalidade proteger a pessoa jurídica de atos praticados com excesso de poderes por indivíduos a ela ligados, uma vez que eles serão obrigados a adimplir, com o seu próprio patrimônio, os créditos tributários decorrentes de atos praticados em desacordo com seus poderes de representação. Cita precedente do CARF em reforço de sua argumentação;

- Destaca-se que a ausência de motivação para a atribuição da responsabilidade tributária em foco não seria passível de aperfeiçoamento pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, citando precedente do CARF em reforço argumentativo;

III.3.2 – DA FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTUITO DOLOSO – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 135 DO CTN

- A fiscalização não indica quais teriam sido os atos praticados com dolo pelo senhor Abílio dos Santos Diniz. Ademais, não teria como tal demonstração ser feita, na medida em que nunca existiu dolo;

- Refutam-se duas modalidades de dolo: (i) dolo em atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, necessários para a aplicação do art. 135 do CTN; (ii) dolo indispensável para o agravamento da multa;

- A fiscalização imputou responsabilidade tributária ao senhor Abílio dos Santos Diniz por entender que *"as operações tratadas neste Termo não teriam sido praticadas se não fosse pela vontade dos administradores da empresa fiscalizada"*. Aduz-se, ainda, que *"foram os administradores que praticaram e determinaram todos os passos necessários para que a Onix 2006 Participações tivesse sua carga tributária reduzida ilegalmente"*. Logo, a atribuição da responsabilidade tributária em foco ao senhor Abílio dos Santos Diniz decorreu da condição de sócio e administrador da empresa autuada. Contudo, não haveria indicação, e tampouco a demonstração, de que em todos esses "passos necessários" teria havido a prática de condutas dolosas pelo senhor Abílio dos Santos Diniz;

- O senhor Abílio dos Santos Diniz, no estrito exercício de suas funções, teria sido responsável por buscar a contratação de pareceres jurídicos sobre a futura operação a ser realizada pela empresa. Em face de todos os pareceres indicarem a regularidade da operação, seria evidente que a prática dos atos se deu sob a premissa da licitude;

- A responsabilidade tributária em análise teria sido imputada por mera presunção, o que seria absolutamente inadmissível, uma vez que o simples fato de ser sócio e administrador de uma empresa não implica, por consequência, a existência de qualquer ato doloso que justifique e balize a arbitrária responsabilidade imputada ao senhor Abílio dos Santos Diniz. Cita-se precedentes do CARF e do STJ, no qual se aponta que a responsabilidade tributária por infração à lei depende da comprovação de dolo;

III.3.3 – DA NÃO OCORRÊNCIA DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS

- A fiscalização não teria indicado quais atos teriam sido praticados pelo senhor Abílio dos Santos Diniz com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto. Cita-se precedente do CARF em situação semelhante, no qual se prestigiou o entendimento de que seria descabida a lavratura de Termo de Responsabilidade Tributária sem descrever-se e individualizar-se qualquer conduta concreta que teria sido praticada pelo sócio e administrador;

- Não haveria excesso de poderes, pois o senhor Abílio dos Santos Diniz não teria extrapolado os limites constantes do estatuto social da empresa autuada;

- O Grupo AD não se confunde com a pessoa de seu administrador. Assim, não bastaria descrever os atos praticados pela empresa autuada para imputar responsabilidade tributária a seu administrador (senhor Abílio dos Santos Diniz). Cita-se recente precedente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que prestigiou o entendimento de que a responsabilidade tributária dos sócios somente pode ser imputada se individualizadas as condutas praticadas por cada qual;

- Relembra-se que, no direito penal, a responsabilidade de administradores depende da necessária comprovação de participação pessoal destes na realização dos atos tidos como delituosos. Destarte, não poderia ser adotado entendimento diverso no âmbito do direito tributário;

- A mera inadimplência da pessoa jurídica autuada não seria bastante para a atribuição de responsabilidade tributária a seu administrador, na esteira de entendimento prestigiado pelo STJ (Recurso Especial nº. 1.091.593);

- O ilícito bastante para a atribuição de responsabilidade tributária ao administrador de pessoa jurídica deve caracterizar um fato jurídico tributário (por exemplo, a alienação de ativos, pelo administrador, à revelia da sociedade). Ou seja, o artigo 135 do CTN dispõe sobre uma obrigação tributária decorrente da prática de um ato ilícito por parte do terceiro que dê nascimento à obrigação jurídica tributária. No caso em análise, nem a prática do fato tido por ilícito teria sido provada, e nem demonstrado que esse suposto fato teria resultado nos fatos jurídicos tributários objeto deste lançamento;

III.4 – DA NÃO OCORRÊNCIA DE FRAUDE E DA INEXISTÊNCIA DE DOLO – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MULTA AGRAVADA

- A qualificação da penalidade seria descabida, pois a fiscalização não teria indicado se o caso em tela trataria de sonegação, fraude ou conluio, o que contamina a motivação da qualificação da penalidade;
- Ademais, a fiscalização seria contraditória ao afirmar que as etapas das transações realizadas foram formalmente legais, mas que a operação seria fraudulenta. Pergunta-se: como uma operação poderia ser fraudulenta e legal?
- Para que fique caracterizado o dolo, essencial para a caracterização de fraude e sonegação, seria imprescindível a intenção do agente de prejudicar ou fraudar. Assim, o dolo diferencia-se do erro (neste, a circunstância que acarreta o vício é espontânea). Cita-se doutrina e jurisprudência neste sentido;
- Quem age com intuito de fraude / sonegação realiza operações proibidas, não as escritura em seus registros comerciais e fiscais, não dá ampla divulgação ao mercado, e, quando a fiscalizado, não entrega a documentação solicitada. Nada disso teria ocorrido no caso vertente, citando-se precedente do CARF que prestigiou o entendimento de ser descabida a qualificação da multa quando os atos estão devidamente registrados e feitos às claras;
- A solicitação de diversos pareceres e consultas afastaria qualquer qualificação de fraude ou sonegação;
- Na falta da comprovação do intuito doloso, como ocorreu na autuação em foco, a penalidade de 150% não pode ser mantida;

III.5 – DO PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DA PENA

- Segundo o direito brasileiro, nenhuma pena poderia passar do condenado. Assim, a penalidade deveria ser cobrada apenas da empresa autuada;

III.6 – DA IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DA MULTA AGRAVADA NO CASO DE DÚVIDA – APLICAÇÃO DO ARTIGO 112 DO CTN

- Caso haja empate de votos no julgamento, é razoável considerar-se que há, no mínio, dúvida quanto a ocorrência da infração, não podendo subsistir as multas aplicadas na lavratura dos autos ora combatidos, na esteira da norma veiculada no art. 112 do CTN;

III.7 – *AD ARGUMENTADUM* – DA VEDAÇÃO AO CONFISCO

- A penalidade de 150% seria confiscatória, vez que ofende o princípio da razoabilidade. Destaca precedentes do STF acerca da redução de multas confiscatórias a patamares razoáveis e do descabimento de penalidade superior ao valor do tributo, esta última com repercussão geral;
- Lembra-se que os conselheiros do CARF são obrigados a seguir o entendimento prestigiado pelo STF em repercussão geral. Logo, por economia processual, os julgadores da DRJ também deveriam adotar tais decisões do STF;

Complementa-se o relato do Acórdão de 1ª Instância com as pertinentes atualizações processuais:

DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA

A Impugnação foi Julgada Improcedente no Acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (SP), que apresenta a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2013

APORTE DE AÇÕES EM FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES POR VALOR CONTÁBIL. CONTEXTO. NÍTIDA FINALIDADE FISCAL. CABIMENTO DA TRIBUTAÇÃO.

Para que um planejamento tributário seja oponível ao fisco, não basta que o contribuinte, no exercício do direito de auto-organização, pratique atos ou negócios jurídicos antes dos fatos geradores e de acordo com as formalidades previstas na legislação. É necessário que tais atos ou negócios jurídicos sejam praticados por valores adequados, afastada qualquer artificialidade, devendo haver um propósito negocial diverso da simples economia tributária, de modo que o exercício do direito seja regular.

NECESSÁRIA REAVALIAÇÃO A MERCADO DE AÇÕES APORTADAS EM FUNDO DE INVESTIMENTO. TRIBUTAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL.

O aporte de ações em fundos de investimento deve ser realizado com base no valor de mercado de tais ativos, evitando que tal aporte cause benefícios ou prejuízos imediatos aos cotistas do fundo. Para viabilizar tal operação, o investidor realizará a reavaliação de tais ações e, em decorrência disto, eventual mais valia *(valor de mercado menos valor contábil)* será imediatamente tributável, em face da norma veiculada no art. 438 do Regulamento do Imposto sobre a Renda – RIR/99.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. FRAUDE. MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

Quando o planejamento tributário evidencia uma intenção dolosa de alterar as características do fato gerador, com intuito de fazer parecer que se tratava de uma operação com repercussões tributárias diversas, tem-se a figura da fraude a ensejar a multa qualificada.

MULTA. VEDAÇÃO AO CONFISCO. EXAME NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

Reconhecimento de inconstitucionalidade encontra-se na esfera de competência do Poder Judiciário. A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, é dirigida ao legislador, não cabendo a autoridade administrativa afastar a incidência da lei, apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

JUROS SELIC SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

O crédito tributário, quer se refira a tributo quer seja relativo à penalidade pecuniária, não pago no respectivo vencimento, está sujeito à incidência de juros de mora, calculado à taxa Selic até o mês anterior ao pagamento, e de um por cento no mês de pagamento.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ADMINISTRADOR DE PESSOA JURÍDICA. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO EM OPERAÇÕES AFETAS AO PODER DE ADIMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE. INFRAÇÃO À LEI.

Restando comprovado que as operações realizadas pela empresa somente poderiam ser conduzidas por seu administrador, a eventual infração à lei apurada em relação a tais operações deve ser imputada ao próprio administrador. Logo, em tal situação, mostra-se hígida a aplicação da norma veiculada no art. 135, inciso III, do CTN.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Exercício: 2013

LANÇAMENTO CALCADO NOS MESMOS ELEMENTOS DE PROVA.

Aplicam-se ao lançamento da CSLL as mesmas razões de decidir do lançamento de IRPJ, haja vista estarem apoiados nos mesmos elementos de convicção.

Observa-se que a decisão do órgão julgador *a quo* teve como seguintes **fundamentos**:

1. Quanto às razões apontadas para o aporte das ações preferenciais da CBD no Fundo Santa Rita, demonstrou a ausência de verossimilhança na alegação de que tal procedimento era uma providência necessária para evitar a desvalorização do referido ativo, bem como que as ações podiam (e foram, em 2014) ser vendidas em bloco, sem a participação de um fundo de investimento; obtendo-se os mesmos resultados e a mesma pretendida redução de riscos, mediante a diversificação de investimentos e operação profissional. Além disso, destacou que:

> "(...) caso as ações preferenciais da CBD tivessem sido aportadas ao FIA Santa Rita por seu adequado valor (valor de mercado), os benefícios esperados citados no parágrafo

> precedente também seriam igualmente atingíveis, o que acaba demonstrando que a estrutura de tal operação (integralização de cotas pelo valor contábil de participação societária) buscava outros objetivos."

2. Os julgadores, apesar de considerarem pertinentes os objetivos buscados pelo Grupo AD, entenderam que estes não se atrelavam "necessariamente ao aporte das ações da CBD ao FIA Santa Rita, e muito menos à inadequada valoração de tal valor mobiliário, quando de seu aporte a tal fundo de investimento".

3. Ao analisar a preparação do Fundo Santa Rita para receber o aporte das ações da CBD, concluiu a decisão que a mudança do administrador e a alteração estatutária que permite a integralização de cotas por meio de participações societárias não valoradas a valor de mercado são as condutas que possibilitaram a viabilização do planejamento tributário abusivo objeto da autuação.

4. Registrou o Acórdão que a integralização das cotas pelo valor de mercado era determinada pelo Ato Declaratório Interpretativo n° 7, de 2007, não sendo verídica a alegação de que apenas com a Medida Provisória n° 651, de 2004, tal procedimento teria se tornado obrigatório.

5. A decisão entendeu, ainda, que a verificação e conclusão da autoridade fiscal não invade a competência legal da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), nem destoa do disposto na Instrução Normativa CVM n° 438, de 2006, aplicável à contabilização das ações adquiridas (e não aportadas) pelos fundos de investimento.

6. Há, ademais, o apontamento de que as provas carreadas aos autos são contrárias às justificativas apresentadas pelo sujeito passivo quanto à maior adequação do administrador UBS; de que a alteração no Conselho Consultivo do Fundo Santa Rita se prestou a manter o Grupo AD no completo domínio do investimento, o que, inclusive, seria contraditório com a alegação de maior aumento na profissionalização da gestão dos investimentos; e de que a concordância com o aumento da taxa de administração decorreu do fato de a UBS permitir a realização do planejamento tributário engendrado.

7. O Acórdão considerou que o fato de a alienação das ações preferenciais da CBD não terem ocorrido logo após o aporte não valida a operação de aporte, uma vez que a artificialidade se refere à entrega das ações por valor em total dissonância com o vigente no mercado, acarretando uma verdadeira reavaliação de ativos. Não houve a consideração de pela fiscalização de que a alienação teria, de fato, sido realizada pelos cotistas.

8. Seria despropositada, portanto, a alegação de que a fiscalização teria tributado, em nome dos cotistas, os ganhos potenciais do Fundo Santa Rita, quando realizou a marcação a mercado das ações preferenciais da CBD nele aportadas.

9. Assim, apontaram os julgadores que a Recorrente buscou dupla vantagem fiscal na operação de aporte das ações da CBD ao Fundo Santa Rita:

> 1a: Postergar a tributação da valorização decorrente da diferença entre o valor contábil e de mercado das ações preferenciais da CBD detidas pelo Impugnante e aportadas no FIA Santa Rita (esta vantagem é indevida, vez que decorre de a operação de

integralização das cotas do fundo de investimento ter sido realizada por valores artificiais -dissonantes do mercado);

2a: Postergar a incidência do imposto de renda e da CSLL sobre o ganho de capital auferido pelo FIA Santa Rita em suas regulares operações (esta vantagem fiscal é permitida, vez que decorre da atual disciplina de tributação dos fundos de investimento).

10. Em resposta às críticas efetuadas na Impugnação, os julgadores a quo referendaram a aplicação do art. 438 do RIR/99, em relação à primeira infração.

11. Em relação à qualificação da multa de ofício, rejeitou todas as alegações da contribuinte, para concluir que a intenção fraudulenta exsurgiria dos valores artificiais utilizados nas operações.

12. O Acórdão considerou que a incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício está albergada no art. 61, §3°, da Lei n° 9.430, de 1996.

13. Manteve, ademais, a atribuição de responsabilidade tributária solidária ao administrador Abílio dos Santos Diniz, com base no art. 135, inciso III, do CTN, já que teria havido evidente infração à lei por meio do planejamento tributário abusivo, e que apenas o referido contribuinte deteria poderes para determinar a realização dos atos contestados.

14. Excluiu, porém, a solidariedade atribuída com base no art. 124, inciso I, do CTN, uma vez que não teria sido evidenciado qual seria o interesse comum do referido administrador nos fatos geradores dos tributos constituídos de ofício.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO DO CONTRIBUINTE

Inconformada com a decisão de 1ª Instância, o contribuinte interpôs recurso voluntário, em que apresenta, em síntese, as seguintes razões para a reforma da decisão *a quo*:

I) **Reconhecimento de Existência de Propósito Negocial pela DRJ e Necessidade de Cancelamento da Exigência Fiscal**: Conforme exposto em detalhes no tópico II. 1, a DRJ afastou a alegação da Autoridade Fiscal de que o aporte das ações no Fundo Santa Rita seria um ato simulado e que, portanto, esses ativos teriam sido efetivamente reavaliados pela Recorrente e não pelo FIA. Logo, era de rigor que fosse determinado o cancelamento dos autos de infração, já que não é possível a manutenção da exigência fiscal com base em critério jurídico distinto daquele eleito pela Autoridade Autuante.

De fato, não pode ser aceito o argumento inovador da DRJ, no sentido de que, apesar de válido o aporte das ações no FIA, a autuação fiscal deveria ser mantida em razão da Recorrente não ter observado o disposto no Ato Declaratório Interpretativo RFB n° 07/2007 (não mencionado pela Autoridade Fiscal).

II) **Contexto Econômico da Operação Realizada**: Conforme exposto em detalhes nos tópicos II.2, II.3.1 e II.3.2, o aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita está inserido no contexto de reestruturação dos

investimentos do Grupo AD frente aos conflitos travados contra o Grupo Casino (conforme reconhecido pela própria DRJ), não havendo que se falar, portanto, em planejamento tributário abusivo ou falta de propósito negocial.

Além disso, as transações realizadas não provocaram uma redução da carga tributária, dado que os ganhos auferidos pelo FIA Santa Rita serão tributados pela Recorrente pelo IRPJ/CSLL à alíquota de 34% e pelo PIS/COFINS à alíquota de 4,65% quando do resgate das cotas. Caso o objetivo fosse uma redução da carga tributária, os sócios da Recorrente teriam promovido uma redução do capital da Recorrente para que a venda das ações fosse operada pelas pessoas físicas, de modo que o ganho de capital fosse tributado à alíquota de 15%.

III) **Impossibilidade de Aplicação do Artigo 438 do RIR/99**: Nos termos do que foi exposto no tópico II.3.3.1, não houve, no caso concreto, qualquer reavaliação de participação societária pela Recorrente - o que é confirmado pela DRJ, a qual, no entanto, sustenta, de forma inovadora, que deveria ter ocorrido uma reavaliação.

Além disso, a partir da entrada em vigor da Lei n° 11.638/2007, foi alterada a redação do § 3o do artigo 182 da Lei das S/A, extinguindo-se a figura da "reserva de reavaliação" e, assim, a possibilidade de que as empresas realizassem, de forma espontânea, a reavaliação de seus ativos, o que foi inclusive reconhecido pela RFB na Solução de Consulta 19 - SRRF/63 RF/Disit. Logo, não era possível, do ponto de vista jurídico, que tivesse ocorrido uma reavaliação das ações preferenciais da CBD, sendo, portanto, nulos os autos de infração.

IV) **Legitimidade do Aporte das Ações Preferenciais da CBD pelo seu Valor Contábil**: Ainda que fosse possível a alteração do critério jurídico pela Autoridade Julgadora, o que, por óbvio, alega-se para argumentar, deve-se frisar que o Ato Declaratório Interpretativo RFB n° 07/2007 não pode ser aplicado em razão de ser ilegal , conforme detalhadamente explicitado no tópico II.3.3.2 e nos pareces acostados aos autos. De fato, a legislação fiscal somente passou a prever que ativos financeiros aportados em fundos de investimento deveriam ser avaliados pelo seu valor de mercado com o advento da Lei n° 13.043/2014.

Além disso, o Ato Declaratório Interpretativo RFB n° 07/2007 é incompatível com o fundamento dos autos de infração. De fato, tal ato dispõe sobre o critério de avaliação de ativos financeiros aportados em fundos de investimento. Contudo, o lançamento fiscal foi formalizado com base na alegação de que não teria ocorrido um aporte das ações no FIA - esse seria um ato simulado (o que foi afastado pela DRJ) -, não havendo que se falar, portanto, em avaliação dos ativos financeiros nessa transação.

Ademais, o referido ato declaratório interpretativo disciplina apenas o imposto de renda das pessoas físicas, não podendo ser aplicado ao imposto de renda das pessoas jurídicas e à contribuição social sobre o lucro, isto ainda que fosse válido. Neste sentido, admitindo-se que fosse válido para as pessoas físicas, sequer poderia ser adotado para as pessoas jurídicas

mediante o emprego da analogia, vedada expressamente pelo parágrafo Io do art. 108 do CTN.

V) **Tributação dos Rendimentos Auferidos em Fundos de Investimento**: No caso concreto, o que efetivamente ocorreu foi um aporte de ativos financeiros, a valor contábil, em um fundo de investimento, não havendo que se falar, portanto, em tributação de qualquer tipo de rendimento antes do resgate das cotas pela Recorrente, momento em que ocorrerá a realização da renda (tópico II.3.3.3).

VI) **Da Impossibilidade de Desconsideração Pela Fiscalização dos Negócios Jurídicos Praticados - Artigo 116 do CTN e Artigo 187 do Código Civil**: As Autoridades Fiscais não podem questionar atos praticados pelos contribuintes de acordo com a legislação com base na alegação de que esses configurariam um "planejamento tributário abusivo", realizado sem "propósito negocial", já que não há qualquer dispositivo legal no ordenamento jurídico que autorize esse procedimento. Ademais, no que diz respeito ao parágrafo único do artigo 116 do CTN, além desse não poder ser aplicado por ausência de sua regulamentação por lei ordinária, seu campo de aplicação está adstrito a casos de simulação, o que não se verificou no caso concreto, conforme reconhecido pela DPJ.

Ademais, não há como prevalecer a alegação de que teria ocorrido um abuso de direito, já que esse instituto de Direito Civil não é aplicável ao Direito Tributário e, mesmo no Direito Privado, a constatação de um abuso de direito não gera a invalidade do ato ou negócio jurídico praticado (tópico III.4).

VII) **Erro de Direito**: Ainda que as Autoridades Fiscais pudessem questionar os atos praticados pela Recorrente, o que se alega a título argumentativo, o que poderia ser questionado seria a tributação do ganho de capital na alienação das ações preferenciais da CBD pelo FIA Santa Rita, mas nunca a "marcação a mercado" desses ativos financeiros realizada pelo Fundo (tópico III.5).

VIII) **Impossibilidade de Ingerência do Fisco**: Apesar de os atos praticados pela Recorrente serem plenamente válidos, a DRJ alega que existiriam outras alternativas mais "interessantes" para alcançar os objetivos perseguidos pelo Grupo AD (reestruturação dos investimentos do Grupo AD). Contudo, como exposto no tópico II.6, existindo diferentes opções, todas válidas, o Fisco não pode exigir que o contribuinte realize as operações da forma que lhe gere a maior carga tributária. Além disso, existiam outras opções, não adotadas pela Recorrente, e que eram mais eficientes do ponto de vista fiscal (e.g. redução de capital e entrega dos ativos aos sócios).

IX) **Improcedência da Multa de Ofício Qualificada e Improcedência de Juros sobre a Multa**: Caso haja dúvida quanto à manutenção da autuação, requer-se que seja afastada a multa de ofício, nos termos do que dispõe o artigo 112 do CTN (tópico II.7). Além disso, não há qualquer possibilidade de ser mantida a exigência da multa qualificada, eis que não restou comprovada a existência de dolo. Deveras, no caso concreto,

quando muito, teria ocorrido uma divergência na interpretação da legislação fiscal (tópico II.8). Ademais, a exigência de multa de ofício qualificada no patamar de 150% viola o princípio da vedação ao confisco (tópico II.9). Por fim, não é cabível a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, em razão de ausência de disposição legal nesse sentido (11.10).

DO PEDIDO

a) Pelo exposto, a Recorrente requer a este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais o recebimento, conhecimento e provimento do presente Recurso Voluntário, para que, em razão do disposto na preliminar arguida (tópico II. 1), seja determinada, de plano, a reforma do acórdão recorrido e o cancelamento da exigência fiscal ou, ao menos, declarada a nulidade da decisão proferida pela DRJ, eis que é vedada a alteração do critério jurídico do lançamento fiscal pela Autoridade Julgadora.

b) Caso esse E. CARF não entenda dessa forma, o que se alega para argumentar, requer-se então que, em razão dos argumentos de mérito, seja reformada a decisão recorrida e cancelados integralmente os autos de infração originários do presente processo administrativo.

c) Ainda, caso não seja determinada a reforma integral do acórdão recorrido e o consequente cancelamento integral dos lançamentos tributários, o que novamente se alega a título argumentativo, requer-se, subsidiariamente (i) o reconhecimento dos erros cometidos pela Autoridade Fiscal na identificação do fato jurídico que fundamentou o presente lançamento; (ii) a exoneração da multa qualificada aplicada no percentual de 150%; (iii) ou, ao menos, que a multa de ofício qualificada seja reduzida para o percentual de 75%, de modo que não supere o valor do crédito tributário em questão, na esteira da jurisprudência do STF; e, por fim, caso não deferidos os pedidos anteriores; e (iv) a exoneração dos juros calculados sobre a multa de ofício.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO DO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO

Inconformada com a decisão de 1ª Instância, o Responsável Solidário Abílio dos Santos Diniz interpôs recurso voluntário, em que apresenta, em síntese, as seguintes razões para a reforma da decisão *a quo*:

- **Nulidade do Acórdão Recorrido diante da Inovação cometida pela Autoridade Julgadora:** Conforme exposto em detalhes no tópico II. 1, a

DRJ manteve a responsabilidade tributária do Recorrente nos termos do artigo 135 do CTN, por entender que teria sido comprovada a suposta ocorrência de infração à lei no presente caso. Ocorre que o fundamento utilizado no acórdão recorrido é distinto daquele apresentado pela Autoridade Fiscal (atribuição da responsabilidade pelo fato de o Recorrente ser sócio e administrador da Onyx), o que denota a inovação cometida pela Turma Julgadora. Por esse motivo, deve ser reconhecida a nulidade do acórdão ora recorrido por esse E. Conselho Administrativo.

- **Nulidade do Termo de Responsabilidade Tributária pela Falta de Motivação:** No tópico II.2 da presente defesa, restou-se demonstrado que o Termo de Responsabilidade Tributária padece de vícios de motivação, na medida em que não houve a necessária fundamentação para a atribuição da responsabilidade tributária ao Recorrente. A necessidade de cancelamento do referido Termo justifica-se pela ausência de indicação/demonstração de quais atos praticados com dolo pelo Recorrente se enquadrariam nas disposições contidas no caputào artigo 135 do CTN ("atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos").

  Da leitura do TVF, depreende-se que a responsabilidade tributária foi imputada pelo mero fato de o Recorrente ser sócio e administrador da Onyx, o que não pode ser admitido por esse E. CARF. Além disso, como mencionado (tópico II. 1), tal vício foi equivocadamente "sanado" pela Autoridade Julgadora ao alegar que teria ocorrido suposta "infração à lei" pelo Recorrente.

- **Incompatibilidade Entre a Tributação da Onyx como Devedora Principal e, Concomitantemente, a Responsabilidade de Terceiros:** Nos termos do tópico III.2.1, é evidente a impossibilidade de coexistência, em um mesmo auto de infração, o lançamento do crédito tributário em face da pessoa jurídica e de terceiros supostamente responsáveis com base no artigo 135, inciso III, do CTN, uma vez que a responsabilidade prevista no referido dispositivo legal é de natureza pessoal. Assim, não é possível prosperar os autos de infração originários do presente processo ou, ao menos, deverá ser cancelado o Termo de Responsabilidade Tributária.

- **Impossibilidade de Aplicação do Artigo 135, do CTN, no Presente Caso:** Como demonstrado no tópico III.2.2, o dolo é elemento indispensável para a aplicação da responsabilidade prevista no artigo 135 do CTN. Acontece que a nem Fiscalização tampouco o acórdão recorrido demonstraram quais atos personalíssimos foram praticados com dolo pelo Recorrente.

  Aliás, restou-se comprovada que tal demonstração jamais seria possível. Por exemplo, o Recorrente, no estrito exercício de suas funções como administrador e sócio da Onyx, foi diligente e buscou a contratação de pareces jurídicos sobre a futura operação a ser realizada pela empresa, inexistindo assim qualquer ato praticado com dolo. Além disso, a tentativa da Delegacia de Julgamento de desconsiderar a personalidade jurídica da Onyx para atingir, diretamente, o Recorrente, imputando-lhe supostas infrações à lei realizadas pela empresa, é evidentemente ilegal.

Ademais, conforme abordado no tópico III.2.3, também não merece prosperar a responsabilização do Recorrente pelo fato de não ter ocorrido qualquer ato praticado com "excesso de poderes", "infração de lei" ou "infração de contrato ou estatuto". Além de inexistir qualquer indicação de referido ato por parte da Autoridade Fiscal, comprovou-se que todas as condutas praticadas pelo Recorrente e pela Onyx foram realizadas na estrita legalidade.

- **Ad Argumentadunr. Impossibilidade de Responsabilização de Terceiros na Hipótese de Alegação de "Abuso de Direito":** Ainda que se entenda que a Autoridade Julgadora pode inovar os fundamentos contidos no lançamento fiscal, o que se admite a título de argumento, é certo que ainda assim não merece prosperar as alegações contidas no acórdão recorrido, na medida em que o "Abuso de Direito" não configura uma das hipóteses de responsabilidade previstas no artigo 135 do CTN (tópico II.2.4.).

  A Delegacia de Julgamento manteve a responsabilidade tributária do Recorrente não por ter infringido a legislação tributária, mas por supostamente tê-la abusado (parágrafo único do artigo 116 do CTN e regras do Código Civil - dispositivos citados pela DRJ), o que, como mencionado, não se trata de uma infração à lei, mas sim uma subversão de seu espírito. Em decorrência disso, não pode ser admitida a responsabilização do Recorrente com esse fundamento, tal como faz crer a DRJ.

- **Improcedência da Multa de Ofício Qualificada e Ilegalidade da Incidência do Juros de Mora sobre a Multa:** Não há qualquer possibilidade de ser mantida a exigência da multa qualificada, eis que não restou comprovada a existência de fraude ou dolo. Deveras, no caso concreto, quando muito, teria ocorrido uma divergência na interpretação da legislação fiscal. A alegação da DRJ de que teria ocorrido no presente caso um "abuso de direito" também não é suficiente para a qualificação da multa de ofício, na medida em que não se confunde com as figuras de sonegação, fraude e conluio (hipóteses de cabimento da multa qualificada) (tópicos III.3 e III.3.1).

  Ainda que se entenda pela manutenção da multa de ofício qualificada, é fato que ela jamais poderá ser exigida do Recorrente, em razão do Princípio da Pessoalidade da Pena (tópico III.4).

  Caso haja dúvida quanto à manutenção da autuação, requer-se que, ao menos, seja afastada a multa de ofício, nos termos do que dispõe o artigo 112 do CTN (tópico III.5). Por fim, a exigência de multa de ofício qualificada no patamar de 150% viola o princípio da vedação ao confisco (tópico III.6).

DO PEDIDO

a) Diante do exposto, reiterando-se e ratificando-se todos os argumentos expostos no Recurso Voluntário interposto pela Onyx, requer-se a esse E.

CARF o conhecimento e o provimento do presente Recurso Voluntário, para que seja determinada a nulidade do acórdão recorrido diante das inovações tecidas pela Autoridade Julgadora.

b) Caso assim não se entenda, o que se alega a título de argumento, o Recorrente requer o provimento do Recurso Voluntário para que se reconheça a nulidade do Termo de Responsabilidade Tributária, em razão do vício de fundamentação nele contido.

c) Ad argumentandum, pelas razões de mérito, deve-se prover o presente Recurso Voluntário, com a consequente reforma parcial da decisão recorrida e o reconhecimento da inexistência de responsabilidade tributária no presente caso, com base no artigo 135, inciso III, do CTN, cancelando-se integralmente o Termo de Responsabilidade Tributária lavrado em face do Recorrente.

d) Ainda, caso não seja determinada a reforma parcial do acórdão recorrido e o consequente cancelamento do Termo de Responsabilidade Tributária, o que novamente se alega a título argumentativo, requer-se, subsidiariamente (i) a exoneração da multa qualificada aplicada no percentual de 150%; (ii) ou que a multa não seja exigida do Recorrente, em razão do Princípio da Pessoalidade da Pena; (iii) ou, ao menos, que a multa de ofício qualificada seja reduzida para o percentual de 75%, de modo que não supere o valor do crédito tributário em questão, na esteira da jurisprudência do STF.

DAS CONTRARRAZÕES DA PGFN AO RECURSO VOLUNTÁRIO

Em 24/08/2016, a Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões ao Recurso Voluntário, requerendo que seja negado provimento ao recurso interposto pela Recorrente, em síntese, pelos seguintes fundamentos:

1) inexistiu qualquer alteração de critério jurídico no Acórdão recorrido;

2) o histórico de como se deu a saída do grupo AD do bloco de controle da CBD, apesar de interessante, não tem relevância para determinar a procedência, ou não, do presente lançamento;

3) Caso as ações preferenciais da CBD tivessem sido aportadas ao FIA Santa Rita por seu adequado valor (valor de mercado) todos os objetivos pretendidos pelo Grupo AD teriam sido igualmente atingidos, o que demonstra que a estrutura de tal operação (integralização de cotas pelo valor contábil de participação societária) nada tinha a ver com os objetivos econômicos/empresariais/societários do grupo, e sim com a vantagem da não-tributação do ganho referente aos ativos naquele momento (do aporte), e nem mesmo depois de sua alienação (que ocorreu poucos meses depois),

4) a proporcionalidade entre os cotistas do Fundo Santa Rita "foi conseguida à custa da retirada de investidores anteriores, aportes e resgates de recursos financeiros dos novos investidores, NA EXATA MEDIDA NECESSÁRIA

PARA GERAR A PROPORÇÃO QUE TORNARIA INÓCUA, para os participantes (mas não para o Fisco), a artificialidade do valor atribuído às ações CBD no aporte. Além disso, houve a troca do administrador do Fundo, do BTG para o UBS, possibilitando não apenas o aporte de ativos não avaliados a preços de mercado, como também que as decisões relevantes do Fundo fossem feitas, na prática, pelos próprios cotistas;

5) a isenção das carteiras dos fundos de investimento não se estende a ponto de isentar os cotistas de tributar a reavaliação necessária dos ativos mobiliários no momento de seu aporte;

6) o Ato Declaratório Interpretativo n° 07, de 2007, "não promove qualquer alteração no ordenamento jurídico, mas apenas e tão somente manifesta conclusão que emerge da interpretação sistemática do ordenamento tributário";

7) o art. 23 da Lei n° 9.249, de 1995, seria regra excepcional que permitiria a integralização de capital de pessoa jurídica em bens ou direitos pelo valor constante da declaração da pessoa física, em lugar do valor de mercado, como seria o natural;

8) Não havendo lei específica admitindo a transferência de bens a valor contábil, o valor a ser considerado é o preço efetivo da coisa, o seu valor presente, isto é, o seu valor de mercado;

9) as instruções da CVM determinam, como regra, que os aportes aos Fundos de Investimento sejam realizados em moeda corrente, de modo que, quando realizados por meio de ativos, devem ser admitidos pelo valor de sua expressão em moeda corrente, ou seja, pelo valor de mercado;

10) é insólita a idéia de que os rigores da legislação do mercado de capitais na avaliação dos ativos que compõem os fundos de investimento somente se apliquem após a realização dos aportes;

11) A admissão de ativos a valores alheios ao de mercado, que a recorrente quer seja reconhecida legítima, só poderia prosperar em hipóteses como a dos autos, em que o Fundo é completamente subordinado a um único interesse (no caso, o do Grupo AD). Estando todos os integrantes do fundo participando do conluio, a utilização de valores artificiais não acarreta prejuízos ou ganhos (a não ser ao Fisco), já que nesse caso é possível realizar os ajustes necessários, antes do aporte artificialmente avaliado, que poderia em tese causar desequilíbrio;

12) o acórdão exarado no processo CVM n° RJ-2006-7837 concluiu que "o aporte de títulos ou valores mobiliários deve necessariamente se dar pelo seu valor de mercado, a menos que se fizesse presente alguma circunstância excepcional devidamente justificada";

13) a Medida Provisória n° 651, de 2014, apenas reconhece que o ganho de capital é devido e estabelece a responsabilidade do administrador do fundo sobre o recolhimento do imposto correspondente;

14) a CVM não audita e ratifica todos os atos praticados pelos agentes do mercado, e o novo regulamento do Fundo Santa Rita não era detalhado sobre a valoração dos bens entregues em integralização das cotas;

15) art. 438 do RIR/99 é plenamente aplicável ao caso e a reavaliação de ativos configura, no mínimo, disponibilidade jurídica de renda;

16) o aporte de ações preferenciais da CBD ao FIA Santa Rita por valor assaz dissonante da real dimensão econômica de tal ativo caracteriza uma prática abusiva, evidentemente dolosa", que justificaria a aplicação da multa qualificada;

17) o voto de qualidade tem previsão legal e não possui correlação com o art. 112 do CTN;

18) a vedação ao confisco é alegação de cunho constitucional que, na esfera administrativa, não pode se sobrepor à disposição de lei vigente;

19) a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício é matéria pacificada no âmbito do CARF.

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS

DA ADMISSIBILDIADE DOS RECURSOS

O contribuinte foi cientificado da decisão de primeira instância, por via eletrônica, em 11 de abril de 2018 (fls. 2181), tendo apresentado Recurso Voluntário em 09 de maio de 2018, dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

O Recurso do contribuinte é assinado física e digitalmente por Procuradores, devidamente constituídos.

O responsável tributário, por sua vez, foi cientificado da decisão de primeira instância, por via eletrônica, em 11 de abril de 2018 (fl. 2182), tendo apresentado Recurso Voluntário em 10 de maio de 2018, dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias acima referido.

O Recurso do responsável é assinado por Procuradores, devidamente constituídos.

A matéria objeto dos Recursos está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Art. 2º, incisos I e IV, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015.

Diante do exposto, os Recursos Voluntários são tempestivos e preenchem os requisitos de admissibilidade, portanto, deles conheço.

DAS PRELIMINARES

DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DE IMPUNGAÇÃO

Os Recorrentes suscitam a nulidade da decisão de primeira instância, posto que teria ocorrido a alteração dos critérios jurídicos utilizados no lançamento.

Alegam que a DRJ afastou a alegação da Autoridade Fiscal de que o aporte das ações no Fundo Santa Rita seria um ato simulado e que, portanto, esses ativos teriam sido efetivamente reavaliados pela Recorrente e não pelo FIA. Logo, era de rigor que fosse determinado o cancelamento dos autos de infração, já que não é possível a manutenção da exigência fiscal com base em critério jurídico distinto daquele eleito pela Autoridade Autuante.

Afirmam que não pode ser aceito o argumento inovador da DRJ, no sentido de que, apesar de válido o aporte das ações no FIA, a autuação fiscal deveria ser mantida em razão da Recorrente não ter observado o disposto no Ato Declaratório Interpretativo RFB n° 07/2007 (não mencionado pela Autoridade Fiscal).

Conforme o Termo de Verificação Fiscal, o contribuinte, em conjunto com outras duas empresas do mesmo grupo econômico, realizaram um planejamento tributário abusivo visando omitir a valorização, a valores de mercado, da participação societária detida como mero aporte das ações em um fundo de ações. As outras duas empresas do grupo que realizaram a mesma operação foram a Península Participações S/A, CNPJ 58.292.210/0001-80, e a Paic Participações Ltda., CNPJ 61.550.182/0001-69.

Para a autoridade fiscal, ao realizar o aporte das ações preferenciais da CBD no Fundo Santa Rita, o Grupo Abílio Diniz "pretendeu dissimular a reavaliação dessa participação societária, e a consequente tributação sobre o ganho nessa valorização, transferindo essa valorização para dentro do fundo de ações, em que a tributação se daria apenas por ocasião de um eventual resgate de cotas".

E, ainda, a "diferença entre o valor do aporte de R$ 31,25/ação e o valor de ajuste a mercado das ações da CBD no dia 17/12, de R$ 93,87/ação, ficou com a tributação

postergada, já que, pela legislação, não haveria tributação nos ganhos das operações do fundo naquele momento".

Por sua vez, o Acórdão de Impugnação, traz as seguintes conclusões:

> Apesar da perfeita regularidade do motivo determinante para a alienação da posição acionária anteriormente mantida pela família Diniz na CBD**, a autuação funda-se na artificialidade da operação que culminou com a entrega de ações preferenciais da CBD, avaliadas a valor contábil, na integralização das cotas do FIA Santa Rita**. De fato, a fiscalização aponta que, quando do aporte destes valores mobiliários no FIA Santa Rita, o Impugnante buscou evitar a tributação da valorização verificada entre o valor contábil do investimento realizado na aquisição das ações da CBD *(PCAR4)* e seu valor de mercado *(cotação da ação PCAR4 na Bolsa de Valores de São Paulo)*, na data de integralização das cotas deste fundo de investimento.
>
> [...]
>
> Assim, já se coloca uma questão, na própria peça defensiva: estamos perante uma operação que não visou qualquer vantagem fiscal ou os atos praticados buscaram a redução da carga tributária? Conforme veremos a seguir, **é evidente a nítida finalidade fiscal da operação, notadamente pela artificialidade do aporte de ações no FIA Santa Rita ter sido empreendido por valor assaz dissonante da real dimensão econômica de tais ativos**.
>
> [...]
>
> **Destarte, em perfeita consonância com o raciocínio exposto pela fiscalização, parece-me evidente que o aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita não era uma operação necessária para se evitar perdas na alienação de tal ativo**.
>
> [...]
>
> Apesar de ser evidente que tais objetivos são passíveis de obtenção pelo aporte de recursos em fundo de investimento em ações, **novamente concordo com o destaque feito pela fiscalização acerca da desnecessidade da alienação das ações preferenciais da CBD ser realizada pelo FIA Santa Rita para que fosse obtido tal desiderato**.
>
> [...]
>
> Destarte, até o presente momento, **não se vislumbra razões negociais bastantes para o aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita com base em seu valor contábil**, pois os mesmos benefícios esperados com tal operação seriam facilmente atingidos pela venda direta de tais valores mobiliários, com posterior aporte do produto de tal alienação no mesmo fundo de investimento, ou mediante o aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita por seu correto valor.
>
> [...]
>
> Neste ponto, **em consonância com o entendimento veiculado pela fiscalização**, entendo que as alterações realizadas no FIA Santa Rita, que permitiram o desejado aporte das ações preferenciais da CBD por valor contábil, em vez da constituição de um novo FIA, foram empreendidas para buscar atribuir um "ar de normalidade" à operação realizada. De fato, a constituição de um FIA específico para viabilizar a operação desejada traria certamente maior evidência de que haveria algum intento oculto na referida operação.
>
> [...]
>
> **Na visão da fiscalização, que se entende irrepreensível e em perfeita consonância com o entendimento prestigiado no Ato Declaratório Interpretativo RFB nº.**

> **7/2007**, o Impugnante deveria ter avaliado as ações da CBD a mercado, antes de aportá-las ao FIA Santa Rita. Essa reavaliação seria imperiosa, conforme já vimos, para que tal operação fosse realizada por valores corretos, ou seja, sem artificialidade. E, neste ponto, para fins da autuação, é completamente irrelevante que o Impugnante não tenha empreendido tal reavaliação em sua escrita contábil (ou na sistemática do Regime Tributário de Transição - RTT).
>
> [...]
>
> **De fato, conforme já vimos, quando o sujeito passivo realiza a prática de atos ou negócios sem motivação extratributária, é dever da fiscalização apontar qual é a efetiva natureza econômica da operação. E a fiscalização fez exatamente isso no caso vertente**: se inexistente o planejamento tributário abusivo descrito no Termo de Verificação Fiscal, o Impugnante teria que reavaliar as ações preferenciais da CBD que detinha em seu ativo, antes de aportá-las ao FIA Santa Rita. Logo, a valorização tributável seria afeta a tais valores mobiliários (e não às cotas do fundo de investimento).

Observa-se que em nenhum momento a decisão de 1ª Instância afastou os fundamentos utilizados pela autoridade fiscal, também, não reconheceu a existência de propósito negocial ou a ausência de simulação no caso concreto.

O Acórdão recorrido trouxe outras alegações em manifestação aos razões trazidas na Impugnação. Por exemplo, quanto ao ADI nº 7/07 foi a própria recorrente que trouxe essa argumentação através de pareceres colacionados à sua impugnação, logo tendo o Acórdão de 1ª Instância se manifestado sobre a aplicação do referido ato interpretativo não configura inovação nos fundamentos do auto de infração.

Conforme o Colegiado de 1ª Instância a conduta da fiscalização encontra-se em perfeita consonância com o com o entendimento prestigiado no Ato Declaratório Interpretativo RFB nº. 7/2007, *in verbis*:

> Na visão da fiscalização, que se entende irrepreensível e em perfeita consonância com o entendimento prestigiado no Ato Declaratório Interpretativo RFB nº. 7/2007, o Impugnante deveria ter avaliado as ações da CBD a mercado, antes de aportá-las ao FIA Santa Rita. Essa reavaliação seria imperiosa, conforme já vimos, para que tal operação fosse realizada por valores corretos, ou seja, sem artificialidade. E, neste ponto, para fins da autuação, é completamente irrelevante que o Impugnante não tenha empreendido tal reavaliação em sua escrita contábil (ou na sistemática do Regime Tributário de Transição - RTT).

Entende-se que o fato de a autoridade julgadora se referir ao Ato Declaratório Interpretativo nº 07, de 2007, não constitui qualquer inovação de critério jurídico.

Constata-se que não tem razão os recorrentes em suas alegações, pois o acordão recorrido nem afastou nem inovou os fundamentos do auto de infração, pelo contrário, confirmou todos eles.

Carece de fundamento o pedido para o cancelamento integral dos autos de infração originários desse processo administrativo, pois, somente para argumentar, caso o Acórdão da DRJ fosse cancelado, esse fato não alcançaria atos pretéritos, ou seja, não acarretaria o cancelamento dos autos de infração.

Diante do exposto, devem ser afastados todos os argumentos da recorrente e do responsável tributário no sentido da nulidade do acordão recorrido e dos autos de infração. Portanto voto por rejeitar rejeita-se a preliminar de nulidade do acórdão de impugnação.

DO MÉRITO

A acusação fiscal consiste no entendimento que a recorrente, em conjunto com outras duas empresas do mesmo grupo econômico (Península Participações S/A, CNPJ 58.292.210/0001-80, e a Paic Participações Ltda., CNPJ 61.550.182/0001-69), realizaram um planejamento tributário abusivo **visando omitir a valorização**, **a valores de mercado**, da participação societária detida como mero aporte das ações em um fundo de ações.

A Autoridade Fiscal concluiu que, em vista dos vários fatos praticados pela fiscalizada, dentro do seu planejamento para transferir as ações preferenciais da CBD como integralização de cotas no FIA Santa Rita, que o único propósito foi o de alienar esses ativos a valor de mercado com a utilização artificiosa de investimentos em Fundo de Investimentos em Ações para lograr benefício fiscal que não seria obtido pelo curso natural das operações dessa natureza.

A Fiscalização constatou que fato houve a **reavaliação da participação societária detida na CBD** (Art 438 do RIR/99), dissimulada na aplicação de investimento em fundo de ações. A partir dessas conclusões, o ganho obtido na reavaliação de participação societária observada, realizada em 17/12/2012, foi lançado conforme demonstrativo a seguir

Descrição	Valores (R$)
Cotação de fechamento das ações CBD em 17/12/2012	93,87
Quantidade de ações integralizadas	20.784.204
Valor de Mercado das Ações CBD em 17/12/2012	1.951.013.229,48
Custo das ações na contabilidade	649.527.668,35
Reavaliação a ser lançada	1.301.485.561,13

:

Por sua vez, a Recorrente alega que o aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita está inserido no contexto de reestruturação dos investimentos do Grupo AD frente aos conflitos travados contra o Grupo Casino (conforme reconhecido pela própria DRJ), não havendo que se falar, portanto, em planejamento tributário abusivo ou falta de propósito negocial. Afirma a legitimidade do aporte das ações preferenciais da CDB pelo seu **valor contábil**.

Afirma a Recorrente que não houve, no caso concreto, qualquer reavaliação de participação societária pela Recorrente - o que, no seu entendimento, é confirmado pela DRJ, a qual, no entanto, sustenta, de forma inovadora, que deveria ter ocorrido uma reavaliação.

A Recorrente argumenta a impossibilidade de aplicação do art. 438 do RIR/99, pois não houve , no caso concreto, qualquer reavaliação de participação societária pela Recorrente. Além disso, a partir da entrada em vigor da Lei n° 11.638/2007, foi alterada a redação do § 3o do artigo 182 da Lei das S/A, extinguindo-se a figura da "reserva de reavaliação" e, assim, a possibilidade de que as empresas realizassem, de forma espontânea, a reavaliação de seus ativos.

O mérito da autuação depende de se responder a duas questões relacionadas à infração imputada à recorrente de omissão de receitas não operacionais caracterizada pela não contabilização da reavaliação de participação societéria:

I. A possibilidade de o sujeito passivo realizar a integralização de cotas no Fundo Santa Rita, por meio das ações da CBD avaliadas pelo seu **valor contábil**, em lugar do valor de mercado.

II. O caso concreto correponde à reavaliação de participação societária pela Recorrente, ou seja, os fatos se enquadram ao dispositivo do Art. 418 do RIR/99.

Verifica-se que a 2ª Turma Ordinária / 3ª Câmara / 1ª Seção do Julgamento do Carf já se pronunciou sobre essas mesmas questões através do Acórdão 1302-003.719, Relator Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, tendo como Recorrentes Península Participações (empresa do mesmo grupo econômico da recorrente) e Fazenda Nacional, cujos fundamentos são reproduzidos a seguir:

> **II.5 DO GANHO DE CAPITAL NA INTEGRALIZAÇÃO DE AÇÕES**
>
> O cerne da discussão referente à primeira infração constatada pela autoridade fiscal diz respeito à possibilidade de o sujeito passivo realizar a integralização de cotas no Fundo Santa Rita, por meio das ações da CBD avaliadas pelo seu valor contábil, em lugar do valor de mercado.
>
> **II.5.1 - Dos Fundos de Investimento**
>
> O funcionamento dos Fundos de Investimento é regulado pela Instrução Normativa CVM n° 409, de 2004, que, em seu art. 2°, assim define tais instrumentos:
>
> > Art. 2°. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros, observadas as disposições desta Instrução.
>
> Trata-se, portanto, em essência, de um condomínio de investidores que aportam os seus recursos para serem utilizado em investimentos em "ativos financeiros admitidos a negociação em bolsa de valores, de mercadorias e futuros, ou

registrados em sistema de registro, de custódia ou de liquidação financeira devidamente autorizado pelo Banco Central do Brasil ou pela CVM, nas suas respectivas áreas de competência"" (art. 2°, §3°).

Dentre outros benefícios, os Fundos de Investimento possibilitam que os recursos sejam investidos no mercado de capitais por pessoas jurídicas devidamente habilitadas para tanto, conforme exigência do art. 3° da referida Instrução Normativa:

> Art. 3° O fundo será constituído por deliberação de um administrador que preencha os requisitos estabelecidos nesta Instrução, a quem incumbe aprovar, no mesmo ato, o regulamento do fundo.
>
> Parágrafo único. Podem ser administradores de fundo de investimento as pessoas jurídicas autorizadas pela CVM para o exercício profissional de administração de carteira, nos termos do art. 23 da Lei n.° 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

Ao aportar recursos no Fundo de Investimento, o investidor passa a ser detentor de cotas do referido Fundo, correspondentes a frações ideais do seu patrimônio e cujo valor é calculado pela "divisão do valor do patrimônio líquido pelo número de cotas do fundo, apurados, ambos, no encerramento do dia, assim entendido, para os efeitos desta Instrução, o horário de fechamento dos mercados em que o fundo atue" (art. 10, §2°).

O aspecto mais relevante, no caso sob análise, diz respeito à integralização das cotas, regulada pelo art. 14 da IN CVM n° 409, de 2014:

> Art. 14. Na emissão das cotas do fundo deve ser utilizado o valor da cota do dia ou do dia seguinte ao da efetiva disponibilidade, pelo administrador ou intermediário, dos recursos investidos, segundo o disposto no regulamento.
>
> Parágrafo único. A integralização do valor das cotas do fundo deve ser realizada em moeda corrente nacional, ressalvada a hipótese do inciso I do art. 110.

Como se constata, a regra é que as integralizações sejam realizadas em moeda corrente nacional, sendo que o art. 110, inciso I, da referida norma cria hipótese de exceção:

> Art. 110. O fundo destinado exclusivamente a investidores qualificados, desde que previsto em seu regulamento, pode:
>
> I - admitir a utilização de ativos financeiros na integralização e resgate de cotas, com o estabelecimento de critérios detalhados e precisos para adoção desses procedimentos, atendidas ainda, quando existirem, as correspondentes obrigações fiscais;
>
> **• Inciso I com redação dada pela Instrução CVM n° 522, de 8 de maio de 2012.**

Como se observa a referida exceção é aplicável apenas aos chamados investidores qualificados, conforme definidos no art. 109 da mesma Instrução Normativa:

Art. 109. Para efeito do disposto no artigo anterior, são considerados investidores qualificados:

> I - instituições financeiras;
>
> II - companhias seguradoras e sociedades de capitalização;
>
> III - entidades abertas e fechadas de previdência complementar;

> IV - pessoas físicas ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor qualificado mediante termo próprio, de acordo com o Anexo I;
>
> V - fundos de investimento destinados exclusivamente a investidores qualificados;
>
> VI - administradores de carteira e consultores de valores mobiliários autorizados pela CVM, em relação a seus recursos próprios;
>
> VII - regimes próprios de previdência social instituídos pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou por Municípios.

II.5.2 - Do valor de integralização das cotas segundo a CVM

No caso dos autos, a discordância entre a autuada e a autoridade fiscal se dá exatamente em relação ao valor que deve ser atribuído aos ativos financeiros na integralização de cotas de Fundos de Investimento realizada com base na permissão do art. 110, inciso I, da Instrução Normativa CVM n° 409, de 2004.

Para o sujeito passivo, não havendo norma expressa que determine a utilização do valor de mercado dos ativos financeiros, seria possível a utilização do valor contábil, como por ela realizado.

Para a autoridade fiscal, no que foi referendada pela decisão recorrida, necessariamente, o valor a ser utilizado deve ser o de mercado.

Creio que a menção a mais alguns dispositivos normativos pode auxiliar na definição da questão.

Em primeiro lugar, os arts. 38-A e 38-D da IN CVM n° 409, de 2004, dispõem que as informações divulgadas pelos administradores de Fundos de Investimento devem, dentre outras características, ser "verdadeiras, completas, consistentes e não induzir o investidor a erro" e "úteis à avaliação do investimento'. A divulgação das informações deve, ainda, ser "abrangente, equitativa e simultânea para todos os cotistas" (art. 38-C).

Já o art. 41, ao tratar sobre as disposições obrigatoriamente contidas no regulamento dos Fundos de Investimento, inclui, no seu inciso VI, a política de investimento, a qual, dentre outros itens, deve conter (incisos III e IV do §1° do citado dispositivo):

> III - o percentual máximo de aplicação em ativos financeiros de um mesmo emissor, observados os limites do art. 86 desta Instrução; e
>
> • **Inciso III com redação dada pela Instrução CVM n° 522, de 8 de maio de 2012.**
>
> IV - o propósito do fundo de realizar operações em valor superior ao seu patrimônio, com a indicação de seus níveis de exposição em mercados de risco.

O art. 68 da IN em questão também obriga o administrador do fundo a "divulgar, diariamente, o valor da cota e do patrimônio líquido do fundo aberto".

Os arts. 85 e 86 da mesma norma estabelecem limites para a carteira dos Fundos, por tipo de ativo financeiro e por emissor:

> Art. 85. O fundo deve manter seu patrimônio aplicado em ativos financeiros, conforme definição do art. 2°, nos termos estabelecidos em seu regulamento, observados os limites de que trata esta Instrução.
>
> § 1° Observado o disposto nos §§ 5° e 6° do artigo 2°, o fundo poderá manter em sua carteira ativos financeiros negociados no exterior, nas seguintes condições:
>
> I - ilimitadamente, para os fundos classificados como "Dívida Externa" e para os fundos de qualquer classe que atendam o disposto no artigo 110-B;
>
> II - até 20% (vinte por cento) de seu patrimônio líquido para os fundos classificados como "Multimercado"; e
>
> III - até 10% (dez por cento) de seu patrimônio líquido, para os casos não contemplados nos incisos I e II acima.
>
> **•§ 1° com redação dada pela Instrução CVM n°465, de 20 de fevereiro de 2008.**
>
> § 2° As aplicações em ativos no exterior, serão consideradas, cumulativamente, no cálculo dos correspondentes limites de concentração por emissor e por modalidade.
>
> (...)
>
> Art. 86. O fundo observará os seguintes limites de concentração por emissor, sem prejuízo das normas aplicáveis à sua classe (art. 92):
>
> I - até 20% (vinte por cento) do patrimônio líquido do fundo quando o emissor for instituição financeira autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil; e
>
> II - até 10% (dez por cento) do patrimônio líquido do fundo quando o emissor for companhia aberta;
>
> III - até 10% (dez por cento) do patrimônio líquido do fundo quando o emissor for fundo de investimento;
>
> IV - até 5% (cinco por cento) do patrimônio líquido do fundo quando o emissor for pessoa física ou pessoa jurídica de direito privado que não seja companhia aberta ou instituição financeira autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil; e V - não haverá limites quando o emissor for a União Federal.

Todos os referidos dispositivos, e mais outros que poderiam ser citados, apenas da IN CVM n° 409, de 2004, revelam a impossibilidade de se acatar como normal que o Fundo de Investimento considere, na integralização de cotas, qualquer valor diferente do efetivo valor de mercado dos ativos financeiros que receber.

Como se constata, o valor utilizado terá efeito direto no valor do patrimônio líquido do Fundo, no valor de cada cota, na participação percentual do cotista e na proporção de determinado ativo dentro da carteira do Fundo.

Acatar uma cotação que não corresponde ao efetivo valor dos ativos provocará distorção nas referidas informações, em prejuízo aos demais cotistas, à análise da observância dos limites impostos pela legislação e às informações aos potenciais investidores.

Não apenas isso, mas, passando à Instrução Normativa CVM n° 438, de 2006, que aprova o Plano Contábil dos Fundos de Investimento, temos, no item 7.2 da Seção 1 do Capítulo 1, que "**O Patrimônio Líquido, apurado na periodicidade estabelecida na regulamentação específica, deve demonstrar a real situação patrimonial do Fundo**".

E, no item 1 da Seção 2 do mesmo Capítulo:

> 1- Os ativos integrantes das carteiras dos fundos de investimento devem ser registrados pelo valor efetivamente contratado ou pago, e ajustados, diariamente, ao valor de mercado, reconhecendo-se contabilmente a valorização ou a desvalorização em contrapartida à adequada conta de receita ou despesa, no resultado do período.
>
> 2- Considera-se preço de mercado o valor que se pode obter com a negociação do título ou valor mobiliário em um mercado ativo, em que comprador e vendedor sejam independentes, sem que corresponda a uma transação compulsória ou decorrente de um processo de liquidação. Por sua vez, define-se mercado como aquele em que o ativo é negociado de maneira habitual e freqüente, devendo ser selecionado, dentre os eventuais mercados disponíveis, aquele em que ocorrer o maior volume de negociações do ativo.

Ou seja, é inerente ao funcionamento dos Fundos de Investimento (na verdade, é inerente ao mercado de capitais), que os ativos integrantes de sua carteira reflitam o valor a eles atribuído pelo mercado.

O dispositivo acima transcrito, inclusive, determina que essa "marcação a mercado" seja realizada diariamente.

Ao tratar da marcação a mercado, José Maria Porto, chama à atenção para os objetivos visados com tal procedimento, que refletem exatamente tudo quanto já exposto[1]:

> Segundo o Código de Autorregulação da Anbima para a Indústria de Fundos de Investimento, a MaM tem como principal objetivo evitar a transferência de riqueza entre os diversos cotistas do fundo e dar maior transparência aos riscos embutidos nas posições, uma vez que as oscilações de mercado dos preços dos ativos, ou dos fatores determinantes destes, estarão refletidas nas cotas, melhorando assim a comparabilidade entre suas performances.
>
> A MaM contempla também os seguintes objetivos:
>
> • Garantir que os resultados apurados pelos ad ministradores de carteira e gestores de fundos evidenciem o preço efetivo dos ativos que os compõem, refletindo o real valor do patrimônio do fundo.
>
> • Garantir que os investimentos tenham, de maneira uniforme, assegurada sua rentabilidade.
>
> • Permitir que as variações nos preços dos ativos (volatilidade, risco) sejam reconhecidas, mesmo que esses ativos não tenham sido negociados.
>
> • Conformidade com os padrões contábeis internacionais.

É totalmente absurdo, portanto, que se admita, como pretendem os Recorrentes, que todo o discorrido valha apenas após a integralização de cotas por meio de ativos financeiros, mas não no exato instante de tal integralização.

Evidente que tal procedimento distorceria completamente o valor do patrimônio líquido do Fundo e, consequentemente, das suas cotas.

Como vista acima, no item 1.1 da Seção 2 do Capítulo 1 da IN CVM n° 438, de 2006, o valor de registro dos valores integrantes das carteiras do Fundo devem ser aqueles "**efetivamente contratado ou pago**".

Na hipótese usual, tais ativos somente passam a integrar as referidas carteiras quando os Fundos os contratam ou adquirem em moeda corrente nacional.

Na situação específica tratada no art. 110, inciso I, da IN CVM n° 409, de 2004, a "contratação ou pagamento" se dará por meio de cotas do Fundo. E qual será o

[1] Manual dos mercados financeiros e de capitais. São Paulo: Atlas, 2015, p. 125.

preço? Obviamente o valor de mercado dos ativos financeiros aportados ao Fundo.

O disparate da pretensão dos Recorrentes fica evidente quando se observa que, exigindo a norma em questão, como regra, a integralização em moeda corrente, o procedimento geral (obrigatório para todos os investidores não qualificados) seria o de alienar os seus ativos financeiros (onde, obviamente, o valor seria o de mercado), para, então, utilizar o produto de referida alienação na integralização das cotas.

A regra para os investidores qualificados visa, então, facilitar as operações (de grande monta, conforme a definição de tal categoria de investidores), evitando a alienação prévia.

A regra, contudo, não pode ser vista como um permissivo para que os referidos investidores, apenas porque não realizaram a conversão dos ativos em moeda corrente nacional, atribuam aos mesmos um valor distinto daquele que seria obtido em tal alienação prévia.

Não pode ser acatado, portanto, que a norma vise a distorcer completamente o funcionamento do mercado de capitais com a utilização de um valor descolado do praticado no referido mercado.

Não é por outra razão que a CVM, quanto consultada, no processo CVM n° RJ-2006-7837, sobre a possibilidade de integralização de cotas de fundos de investimento "pela transferência dos títulos de emissão do Tesouro Nacional por seu valor de emissão corrigido, ou seja, sem ajuste ao preço de mercado", decidiu pela impossibilidade da referida conduta. A decisão teve como embasamento manifestações da Superintendência de Relações com Investidores Institucionais (SIN) e da Superintendência de Normas Contábeis e de Auditoria (SNC) daquela Comissão, transcritas, respectivamente, a seguir:

> que a integralização de cotas de fundos com títulos ou valores mobiliários deve ser feita pelo valor de mercado do ativo que está sendo usado na operação, ou, na ausência de mercado ativo, pelo valor provável de realização.
>
> opinou a favor da avaliação a preços de mercado, compartilhando o posicionamento da GMA-3 (fls. 13).

E não se alegue, como faz a Recorrente, no documento apresentado às vésperas deste julgamento, que a conclusão se refere, exclusivamente, a Fundos de Investimento Fechados Destinados aos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS. Apesar de a consulta que gerou o referido processo tratar de Fundos desta natureza, de modo que se cogita da existência de regras específicas por parte do Ministério da Previdência Social, a conclusão acima expressa o posicionamento das instâncias da CVM.

Fora de dúvidas, portanto, que, do ponto de vista da legislação que rege o funcionamento dos Fundos de Investimentos, a integralização de cotas realizadas por meio de ações deve tomar por base o valor de mercado de tais ativos financeiros.

II.5.3 - Da legislação societária

O art. 183 da Lei n° 6.404, de 1976, disciplina a forma de avaliação dos elementos integrantes do ativo de uma pessoa jurídica, cabendo destacar:

> Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios:
>
> I - as aplicações em instrumentos financeiros, inclusive derivativos, e em direitos e títulos de créditos, classificados no ativo circulante ou no realizável a longo prazo: (Redação dada pela Lei n° 11.638,de 2007)
>
> a) pelo seu valor justo, quando se tratar de aplicações destinadas à negociação ou disponíveis para venda; e (Redação dada pela Lei n° 11.941, de 2009)
>
> b) pelo valor de custo de aquisição ou valor de emissão, atualizado conforme disposições legais ou contratuais, ajustado ao valor provável de realização, quando este for inferior, no caso das demais aplicações e os direitos e títulos de crédito; (Incluída pela Lei n° 11.638,de 2007)
>
> (...)
>
> III - os investimentos em participação no capital social de outras sociedades, ressalvado o disposto nos artigos 248 a 250, pelo custo de aquisição, deduzido de provisão para perdas prováveis na realização do seu valor, quando essa perda estiver comprovada como permanente, e que não será modificado em razão do recebimento, sem custo para a companhia, de ações ou quotas bonificadas;
>
> (...)
>
> § 1o Para efeitos do disposto neste artigo, considera-se valor justo: (Redação dada pela Lei n° 11.941, de 2009)
>
> (...)
>
> c) dos investimentos, o valor líquido pelo qual possam ser alienados a terceiros.
>
> d) dos instrumentos financeiros, o valor que pode se obter em um mercado ativo, decorrente de transação não compulsória realizada entre partes independentes; e, na ausência de um mercado ativo para um determinado instrumento financeiro: (Incluída pela Lei n° 11.638,de 2007)
>
> 1) o valor que se pode obter em um mercado ativo com a negociação de outro instrumento financeiro de natureza, prazo e risco similares; (Incluído pela Lei n° 11.638,de 2007)
>
> 2) o valor presente líquido dos fluxos de caixa futuros para instrumentos financeiros de natureza, prazo e risco similares; ou (Incluído pela Lei n° 11.638,de 2007)
>
> 3) o valor obtido por meio de modelos matemático-estatísticos de precificação de instrumentos financeiros. (Incluído pela Lei n° 11.638,de 2007)

Observe-se que, no caso de investimentos em participação no capital social de outras sociedades é feita remissão aos arts. 248 a 250 da mesma Norma, que tratam da avaliação pelo método da equivalência patrimonial. É relevante a transcrição do primeiro dispositivo:

> Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas: (Redação dada pela Lei n° 11.941, de 2009)
>
> I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo,

> antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;
>
> II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;
>
> III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:
>
> a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;
>
> b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;
>
> c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.
>
> § 1° Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.
>
> § 2° A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I.

Em consonância com o disposto, as ações detidas pelo sujeito passivo principal na Companhia Brasileira de Distribuição (CBD) deveriam se apresentar em sua escrituração comercial na forma determinada pelo inciso III do art.183 c/c os ajustes do art. 248 da referida Lei.

Por ocasião da alienação do investimento, o que, mesmo afastada as alegações de planejamento tributário abusivo, configura-se na utilização das ações para a integralização de cotas em Fundos de Investimento, a pessoa jurídica deveria haver adotado os procedimentos prescritos nos itens 22 e 23 do Pronunciamento CPC-18, ou seja:

> 22. (...)
>
> (b) (...) A entidade deve reconhecer na demonstração do resultado do período, como receita ou despesa, qualquer diferença entre:
>
> (i) o valor justo de qualquer interesse remanescente e qualquer contraprestação advinda da alienação de parte do interesse no investimento; e
>
> (ii) o valor contábil líquido de todo o investimento na data em que houve a descontinuidade do uso do método da equivalência patrimonial;
>
> (c) quando a entidade descontinuar o uso do método da equivalência patrimonial, deve contabilizar todos os montantes previamente reconhecidos em seu patrimônio líquido em rubrica de outros resultados abrangentes, e que estejam relacionados com o investimento objeto da mudança de mensuração contábil, na mesma base que seria requerido caso a investida tivesse diretamente se desfeito dos ativos e passivos relacionados.

E, quanto às cotas recebidas, a aplicação do Pronunciamento CPC-38 impõe o seu reconhecimento inicial pelo valor justo:

> 43. Quando um ativo financeiro ou um passivo financeiro é inicialmente reconhecido, a entidade deve mensurá-lo pelo seu valor justo mais, no caso de ativo financeiro ou passivo financeiro que não seja pelo valor justo por meio do resultado, os custos de transação que sejam diretamente atribuíveis à aquisição ou emissão do ativo financeiro ou passivo financeiro.

E a definição de valor justo trazida naquele normativo é exatamente o valor de mercado:

> Valor justo é o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração

Assim, de acordo com as normas societárias vigentes à data da integralização das ações, as cotas do Fundo Santa Rita deveriam ter sido reconhecidas pelo valor de mercado e a diferença para os valores contábeis das ações da CBD deveria integrar o resultado.

Como o lançamento sob análise se refere ao ano-calendário de 2012, na vigência, portanto, do Regime Transitório de Tributação (RTT), para efeitos fiscais deveriam, por força do art. 16 da Lei n° 11.941, de 2009, ser desconsiderados os efeitos das alterações legislativas que alteraram "*o critério de reconhecimento de **receitas, custos e despesas** computadas na apuração do lucro líquido do exercício", "devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007*".

Assim, em relação à avaliação dos ativos, nenhum efeito do RTT.

Quanto ao reconhecimento do ganho de capital decorrente da integralização, incide, no caso, o disposto no art. 187, inciso IV, da Lei n° 6.404, de 1976, c/c o art. 31 do Decreto-Lei n° 1.598, de 1977 (por força do art. 177, §2°, da Lei n° 6.404, de 1976):

> Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:
>
> (...)
>
> V - o lucro ou prejuízo operacional, as outras receitas e as outras despesas;
>
> Art 31 - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4°), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.
>
> § 1° - Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte, corrigido monetariamente e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada.

II.5.4 - Da legislação fiscal

Do ponto de vista fiscal, portanto, afastada a existência de qualquer procedimento abusivo por parte do sujeito passivo, incidiria o já transcrito art. 31 do Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, **posto que teria havido uma alienação das ações detidas pela Recorrente.**

Deveria, então, ser apurado o ganho de capital correspondente aos resultados na alienação (valor da alienação menos valor contábil do bem).

Na verdade, sob a ótica fiscal, em uma operação totalmente lícita, a integralização de cotas em um Fundo de Investimento por meio de ações corresponderia, na verdade, a uma dação em pagamento de ações pelas referidas cotas.

O Ato Declaratório RFB n° 7, de 2007, ao tratar do ganho de capital auferido em semelhante transação por parte das pessoas físicas, não deixou dúvidas acerca do valor a ser considerado para os títulos alienados:

> Artigo único. O imposto de renda devido sobre o ganho de capital apurado na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimentos por meio da entrega de títulos ou valores mobiliários deve ser pago até o último dia útil do mês subseqüente à data da integralização à alíquota de 15% (quinze por cento).
>
> § 1° Na hipótese de que trata o caput, considera-se ganho de capital a diferença positiva entre o valor de mercado dos títulos ou valores mobiliários alienados, na data da integralização das cotas, e o respectivo custo de aquisição.
>
> § 2° A Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante processo regular, arbitrará o valor ou preço informado pelo contribuinte, sempre que não mereça fé, por notoriamente diferente do de mercado.

O Referido Ato visava a dirimir qualquer discussão acerca do valor adequado, ante a tentativa dos sujeitos passivos de aplicarem ao caso a opção conferida pelo art. 23 da Lei n° 9.249, de 1995**, na integralização de capital em pessoas jurídicas** realizada por meio da entrega de bens e direitos.

É que esta última norma possibilitava **às pessoas físicas** que a referida integralização se realizasse pelo valor constante em suas declarações de bens ou pelo valor de mercado.

O Ato Declaratório Interpretativo, então, à luz do disposto dos arts. 3° (destaco os §§2°), 19 e 20 da Lei n° 7.713, de 1988 (invocadas em seu prefácio), explicita que não há a referida opção no caso de integralização de cotas ou fundos de investimento.

Por oportuno, transcrevo os citados dispositivos da Lei n° 7.713, de 1988: Art. 3° (...)

> § 2° Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.
>
> § 3° Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.
>
> Art. 19. Valor da transmissão é o preço efetivo de operação de venda ou da cessão de direitos, ressalvado o disposto no art. 20 desta Lei.
>
> Parágrafo único. Nas operações em que o valor não se expressar em dinheiro, o valor da transmissão será arbitrado segundo o valor de mercado.
>
> Art. 20. A autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará o valor ou preço, sempre que não mereça fé, por notoriamente diferente do de mercado, o valor ou preço informado pelo contribuinte, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

O referido consagrado no ADI n° 7, de 2007, está em linha com o posicionamento do CARF, conforme ementa de julgado a seguir:

> Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF Ano-calendário: 2006
>
> GANHO DE CAPITAL. OPERAÇÕES COM AÇÕES. INTEGRALIZAÇÃO DE QUOTAS DE FUNDO DE INVESTIMENTO. ALIENAÇÃO.
>
> Para fins de apuração do ganho de capital é considerada alienação a operação de integralização de ações com o recebimento de quotas de fundo de investimento. Considera-se ganho de capital a diferença positiva entre o valor de mercado dos valores mobiliários alienados, na data da integralização das quotas, e o respectivo custo de aquisição. (Acórdão n° 2401-006.230, de 7 de maio de 2019, Relator Conselheiro Cleberson Alex Friess)

Não há qualquer fundamento plausível, para que seja outro o entendimento adotado em relação à integralização de cotas em Fundos de Investimento por parte das pessoas jurídicas, que, como já dito, constitui uma alienação, na qual o ganho de capital auferido deve integrar o lucro, para fins de tributação pelo IRPJ e pela CSLL.

No caso sob apreciação, ante a constatação de que a referida integralização, se deu em um Fundo de Investimento preparado para refletir a situação já existente, em termos de direitos e benefícios, em relação às citadas ações, e por valor contábil (para que as ações fossem valoradas a valor de mercado já dentro do Fundo, sem incidência imediata de tributação), a autoridade fiscal, aplicando o correto valor à integralização, concluiu que o sujeito passivo promoveu verdadeira reavaliação espontânea dos seus ativos, de modo incidiria o art. 35, §3°, do mesmo Decreto-Lei n° 1.598, de 1977 (que é a matriz legal do art. 438 do RIR/99, invocado na autuação):

> Art. 35 (...)
>
> § 3° - Será computado na determinação do lucro real o aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contrapartida do aumento do valor do investimento constitua reserva de reavaliação.

II.5.5 - Da preparação do Fundo de Investimento

A autoridade fiscal descreve no TVF diversos procedimentos realizados antes da integralização das cotas do Fundo Santa Rita que teriam permitido que esta fosse realizada pelo valor contábil das ações detidas pela Península.

Em primeiro lugar, foi promovida a alteração no quadro de investidores do referido Fundo, de modo a que, apesar de ser um fundo aberto, estes ficassem restritos às pessoas jurídicas integrantes do Grupo Abílio Diniz detentoras de ações preferenciais da CBD. Veja-se a descrição do TVF:

> 55. Antes das alterações promovidas no regulamento do Fundo, houve uma alteração no seu quadro de investidores. Até novembro de 2012 havia cinco investidores, pessoas físicas e pessoas jurídicas, todos ligados ao grupo Abílio Diniz, a saber: Caio Racy Mattar, Geyze Marchesi Diniz, Sergio Roberto Quio, Paic Participações Ltda. e Zabaleta Participações Ltda. (doc. Doc. 03 - Movimentação de ativos).

> 56. Embora todos esses cotistas fossem ligados ao grupo Abílio Diniz, eles se retiraram do fundo. As pessoas físicas resgataram suas aplicações até o fim de novembro de 2012, e a Zabaleta Participações resgatou suas aplicações em 11/12/2012. De forma concomitante, ingressaram como investidores no FIA Santa Rita as empresas Península Participações S.A. e Onyx 2006 Empreendimentos e Participações Ltda., vindo a se juntar à Paic Participações Ltda. Observe-se que a Península, a Onyx 2006 e a Paic eram exatamente os investidores que detinham ações preferenciais da CBD que foram conferidas em aplicação no Fundo.

A segundo passo foi a alteração, em 13/12/2012 (ou seja, quatro dias antes da integralização) do administrador do Fundo, que deixou de ser a BTG Pactual Serviços Financeiros S/A DTVM e passou a ser a UBS Administradora de Valores Mobiliários Ltda.

Já, em 17/12/2012, foi realizada profunda alteração no Regulamento do Fundo, chamando atenção o TVF para as seguintes mudanças:

> 62. As mudanças principais introduzidas no regulamento foram as seguintes:
>
> a) investimento mínimo e saldo mínimo de R$ 1.000.000,00. Em razão do investimento mínimo de R$ 1.000.000,00, a política de investimento do Fundo passou a permitir que não fosse observado o limite de concentração por emissor e por modalidade de ativo financeiro (arts. 86 e 87 da IN CVM 409/2004). Alteração fundamental para permitir que as ações da CBD tivessem sido utilizadas para integralização de cotas do Fundo;
>
> b) admissão de aplicação e resgate com títulos e valores mobiliários diretamente, com adoção de critérios detalhados e precisos, nas palavras utilizadas na IN CVM 409, mas que na prática, não tem nada de detalhado ou preciso, como será visto no decorrer deste Termo;
>
> c) constituição de Conselho Consultivo do Fundo, com 3 membros indicados pelos cotistas. O Conselho Consultivo já existia no regulamento de 23/05/2011, mas com uma composição cuja maioria era da administradora do Fundo, com 4 membros, e 1 membro indicado pelos cotistas;
>
> d) aumento da taxa de administração, que aumentou de 0,05% para 0,20% do valor do patrimônio líquido do fundo. Considerando apenas a aplicação com as ações preferenciais da CBD, que elevaram o patrimônio do fundo em mais de R$ 2 bilhões, o aumento da taxa de administração representou uma despesa a maior para os cotistas de R$ 3.000.000,00 por ano;
>
> e) alteração da política de distribuição de resultados, que passa a autorizar que os dividendos e juros sobre o capital próprio advindos dos ativos do Fundo sejam destinados diretamente aos cotistas do Fundo, quando antes o Fundo incorporava os dividendos, juros sobre capital próprio ou outros rendimentos advindos dos ativos que integrassem a sua carteira.

Em paralelo, o "saldo das aplicações das empresas do grupo Abílio Diniz no Fundo Santa Rita foi previamente ajustado para a mesma proporção das aplicações que seriam feitas no dia 17/12/2012 com as ações preferenciais da CBD", conforme descrito no TVF:

> 70. A fiscalizada Península Participações tinha um saldo em 30/11/2012 de R$ 5.027.187,91 e, em 06/12/2012, efetuou mais uma aplicação de R$ 1.570.000,00, de modo que em 13/12/2012 possuía um saldo de R$ 6.657.891,41, conforme os extratos do Fundo Santa Rita (doc. 02 da resposta de 22/09/2016).
>
> 71. Já a Onyx 2006 tinha um saldo em 30/11/2012 de R$ 4.021.750,33 e, em 06/12/2012, efetuou mais uma aplicação de R$ 47.668.000,00, de modo que em 13/12/2012 possuía um saldo de R$ 52.308.317,57.

72. Com relação à Paic Participações, o movimento foi no sentido inverso. Em 06/12/2012 foram efetuados dois resgates de aplicações anteriores, nos valores de R$ 31.989.351,36 e R$ 553.421,98, de forma que em 13/12/2012 restava um saldo de R$ 1.668.011,19.

73. As aplicações efetuadas com as ações da CBD em 17/12/2012 foram nos seguintes valores: a Onyx 2006 integralizou R$ 649.527.668,35, a Paic Participações aplicou o valor de R$ 20.527.079,19 e a Península R$ 82.537.143,30. No quadro a seguir, fica demonstrado o ajuste prévio dos saldos em 13/12/2012 para a mesma proporção das aplicações que seriam efetuadas em 17/12/2012:

Empresa	Saldo 13/12	%	Aplicação 17/12	%
Onyx	52.308.317,57	86,27	649.527.668,35	86,31
Paic	1.668.011,19	2,75	20.527.079,19	2,73
Península	6.657.891,41	10,98	82.537.143,30	10,97
Total	60.634.220,17	100,00	752.591.890,84	100,00

O responsável pela constituição do crédito tributário tece críticas a cada uma das etapas preparatórias desenvolvidas pelo Grupo Abílio Diniz, de modo a demonstrar a existência de planejamento tributário abusivo.

Não endosso toda a análise realizada, uma vez que, a princípio, todas as decisões adotadas se inserem dentro do campo da liberdade de atuação dos agentes econômicos.

A Península era livre para alienar diretamente as suas ações preferenciais ou para integralizá-las em um Fundo de Investimento; era da sua livre escolha, ainda, que tal integralização se desse em um Fundo pré-constituído ou em um novo Fundo organizado segundo as características que lhe fossem adequadas (lembre-se que a legislação prevê, inclusive fundos exclusivos); detendo o poder decisório dos cotistas do Fundo, também era permitido ao Grupo Abílio Diniz a substituição do administrador e a realização das alterações estatutárias que lhe aprouvesse; por fim, era faculdade desse mesmo Grupo, a realização de investimentos no Fundo de tal forma que a posição dos cotistas refletisse a posição dos detentores de ações preferenciais da CBD.

Ou seja, olhando cada uma das etapas isoladamente, não se vislumbra qualquer ato abusivo por parte dos Recorrentes.

Se todas as etapas tivessem sido praticadas e a integralização das cotas do Fundo tivesse sido realizada pelo valor de mercado das ações da CBD (com o reconhecimento e oferecimento à tributação do ganho de capital), nenhuma crítica haveria e nenhum reflexo tributário resultaria.

O fato, contudo, de que a integralização se deu pelo valor contábil das ações é que revela a artificialidade das etapas preparatórias e a abusividade do planejamento tributário.

Como bem apontado pelo TVF:

> 57. A saída dos investidores anteriores do FIA Santa Rita, conforme descrito, foi uma etapa fundamental deste planejamento tributário. Como a integralização com as ações da CBD no Fundo foi efetuada a valor contábil, quando o fundo valorizasse essa aplicação com a marcação a mercado das ações, os demais cotistas, mesmo sem realizarem nenhum aporte novo, teriam um grande ganho no valor das suas cotas.
>
> 58. Poderia se imaginar uma distribuição de renda aos investidores anteriores pela valorização das suas cotas. Em uma situação normal, é claro que nenhum investidor adotaria tal procedimento em sã consciência para "dividir" o seu rendimento com a aplicação a valor contábil com outros cotistas.
>
> 59. Se fosse obrigado a dividir tal ganho, evidentemente não faria a integralização das ações a valor contábil, ou sequer faria a integralização com ações. Investiria em um fundo novo, sem outros cotistas, de modo que todo o rendimento ficasse apenas com ele mesmo. No caso presente, o que aconteceu foi que os investidores anteriores resgataram suas cotas antes dos novos aportes e da reavaliação dos ativos.
>
> (...)
>
> 65. O Fundo de Ações Santa Rita foi utilizado, na prática, como um veículo de valorização das ações preferenciais da CBD que estavam contabilizadas no fiscalizado e nas outras duas empresas. Afinal, a proporção do investimento com as ações CBD que cada empresa detinha, foi mantida no fundo com a mesma proporção de cotas para cada empresa, garantindo que as ações de uma empresa não gerassem ganho nem perda para as outras empresas envolvidas. As empresas também tinham completo domínio sobre esse investimento, inclusive através do novo Conselho Consultivo constituído. Como a aplicação com as ações da CBD representaram mais de 99% do patrimônio do fundo, não resta dúvida que o resultado que seria obtido pelo Fundo Santa Rita seria apenas um reflexo do valor das ações da CBD cotadas na BMFBovespa.
>
> 66. Ou seja, embora formalmente aplicadas em um fundo de ações, as ações preferenciais da CBD continuaram a ser de controle absoluto das empresas que as detinham, da mesma forma que se continuassem com cada empresa, antes do aporte no Fundo. Através de uma integralização em cotas de fundo de ações, as ações CBD foram valorizadas a preços de mercado sem gerar a correspondente tributação por essa valorização.
>
> (...)
>
> 91. É claro que a diferença de entendimento entre os administradores do Fundo a respeito do valor a ser considerado pelos ativos financeiros na integralização de cotas teve um papel fundamental na escolha dos cotistas para mudar o administrador para a UBS Brasil. Enquanto que para a BTG Pactual as aplicações em valores mobiliários seriam feitas a valor de mercado, para a UBS Brasil não havia obrigatoriedade quanto a isso, e simplesmente aceitava o que o cotista declarava. Sem a aplicação no Fundo Santa Rita a valor contábil não existiria esta operação.
>
> (...)
>
> 97. Em vista dessa disparidade de valores, fica claro o motivo de toda essa preparação para a integralização de cotas no Fundo Santa Rita com as ações preferenciais da CBD: escapar da tributação que seria devida com a valorização a mercado das ações CBD dentro da Península, da Onyx 2006 e da Paic e transferir o ganho para o Fundo de Ações, com tributação favorecida.
>
> 98. Com efeito, o Fundo de Investimento em Ações Santa Rita contabiliza o valor das ações a mercado ("marcação a mercado"), conforme cotação diária do fundo no mês de dezembro de 2012 disponível no site da CVM (doc. F13 - Informações Diárias do

> Fundo). O valor da cota do Fundo passa de R$ 1,5801039 no dia 17/12 para R$ 4,4637601 no dia 18/12.
>
> O Patrimônio Líquido do Fundo passa de R$ 60.785.153,26 antes da aplicação, no dia 14/12, para R$ 813.711.956,69 com a aplicação a valor contábil no dia 17/12, e para R$ 2.298.719.004,76 dia 18/12/2012, com as ações a valor de mercado, ou seja, com a valorização das ações transferida das empresas do grupo Abílio Diniz para o FIA Santa
>
> Rita.
>
> 99. O aporte das ações preferenciais da CBD no Fundo Santa Rita elevou o patrimônio líquido do fundo de R$ 60.785.153,26 para R$ 2.298.719.004,76, isto é, as ações da CBD passaram a representar 98% do patrimônio do Fundo e, consequentemente, a valorização de tais ações passariam a determinar a valorização das cotas do Fundo Santa Rita na mesma proporção.
>
> 100. Os cotistas, o fiscalizado e as outras empresas do grupo Abílio Diniz, através da integralização das ações CBD no Fundo Santa Rita, conseguiram manter a mesma participação societária que detinham na CBD, mas agora com essa participação societária valorizada a mercado em suas contabilidades. O que antes se denominava na contabilidade de "Investimento CBD" passou a ser denominado "FIA Santa Rita". E, é claro, sem tributar essa valorização.

Sabendo que os Fundos de Investimentos estão sujeitos necessariamente a auditoria independente, este Relator teve a curiosidade de verificar como os auditores teriam enxergado as operações realizadas e a integralização das cotas pela Península.

Apesar de a referida integralização haver sido realizada por valor completamente dissonante do praticado no mercado e de tal operação produzir o incremento do patrimônio líquido do Fundo em um único dia em 3.681%, nenhuma linha sequer é dedicada ao tema no "Relatório de auditoria das demonstrações financeiras do exercício findo em 31 de março de 2013 (disponível em http://cvmweb.cvm.gov.br/swb/default.asp?sg_sistema=fundosreg), elaborado pela Magalhães Andrade S/S.

Neste exame, ainda, observei uma outra modificação relevante e não usual promovida no Fundo, mas não percebida pela autoridade fiscal, até mesmo a pessoa jurídica responsável pela auditoria independente foi substituída.

É que até o regulamento aprovado em 17/12/2012 (todas as versões do regulamento estão disponíveis para consulta no endereço eletrônico acima apontado), a auditoria independente estava a cargo da Ernst & Young Auditores Independentes S/S.

Naquela alteração, contudo, foi inserido, no art. 3° do Regulamento, dispositivo com o seguinte teor:

> Parágrafo Segundo- O prestador de serviço de auditoria independente do FUNDO, indicado no inciso V, acima, poderá ser substituído pela ADMINISTRADORA sempre que necessário, sem necessidade de deliberação em assembleia geral de cotistas, nos termos da legislação aplicável.

Já, pelo novo Regulamento, aprovado em 05/04/2013, a auditoria independente passou à responsabilidade da PricewaterhouseCoopers Auditores Independentes; e no Regulamento datado de 21/06/2013, à Magalhães Andrade S/S Auditores Independentes, que é exatamente quem elabora o Relatório de Auditoria do exercício encerrado em 31/03/2013.

II.5.6 - Das alegações dos Recorrentes

a) Do Propósito Negocial - Legalidade das Operações e Demonstração da Improcedência das Acusações Fiscais

Os Recorrentes sustentam em tópico assim intitulado que:

> (i) houve propósito negocial em todas as ações que praticou, a despeito de a inexistência de propósito negocial não ser motivo para desconsideração dos atos e negócios jurídicos efetivamente praticados, nem para sua requalificação jurídica ou para qualquer outro lançamento; e que (ii) sendo reconhecida a existência de propósito negocial na reestruturação do investimentos da Família AD, tal como foi feito pela DRJ, deve haver a reforma parcial do acórdão recorrido e o cancelamento dos autos de infração

A tese defendida é no sentido que não há amparo legal para se admitir que "*a ausência de propósito negocial permitiria que a Fiscalização desconsiderasse atos praticados pelos contribuintes, mesmo quando não identificado qualquer violação a instituto jurídico de direito privado*".

Apesar disso, várias páginas do Recurso são dedicadas a defender que, no caso concreto, haveria, sim, propósito negocial nos atos praticados.

Considero desnecessária a análise individualizada de tais fundamentos de defesa, posto que, em primeiro lugar, o TVF utiliza a expressão "propósito negocial" apenas uma única vez, em relação à integralização de cotas do Fundo Santa Rita, e como um qualificador da artificialidade das operações realizadas pelo sujeito passivo, conforme se constata a seguir:

> 211. No aporte das ações preferenciais da CBD como investimento em cotas do FIA Santa Rita, foram efetuadas diversas etapas de preparação do Fundo para, de forma artificial, sem qualquer propósito negocial real, obter exclusivamente economia tributária pela redução da alíquota do imposto incidente e pela postergação do seu pagamento para a ocasião em que o fiscalizado considerasse apropriado fazê-lo pelo resgate das cotas do fundo.

A par disso, como já consignado, considero que a integralização das ações no Fundo Santa Rita e todas as medidas preparatórias adotadas pelo sujeito passivo são plenamente válidas e estão dentro do âmbito da sua liberdade de organização dos negócios.

Não há nada de ilícito ou artificial nelas, diretamente vinculado ao fato gerador da obrigação tributária, e a infração efetivamente praticada pelo sujeito passivo não está, inexoravelmente, atrelada a elas.

É óbvio que os Recorrentes se aproveitaram das condições propiciadas por alguns desses atos para a prática do ilícito tributário, e tal fato é relevante para a apreciação, por exemplo, da qualificação da multa de ofício e da atribuição da responsabilidade tributária ao administrador da Península.

A constatação do ilícito tributário, porém, é direta, independendo da análise das condutas anteriores.

Como frisei, anteriormente, se o sujeito passivo houvesse realizado todas elas e tivesse reconhecido a integralização das ações a valor de mercado, com o oferecimento à tributação do ganho de capital, nenhuma crítica existiria.

E, para não deixar dúvidas, não estou com isso a corroborar a tese defendida pelos Recorrentes no sentido de que, não havendo violação a instituto jurídico de direito privado, não seria possível à autoridade fiscal a requalificação dos atos jurídicos em decorrência de artificialidade representativa de simulação (com base no art. 149, inciso VII, do CTN).

Apenas, dou razão aos Recorrentes quanto à legalidade das referidas operações.

b) Impossibilidade de Aplicação do Artigo 438 do RIR/99 ao Caso Concreto - Ausência da Devida Fundamentação do Lançamento Fiscal

Apesar de inserida como subitem da alegação anterior, entendo necessário destacar o presente argumento, para análise em separado.

Sustentam os Recorrentes:

> Deveras, uma vez que não se confirmou a premissa da Autoridade Fiscal, qual seja, a de que a integralização das ações preferenciais da CBD no Fundo Santa Rita não possuiria propósito negocial, é evidente que não há como prevalecer a conclusão no sentido de que, a Recorrente, por meio da marcação a mercado efetuado pelo FIA, teria realizado uma reavaliação de ativos financeiros.

Inicialmente, alegam que não seria possível aplicar o art. 438 do RIR/99, já que não teria havido reavaliação de participação societária nos moldes ali previstos.

Afirmam que:

> Com efeito, de acordo com o disposto no artigo 438 do RIR/99, citado pela Autoridade Fiscal no TVF como fundamento para a exigência em questão, "será computado na determinação do lucro real o aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contrapartida do aumento do valor do investimento constitua reserva de reavaliação. ".
>
> Assim, da leitura do referido dispositivo legal, fica claro que a previsão ali indicada diz respeito à tributação de eventual ganho na reavaliação de participação societária de acordo com o valor de patrimônio líquido atribuído à sociedade investida.
>
> Ocorre que, tratando-se de ações preferenciais de CBD, negociadas em bolsa de valores, o valor a elas atribuído no momento da "marcação a mercado" realizada pelo Fundo Santa Rita, corresponde, por óbvio, a seu valor de mercado, o qual não possui qualquer relação com à valoração de seu patrimônio líquido.

Os argumentos não procedem.

A norma em questão trata do "aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido".

Não se exige, para fins de aplicação do mencionado dispositivo que a **reavaliação** de participação societária seja efetuada com base no patrimônio líquido. A participação societária é que é **avaliada** pelo valor do patrimônio líquido, ou seja, com base no método da equivalência patrimonial, conforme já explicitado no item II.5.3 deste Voto.

Não se pode perder de vista que o art. 438 estava inserido em uma Seção do RIR/99 que iniciava no art. 434, e que tratava exatamente da reavaliação dos bens integrantes do Ativo Permanente. In verbis:

> Art.434.A contrapartida do aumento de valor de bens do ativo permanente, em virtude de nova avaliação baseada em laudo nos termos do art. 8° da Lei n° 6.404, de 1976, não será computada no lucro real enquanto mantida em conta de reserva de reavaliação (Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, art. 35, e Decreto-Lei n° 1.730, de 1979, art. 1°, inciso
>
> VI).
>
> §1°O laudo que servir de base ao registro de reavaliação de bens deve identificar os bens reavaliados pela conta em que estão escriturados e indicar as datas da aquisição e das modificações no seu custo original.
>
> §2°O contribuinte deverá discriminar na reserva de reavaliação os bens reavaliados que a tenham originado, em condições de permitir a determinação do valor realizado em cada período de apuração (Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, art. 35, §2°).
>
> §3°Se a reavaliação não satisfizer aos requisitos deste artigo, será adicionada ao lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real (Decreto-Lei n° 5.844, de 1943, art. 43, §1°, alínea "h" , e Lei n° 154, de 1947, art. 1°).

Assim, a **reavaliação** a que se refere o art. 438 é exatamente aquela tratada no dispositivo transcrito.

Até, porque o tratamento tributário da avaliação com base na variação do patrimônio líquido já possuía regramento próprio (arts. 394 e 428 do RIR/99).

Além disso, ao contrário do defendido pelos Recorrentes, os autos de infração não tratam de "reavaliação de cotas de fundo de investimento", mas da reavaliação das ações preferenciais da CBD detidas pela Península.

Como já afirmado, tal reavaliação teria ocorrido no instante da integralização das ações no Fundo Santa Rita, e não na "marcação a mercado" realizada na data seguinte a tal ato.

Tem razão os Recorrentes, contudo, ao aduzirem que a Península sequer poderia, à luz da legislação societária, promover a reavaliação das referidas ações, por conta das alterações promovidas pela Lei n° 11.638, de 2007, que extinguiu a reserva de reavaliação.

Para a conclusão definitiva acerca do tema, valho-me da Resolução CFC n° 1.157, de 2009, que aprovou o Comunicado Técnico CTG 02:

> Reserva de reavaliação
>
> 127. A Lei n°. 11.638/07 eliminou todas as menções à figura da reavaliação espontânea de ativos. Assim, prevalecem apenas as menções de que os ativos imobilizados, por exemplo, só podem ser registrados com base no seu efetivo custo de aquisição ou produção.
>
> 128. Algumas dúvidas têm sido suscitadas quanto à interpretação de que a não menção à reavaliação não impede que ela seja feita espontaneamente. **O CFC alerta para o fato de que a reavaliação está sim, impedida, desde o início do exercício social iniciado a partir de 01 de janeiro de 2008**, em função da existência dos critérios permitidos de avaliação para os ativos não monetários.
>
> 129. O fato de ter havido mudança de critério de avaliação para certos instrumentos financeiros, que agora passam, conforme sua classificação, a ser avaliados ao valor justo, nada tem a ver com a reavaliação. Avaliação a valor justo e reavaliação de ativos são institutos e conceitos contábeis diferentes, baseados inclusive em fundamentos

> distintos (valor justo, por exemplo, é valor de mercado de venda, ou valor esperado de fluxo de caixa futuro, enquanto a reavaliação se faz com base no valor de reposição).
>
> 130. Outra diferenciação: avaliação a valor justo somente se aplica a ativos destinados à venda, enquanto a reavaliação somente se aplica a ativos destinados a serem utilizados futuramente pela empresa.
>
> 131. A NBC TG 04 - Ativo Intangível menciona a figura da reavaliação, mas cita expressamente "se permitida legalmente"; essa permissão não existe hoje. O Pronunciamento Técnico CPC 27 sobre Ativo Imobilizado poderá mencionar o mesmo, mas a adoção da reavaliação no Brasil só poderá ser feita se houver mudança na Lei
>
> vigente.
>
> 132**. Assim, a partir de 2008 estão vedadas para todas as sociedades brasileiras novas reavaliações espontâneas de ativos**. (Destacou-se)

Não subsiste a tese encampada no Acórdão recorrido, que invoca, à luz da Lei n° 11.638, de 2007, as regras de avaliação a valor justo dos instrumentos financeiros destinados à venda futura, já que estamos tratando de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial.

Além disso, não procede a alegação de que, por se estar na vigência do RTT, estavam em vigor as regras contábeis vigentes em 31/12/2007, de modo que a Península tinha "o dever de realizar o competente registro no Controle Contábil Fiscal de Transição - FCONT".

É que, como já afirmado, na vigência do RTT se desconsideram as regras que alterassem "o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício".

Não é o caso, em que a regra alterada tratava de (re)avaliação de ativos.

Se constata, portanto, que se equivocou a autoridade fiscal na caracterização da infração praticada pelo sujeito passivo.

Como discorrido, anteriormente, a matéria tributável, no caso sob análise, deveria ter sido o ganho de capital auferido pela Península no momento em que integralizou as ações preferenciais da CBD no Fundo Santa Rita. Deveria, por todas as razões expostas, haver reconhecido a alienação pelo valor de mercado dos referidos títulos e oferecido à tributação a diferença entre tal valor e o valor deles registrado em sua escrituração comercial.

O responsável pela constituição do crédito tributário, porém, entendeu que o sujeito passivo teria realizado uma reavaliação espontânea das referidas ações, e, sendo tal investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial (patrimônio líquido na legislação societária anterior), incidiria então a tributação prevista no art. 438 do RIR/99.

Observe que não se trata de um mero erro de enquadramento legal.

Efetivamente, o TVF aponta e a decisão recorrida corroborou, que o sujeito passivo, por meio do planejamento tributário abusivo realizado, efetuou a reavaliação dos seus ativos por meio do aporte das ações no Fundo de Investimento.

Impossível, portanto, se afastar dessa tese, para fazer incidir a tributação efetivamente devida sobre o ganho de capital auferido na alienação das ações.

Com base nas razões de decidir do Acórdão nº 1302-003.719 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, é inequívoco que do ponto de vista da legislação que rege o funcionamento dos Fundos de Investimentos, a integralização de cotas realizadas por meio de ações deve tomar por base o valor de mercado de tais ativos financeiros. Ainda, de acordo com as normas societárias vigentes à data da integralização das ações, as cotas do Fundo Santa Rita deveriam ter sido reconhecidas pelo valor de mercado e a diferença para os valores contábeis das ações da CBD deveria integrar o resultado.

Do ponto de vista fiscal da operação realizada , afastada a existência de qualquer procedimento abusivo por parte do sujeito passivo, incidiria o já transcrito art. 31 do Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, posto que teria havido uma alienação das ações detidas pela Recorrente. A Autoridade Fiscal deveria ter apurado o ganho de capital correspondente aos resultados na alienação (valor da alienação menos valor contábil do bem).

O entendimento do Ato Declaratório RFB n° 7, de 2007, ao tratar do ganho de capital auferido em semelhante transação por parte das pessoas físicas, deveria ter sido adotado em relação à integralização de cotas em Fundos de Investimento por parte das pessoas jurídicas, que, como já dito, constitui uma alienação, na qual o ganho de capital auferido deve integrar o lucro, para fins de tributação pelo IRPJ e pela CSLL.

No caso concreto não há subsunção da operação realizada com o dispositivo do Art. 438 do RIR/99 que trata da reavaliação de participação societária, pois o que de fato ocorreu foi uma alienação das ações detidas pela Recorrente, operação em que deveria ter se apurado o ganho de capital.

Além disso, tem razão os Recorrentes, ao aduzirem que a Península sequer poderia, à luz da legislação societária, promover a reavaliação das referidas ações, por conta das alterações promovidas pela Lei n° 11.638, de 2007, que extinguiu a reserva de reavaliação.

Não subsiste a tese encampada no Acórdão recorrido, que invoca, à luz da Lei n° 11.638, de 2007, as regras de avaliação a valor justo dos instrumentos financeiros destinados à venda futura, já que estamos tratando de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial.

Também não procede a alegação de que, por se estar na vigência do RTT, estavam em vigor as regras contábeis vigentes em 31/12/2007, de modo que a Península tinha "o dever de realizar o competente registro no Controle Contábil Fiscal de Transição - FCONT". Como já afirmado, na vigência do RTT se desconsideram as regras que alterassem "o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício". Não é o caso, em que a regra alterada tratava de (re)avaliação de ativos.

Verifica-se que se equivocou a autoridade fiscal na caracterização da infração praticada pelo sujeito passivo. Como discorrido, anteriormente, a matéria tributável, no caso sob análise, deveria ter sido o ganho de capital auferido pela Onix no momento em que integralizou as ações preferenciais da CBD no Fundo Santa Rita. Deveria, por todas as razões expostas, haver reconhecido a alienação pelo valor de mercado dos referidos títulos e oferecido à tributação a diferença entre tal valor e o valor deles registrado em sua escrituração comercial.

Contudo, a Autoridade Fiscal, responsável pela constituição do crédito tributário, entendeu que o sujeito passivo teria realizado uma reavaliação espontânea das referidas ações, e, sendo tal investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial (patrimônio líquido na legislação societária anterior), incidiria então a tributação prevista no art. 438 do RIR/99.

Ressalta-se que não se trata de um merro erro de enquadramento legal pois, conforme acusação fiscal, o sujeito passivo, por meio do planejamento tributário abusivo realizado, efetuou a reavaliação dos seus ativos por meio do aporte das ações no Fundo de Investimento.

Destaca-se que é vedado à Autoridade Julgadora afastar a tese do lançamento fiscal para substituí-la para fazer a tributação efetivamente devida sobre o ganho de capital auferido na alienação das ações.

Logo, pelos motivos supracitados, deve ser dado provimento aos recursos voluntários do sujeito passivo principal e do responsável Abílio dos Santos Diniz Consequentemente perdem o objeto as seguintes alegações: Improcedência da Multa de Ofício Qualificada, Improcedência de Juros sobre a Multa, Inexistência de Responsabilidade Tributária, Da Impossibilidade de Exigência da Multa Agravada no Caso de Dúvida Aplicação do Artigo 112 do CTN.

Conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido de dar provimento parcial aos recursos voluntários do sujeito passivo e do coobrigado para, i) afastar os argumentos suscitados acerca da nulidade da decisão de primeira instância em razão de alteração dos critérios jurídicos utilizados no lançamento; ii) rejeitar as preliminares de nulidade dos lançamentos; iii) no mérito, cancelar as autuações, exonerando integralmente o crédito tributário.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias