



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720091/2017-34
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-005.196 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de setembro de 2021
Recorrente PAIC PARTICIPAÇÕES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTANCIA. 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.

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

Ano-calendário: 2012

ESTIMATIVA. BALANÇO/BALANCETE DE SUSPENSÃO. LUCRO REAL ANUAL. OPÇÃO CONFIGURADA.

Manifesta a sua opção pelo lucro real anual a pessoa jurídica que assinala essa opção na DIPJ, não obstante deixe de recolher a estimativa de janeiro em decorrência do levantamento de balanço ou balancete de suspensão.

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 11.638/2007. 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)

ANO-CALENDÁRIO: 2012

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplicam-se aos lançamentos decorrentes da CSLL as mesmas razões de decidir referentes às exigências à título de IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Magalhães Lima - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, Wilson Kazumi Nakayama, Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Sergio Magalhaes Lima, Viviani Aparecida Bacchmi, Lucas Issa Halah (suplente convocado), Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por PAIC Participações (doravante denominada “PAIC”) contra decisão de primeira instância que julgou improcedente a impugnação apresentada em oposição à constituição de créditos tributários de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), referentes ao ano calendário de 2012, cumulados com multa qualificada e juros de mora, no valor total de R\$ 23.862.116,94.

Conforme disposto no Termo de Verificação Fiscal (TVF) “*foi constatado que a fiscalizada, 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.*”

Complementa que “*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 Onyx 2006 Participações Ltda., CNPJ 07.422.969/0001-08. Foram lavrados os respectivos autos de infração, formalizados na Península Participações S/A pelo processo nº 16561.720.093/2017-23 e na Onyx 2006 Participações Ltda. pelo processo nº 16561.720.089/2017-65*”

DOS FATOS REFERENTES AO CONTEXTO NEGOCIAL

Para melhor entendimento acerca dos fatos propriamente ditos que ensejaram a infração, convém expor o contexto litigioso no qual as empresas do Grupo Abílio Diniz (doravante denominado “AD”) estavam inseridos, e que envolvia o controle da Companhia

Brasileira de Distribuição (CBD). Confira-se a seguinte síntese apresentada por PAIC em sua impugnação:

Com efeito, conforme será abordado em detalhes nos tópicos a seguir, os efetivos e verdadeiros fatos que permeiam o caso em tela são os seguintes:

- **O Grupo AD iniciou suas atividades na década de 40**, com a criação do primeiro negócio vinculado ao nome "Pão de Açúcar";
- **Em 1999**, após um período de tratativas com **o grupo francês Casino**, **o Grupo AD alienou participação relevante na CBD**, entretanto, mantendo o controle da companhia e sua gestão;
- **Em 2005**, **o Grupo AD negociou o controle da CBD com o grupo Casino**, operação implementada em duas etapas: entre os anos de 2005 e 2012 os Grupos AD e Casino passariam a compartilhar o controle da CBD, através de uma *holding* (Wilkes); a partir de 2012 o Grupo Casino passaria a exercer o controle da CBD individualmente, sendo assegurado ao Grupo AD a liderança do Conselho de Administração;
- **Após anos dessa parceria**, **o Grupo AD passou a enfrentar dissensões com o Casino**, que, com o passar do tempo, foram se agravando, inclusive com a apresentação, em 2011, de um pedido de arbitragem pelo grupo francês contra seus sócios brasileiros;
- Assim, **em 2012**, **como estabelecido no acordo de acionistas firmado à época da assunção do controle compartilhado da Wilkes (2005)**, **o Grupo Casino assumiu a posição de acionista majoritário da Wilkes**, exercendo assim o controle da CBD individualmente. Nesse momento, como acordado entre as partes, **a liderança do Conselho de Administração da CBD permaneceria com o Sr. Abilio Diniz**, em caráter vitalício;
- **Contudo, a partir desse momento**, **o Grupo Casino passou a adotar uma série de medidas tendentes a impedir a efetiva liderança pelo Grupo AD** e, inclusive, o exercício do cargo de Presidente vitalício do Conselho de Administração da companhia pelo Sr. Abilio Diniz. Dada a gravidade das condutas perpetradas pelo Grupo Casino, **o Grupo AD apresentou, no final do ano de 2012, seu próprio requerimento de arbitragem**;
- Antevendo a disputa que passaria a travar com o Grupo Casino, **o Grupo AD**, que, até então, **mantinha seu patrimônio extremamente concentrado em ativos relacionados à CBD** (leia-se, ações da referida companhia), **passou a temer que a batalha pela condução do negócio poderia afetar negativamente seu patrimônio**, de forma que deveria buscar meios de mitigar esses riscos que se acercavam;
- Assim, considerando o grande volume de ações preferenciais de CBD que detinha, **o Grupo AD necessitava de suporte profissional para a negociação desses ativos**, bem como em seu reinvestimento;
- Nesse contexto, **o Grupo AD decidiu por bem aportar as referidas ações no Fundo Santa Rita** (objeto de discussão no presente caso), o qual, a partir de então passou a negociar esses ativos no mercado, de acordo com as oportunidades que surgiam, reinvestindo em outros ativos os recursos recebidos. Dessa forma, o Grupo AD atingiu seu objetivo com a referida medida, ao passo que diversificou seu patrimônio, diluindo os riscos que a disputa com o Casino poderia acarretar nos resultados da CBD e, por consequência, no patrimônio do grupo (inclusive, na hipótese em que fosse totalmente afastado da gestão do negócio e tivesse que

conviver com uma administração pelo grupo francês, no qual não mais se confiava - o que de fato ocorreu).

DOS FATOS QUE ENSEJARAM O LANÇAMENTO

Em sequência, para melhor se adentrar nos fatos propriamente ditos que constituíram a infração, pela ótica do auditor fiscal, colhem-se dados objetivos por meio dos seguintes excertos do TVF:

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 acabaria sendo influenciado pelo valor das demais ações da carteira e, assim, mesmo na ocasião de um eventual resgate das cotas do fundo, a tributação sobre essa valorização não refletiria o ganho obtido com essas ações da CBD especificamente, mas sim o resultado de todas as ações que compõem o fundo. Dessa forma, a depender do desempenho das ações que compõem 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 - 18.788.581,75, e 131104 -EQUIV. PATRIM. CBD - 1.738.497,44, totalizando R\$ 20.527.079,19, para a conta 111352 -UBS BRASIL - FIA STA RITA - 59.539.403,30. A diferença foi contabilizada no Patrimônio Líquido, na conta 298103 - RESULTADO APLICAÇÕES RENDA VARIÁVEL -39.012.324,11 (doc. Contabilização da Aplicação FIA Santa Rita), como segue:

D -111352 - UBS BRASIL - FIA STA RITA - 59.539.403,30

C -131103 - INVESTIMENTO CBD - 18.788.581,75

131104 - EQUIV. PATRIM. CBD - 1.738.497,44

298103 - RESULTADO APLICAÇÕES RENDA VARIÁVEL - 39.012.324,11

À luz desses fatos, e com base na descoberta de uma sequência de eventos considerados atípicos, especialmente quanto a fatos que serão melhor abordados na análise de mérito, concluiu a autoridade fiscal que PAIC pretendeu dissimular a valorização de seu investimento em participação, e a consequente tributação sobre o ganho, com a transferência do resultado tributável para o Fundo de ações, cuja tributação ocorre apenas por ocasião de um eventual resgate de cotas.

Tais eventos foram descritos e organizados no TVF por meio de dois tópicos (As Alterações no Fundo Santa Rita, às e-fls. 1579/1584, e A Efetivação da Operação com o FIA Santa Rita, às e-fls. 1585/1594) sintetizados a seguir de forma a se extraírem os principais pontos que revelam, segundo a ótica da autoridade fiscal, a verdade oculta:

1. **Constituição do Fundo** de Investimentos em Ações Santa Rita (FIA), em **28/05/2007**, com **administração por BTG Pactual Serviços Financeiros S/A**;
2. Assembléia Geral de Quotistas, em 07/12/2012, em que ficou acertado que o **FIA passaria a ser administrado por UBS Administradora de Valores Mobiliários Ltda., a partir de 13/12/2012**, com aprovação do novo regulamento.
3. **Resgate de cotas por quatro investidores do Fundo**, em novembro e em 11/12/2012, **restando apenas um único investidor: PAIC**;
4. **Ingresso de novos investidores, Península e Onix**, que junto com PAIC detinham as ações preferenciais de CBD;
5. **PAIC, Península, e Onix** fazem ajustes nas **aplicações iniciais de forma que as participações passam a refletir a mesma proporção do investimento** com ações da CBD que cada empresa detinha;
6. Com **alterações importantes em relação ao regulamento anterior**, de 23/05/2011, e ao recém-aprovado, em 13/12/2012, foi aprovado novo regulamento, em 14/12/2012, **para vigorar a partir de 17/12/2012**;
7. Novos investidores solicitam, em 14/12/2012, **transferência das ações preferenciais da CBD para o Fundo, em 17/12/2012**, na mesma proporção dos saldos ajustados em 13/12/2012, conforme o seguinte quadro:

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

8. O valor de alienação, de R\$ 20.527.079,19, corresponde à solicitação de transferência de PAIC, de 656.845 ações PN da CDB aplicadas no FIA, era o

valor das ações contabilizado nas contas 131103 - INVESTIMENTO CBD e 131104 - EQUIV. PATRIM. CBD.

9. O valor contabilizado implica que o preço por ação considerado foi de R\$ 31,25/ação (valor contábil), 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.
10. **No dia 18/12/2012, com as ações a valor de mercado, o patrimônio líquido do fundo se elevou de R\$ 752.591.890,84 para R\$ 2.298.719.004,76, e as ações da CBD passaram a representar 98% do patrimônio do FIA.**

Por sua vez, **as alterações efetuadas no regulamento do fundo** 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.

Em vista de tais fatos, constatou a autoridade fiscal que, em verdade, ocorreu uma **“reavaliação da participação societária detida na CBD, dissimulada na aplicação de investimento em fundo de ações”**, em 17/12/2017, sendo o valor de R\$ 41.130.960,96, correspondente ao ganho na reavaliação, conforme tabela abaixo:

Descrição	Valores (R\$)
Cotação de fechamento das ações CBD em 17/12/2012	93,87
Quantidade de ações integralizadas	656.845
Valor de Mercado das Ações CBD em 17/12/2012	61.658.040,15
Custo das ações na contabilidade	20.527.079,19
Reavaliação a ser lançada	41.130.960,96

Face à reavaliação da participação societária, fundamentou-se o lançamento em omissão de receitas não operacionais, com base no art. 438 do RIR/99, que ora se reproduz:

Reavaliação de Participações Societárias Avaliadas pelo Valor de Patrimônio Líquido

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).

E ainda, com base no entendimento de que a operação efetuada revelou a intenção de reduzir o tributo de maneira artificiosa, procedeu-se à qualificação da multa. Confirma-se o seguinte tópico do TVF

6. QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

Em face do lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL decorrente do ganho obtido com a valorização das ações preferenciais da CBD, cumpre, então, o exame da multa de ofício aplicável aos casos em questão.

A redação do art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, dada pela Lei nº 11.488/2007, assim dispõe:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Especial atenção deve ser dedicada ao que dispõe o §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, acima transcrito. Nele citados, o art. 71 da Lei nº 4.502/64 assim define sonegação e o art. 72 define fraude:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

- da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

- das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

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

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

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.

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 comercial 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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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, justificándose plenamente a aplicação da multa qualificada.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Foram lavrados Termos de Sujeição Passiva Solidária referentes à pessoa física Abilio dos Santos Diniz, e à pessoa jurídica Península Participações S.A., todos com base legal nos arts. 124 e 135, III da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN).

DA DECISÃO DA DRJ

Cientificados o contribuinte e os responsáveis solidários, em 06/09/2017 (e-fls. 1637, 1638, 1639), apresentaram impugnações, em 05/10/2017 (e-fls. 1644, 2394, e 2674), com argumentos, renovados também na peça recursal, que combatem diretamente o mérito do lançamento e as ilações da autoridade fiscal. Confirmam-se os principais argumentos:

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 2013):

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:

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;

Os fundos de investimento seriam adequados para as operações que se vislumbavam, 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;

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. 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,

pusse 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;**

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 ser feita sob a administração de qualquer instituição financeira:

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 incorreta a valoração das ações preferenciais da CBD 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 a valoração de seu patrimônio líquido. Frise-se, valor de patrimônio líquido e preço de ações negociadas em bolsa de valores são grandezas completamente distintas;

Com a entrada em vigor da Lei 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 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 ao 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;

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 Avila, 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;

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 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;

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;

Os pareceres contratados pelo Impugnante foram uníssimos 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;

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 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;

No cenário ficto-simulado-abusivo construído pela Autoridade Fiscal, o fato jurídico capaz de ensejar a incidência do HLPJ e da CSLL não equivaleria à suposta reavaliação ocultada de participação societária, mas à venda das ações PX 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;

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;

Em sessão, de 25 de maio de 2018, a primeira Turma da DRJ/SPO, por unanimidade, manteve integralmente a exigência tributária (e-fls. 2948/3086), conforme ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2013

AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE ESTIMATIVA PELO LEVANTAMENTO DE BALANÇO OU BALANCETE DE SUSPENSÃO. RECONHECIMENTO DO EXERCÍCIO DA OPÇÃO PELO LUCRO REAL ANUAL.

Entende-se devidamente materializada a opção pelo lucro real anual quando a empresa levanta balanço ou balancete de suspensão do pagamento da estimativa afeta ao mês de janeiro do respectivo ano-calendário e, por consequência, deixa de pagar tal estimativa.

ECONOMIA FISCAL EMPREENDIDA PELO APORTE DE AÇÕES EM FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES POR VALOR DISSONANTE DO MERCADO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL EXTRATRIBUTÁRIO. INOPONIBILIDADE DA ARTIFICIALIDADE AO FISCO.

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 comercial 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.

AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DEFINITIVO DE IRPJ E CSLL NOS PERÍODOS EM QUE REALIZADO O RESGATE DE COTAS DO FIA SANTA RITA. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DE RECOLHIMENTOS ANTECIPADOS NA PRESENTE AUTUAÇÃO.

Restando evidenciado que os resgates futuros de cotas afetas a fundo de investimento não acarretaram o recolhimento definitivo de IRPJ e CSLL computados na presente autuação, vez que inexistente a apuração de base tributável nos respectivos períodos de apuração, não se mostra possível a dedução de recolhimentos antecipados (retenções na fonte e estimativas mensais) de IRPJ e CSLL efetuados em decorrência de tais resgates.

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 ADMINISTRAÇÃO 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.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CISÃO PARCIAL.

Embora não conste expressamente do rol do art. 132 do CTN, a cisão da sociedade é modalidade de mutação empresarial sujeita, para efeito de responsabilidade tributária, ao mesmo tratamento jurídico conferido às demais espécies de sucessão.

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.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

DO RECURSO VOLUNTÁRIO - PAIC

Irresignada, PAIC Participações Ltda., após ciência do acórdão, em 04/06/2018 (e-fls. 3099), interpôs recurso, em 03/07/2018, às e-fls. 3104/3345, por meio de Procurador devidamente constituído, com alegações, em preliminar, sobre nulidades do lançamento, e ainda variados argumentos organizados em tópicos, a seguir enumerados, sobre as razões de direito acerca da suposta omissão de receita decorrente do aporte de ações preferenciais de CBD no Fundo Santa Rita. Confira-se:

PRELIMINAR

I. Nulidade do Lançamento - Erro na Identificação do Aspecto Temporal dos Supostos Fatos Geradores: Ao lavrar os autos de infração, a Autoridade Fiscal considerou como o momento do fato gerador o dia 31/12/2012, deixando de observar que a Recorrente estava sujeita à regra de apuração do lucro real trimestral, já que, apesar de ter, a princípio, indicado nas suas DIPJs a opção pelo regime anual, essa não realizou qualquer recolhimento a título de estimativa de IRPJ ou de CSLL no período, descaracterizando, portanto, tal opção excepcional (tópico II. 1).

DO DIREITO

II. Reconhecimento de Existência de Propósito Negocial pela DRJ e Necessidade de Cancelamento da Exigência Fiscal: Conforme exposto em detalhes no tópico III. 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 nº 07/2007 (não mencionado pela Autoridade Fiscal).

III. Contexto Econômico da Operação Realizada: Conforme exposto em detalhes nos tópicos III.2, III.3.1 e III.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%.

IV. Impossibilidade de Aplicação do Artigo 438 do RIR/99: Nos termos do que foi exposto no tópico III.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 nº 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.

V. 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 nº 07/2007 não pode ser aplicado em razão de ser ilegal, conforme detalhadamente explicitado no tópico III.3.3.2 e nos pareceres 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 nº 13.043/2014.

Além disso, o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 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, 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.

VI. 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 (tópico III.3.3.3).

VII. 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 DRJ.

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).

VIII. Da Impossibilidade de Qualificação da Multa na Hipótese de "Abuso de Direito": A alegação de ocorrência de "abuso de direito" não permite a qualificação da multa de ofício, pois o artigo 44, § Iº, da Lei nº 9.430/1996 permite a qualificação somente nos casos de sonegação, dolo ou conluio, o que não foi alegado no caso concreto.

IX. Hipótese de Postergação: Mesmo que se pudesse entender que a Recorrente teria realizado um planejamento tributário abusivo, visando afastar a tributação sobre o ganho de capital decorrente da reavaliação das ações da CBD, o que, por óbvio, alega-se apenas para argumentar, a Autoridade Fiscal deveria ter considerado, na apuração do crédito tributário supostamente devido, os valores que foram efetivamente recolhidos quando do resgate das cotas do FIA Santa Rita.

Nesse contexto, é evidente que a Fiscalização deveria ter aplicado a regra relativa à postergação do pagamento e não o tendo feito, os autos de infração devem ser declarados nulos. Caso assim não se entenda, devem, ao menos, ser sanadas as incorreções cometidas pela DRJ ao não considerar os tributos postergados, conforme exposto em detalhes no tópico III.5.

X. 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.6).

XI. 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 III.7, 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).

XII. 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 III.8). 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 III.9). Ademais, a exigência de multa de ofício qualificada no patamar de 150% viola o princípio da vedação ao confisco (tópico III. 10). 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 (tópico III. 11).

XIII. Compensações e Retificações Indevidas de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa da CSLL: Em decorrência dos argumentos expostos nesse Recurso Voluntário, deverá esse E. CARF determinar a reforma do acórdão recorrido, cancelando-se integralmente a autuação fiscal e reestabelecendo-se, em consequência, as compensações indevidas de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL promovidas pela Fiscalização (tópico III. 12).

RECURSO VOLUNTÁRIO – Península (Responsável Solidário)

Península, após ciência do acórdão em 04/06/2018 (e-fls. 3100), interpôs recurso (e-fls. 3586/3645), em 03/07/2018 (e-fls. 3581), por meio de Procurador devidamente constituído, com a narrativa dos fatos, e alegações, em preliminar, acerca da impossibilidade de inovação dos fundamentos pela autoridade julgadora, e, no mérito, de questões de direito organizados nos seguintes tópicos:

1. Das Razões Expostas pela PAIC Participações S.A. em seu Recurso Voluntário
2. Da Não Caracterização da Responsabilidade Tributária em Razão da Cisão Parcial
3. Da Responsabilidade Tributária na Cisão - Da Inaplicabilidade do Artigo 132 do CTN
4. Da Inobservância do Parágrafo Único do Artigo 233 da Lei 6.404/76
5. Da Impossibilidade de Exigência da Multa de Ofício na Hipótese de Responsabilidade Tributária por Cisão Parcial
6. Do Princípio da Pessoalidade da Pena
7. Da Não Ocorrência de Fraude e da Inexistência de Dolo - Impossibilidade de Aplicação da Multa Agravada
8. Subsidiariamente: "Abuso de Direito" não Autoriza Qualificação da Multa
9. Da Impossibilidade de Exigência da Multa Agravada no Caso de Dúvida - Aplicação do Artigo 112 do CTN
10. Ad Argumentandum - Da Vedação ao Confisco

RECURSO VOLUNTÁRIO – Abílio Diniz (Responsável Solidário)

Abílio dos Santos Diniz, após ciência do acórdão em 04/06/2018 (e-fls. 3101), interpôs recurso (e-fls. 3493/3570), em 03/07/2018 (e-fls. 3492), por meio de Procurador devidamente constituído, com exposição dos fatos, e alegações, em preliminar, sobre a nulidade do acórdão ora combatido, a impossibilidade de inovação dos fundamentos pela autoridade julgadora, e a falta de motivação da responsabilidade solidária atribuída ao recorrente. Acerca do mérito, apresenta argumentos organizados nos seguintes tópicos:

1. Das Razões Expostas pelo PAIC Participações S.A. em seu Recurso Voluntário
2. Inexistência de Responsabilidade Tributária do Recorrente (Artigo 135 do CTN)
3. 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
4. Da Falta de Comprovação de Intuito Doloso - Impossibilidade de Aplicação do Artigo 135 do CTN
5. Da não Ocorrência de Atos Praticados com Excesso de Poderes ou Infração de Lei, Contrato Social ou Estatutos
6. Subsidiariamente: Da Impossibilidade de Responsabilização de Terceiros na Hipótese de Alegação de "Abuso de Direito"
7. Da Não Ocorrência de Fraude e da Inexistência de Dolo - Impossibilidade de Aplicação da Multa Agravada
8. Subsidiariamente: "Abuso de Direito" não Autoriza Qualificação da Multa
9. Do Princípio da Pessoalidade da Pena
10. Da Impossibilidade de Exigência da Multa Agravada no Caso de Dúvida - Aplicação do Artigo 112 do CTN
11. Ad Argumentandum - Da Vedação ao Confisco

CONTRARRAZÕES PFN

Por sua vez, em contrarrazões, a Procuradoria da Fazenda Nacional, às e-fls. 3655/3730, rebate as alegações apresentadas pelos recorrentes. Inicialmente chama à atenção para vários pontos relacionados aos eventos preparatórios à integralização de cotas no Fundo, conforme relato da autoridade fiscal, e reproduz os argumentos principais da defesa descritos na decisão de piso (vide argumentos da impugnação acima). Após, refuta as alegações sobre suposta alteração de critério jurídico promovida pela decisão recorrida, e suposta nulidade por erro quanto ao regime de apuração, ao passo que, no mérito, reforça os argumentos apresentados pela autoridade fiscal, e confirmados pela decisão de piso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Sérgio Magalhães Lima, Relator.

Os recursos são tempestivos, e preenchem aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual deles tomo conhecimento.

RECURSO VOLUNTÁRIO PAIC

Inicialmente, com fatos e argumentos detalhados às e-fls. 3137/3166, tal como exposto em sua peça de impugnação, PAIC procura demonstrar o real propósito econômico e societário da operação por meio da narrativa histórica dos acontecimentos e das incertezas deles decorrentes, que culminaram no aporte das ações preferenciais da CBD, detidas pelos recorrentes, no FIA Santa Rita, com o objetivo de diversificação do investimento para fins de proteção de seu patrimônio, até então concentrado em ativos relacionados à CBD, fatos esses sintetizado no relatório acima.

Em seguida, expõe questões que a seguir serão analisadas.

Das nulidades do lançamento e do acórdão recorrido

PAIC argui, em preliminar, nulidade do lançamento em razão da inobservância pela autoridade fiscal da regra de apuração do lucro real trimestral a que estava sujeita, uma vez que *considerou como o momento dos fatos geradores o dia 31/12/2012, bem como utilizou a sistemática do lucro real anual para apurar o IRPJ e a CSLL supostamente devidos*.

Informa que para que seja concretizada a opção do contribuinte da apuração do IRPJ e da CSLL pela sistemática anual, é imprescindível que haja o pagamento do imposto correspondente ao mês de janeiro ou de início de atividade, e a opção pela apuração anual.

Acrescenta que embora tenha indicado na sua DIPJ de 2013 (ano-calendário de 2012) a opção de que apuraria o IRPJ e a CSLL pela sistemática do lucro real anual, não realizou qualquer recolhimento a título de estimativa de IRPJ ou de CSLL no referido ano-calendário, o que descaracterizaria a opção excepcional realizada.

Dessa forma, restaria nulo o lançamento ante dois vícios materiais graves: *erro na eleição dos momentos dos fatos geradores; e iliquidez e incerteza no cálculo do montante supostamente devido, em razão do erro na indicação dos fatos geradores*.

Após citar trechos de decisões deste Conselho, aparentemente em linha com a tese de nulidade construída, manifesta sua contrariedade com a decisão recorrida, que entendeu não serem nulos os autos de infração, *já que, no caso concreto, a falta de recolhimento de estimativas teria sido resultante do levantamento do “balanço/balancete de suspensão do pagamento de estimativas*. Apresenta o seguinte excerto daquela decisão como ilustração:

"Assim, entendo estar devidamente evidenciado o exercício da apuração pelo lucro real anual, pois as estimativas de IRPJ e CSLL do mês de janeiro de 2012 somente deixaram

de ser recolhidas em face da confecção de balanço / balancete específico para tanto, faculdade esta apenas conferida às empresas optantes pelo lucro real anual." (fl. 55 do acórdão recorrido)

Entende que não existe na legislação fiscal qualquer dispositivo que preveja, em caso específico de falta de recolhimento de estimativas, por força de levantamento de balanço/balancete de suspensão, a consideração da opção pelo lucro real anual, motivo pelo qual requer a nulidade dos autos de infração em razão de erro na eleição do momento do fato gerador e da iliquidez e incerteza no cálculo do montante supostamente devidos.

Para análise da questão, necessária a reprodução dos arts. 2º e 3º da Lei 9.430/96. Vejam-se as partes negritadas:

Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, sobre a receita bruta definida pela art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, auferida mensalmente, deduzida das devoluções, vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30, 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

Art. 3º A adoção da forma de pagamento do imposto prevista no art. 1º, pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime do lucro real, ou a opção pela forma do art. 2º será irretratável para todo o ano-calendário.

Parágrafo único. A opção pela forma estabelecida no art. 2º será manifestada com o pagamento do imposto correspondente ao mês de janeiro ou de início de atividade

Verifico, de plano, falhas nas premissas levantadas pelo recorrente no que concerne à aplicação da regra da sistemática de apuração do lucro real, pois, subentende-se que, diante da falta de recolhimento relativa ao mês de janeiro, ainda que opção houvesse sido realizada pelo contribuinte em sua DIPJ, surgiria a obrigatoriedade pela apuração com base no lucro real trimestral.

Esse entendimento conduziria a uma lógica perversa e insegura quanto à apuração dos tributos por parte do contribuinte, que seria obrigado a realizar o recolhimento de valores inexistentes correspondente ao mês de janeiro, no caso de balancete de suspensão, para manifestar a opção pela forma estabelecida no art. 2º, e por outro lado, do Fisco, no que toca à administração dos créditos confessados, bem como à sua constituição de ofício como no presente caso.

Nesse sentido, fica evidente que a interpretação do artigo 2º da Lei 9.430/96, em relação à opção pelo pagamento do imposto determinado pela base estimada, não pode ser dissociada da faculdade disposta no art. 35 da Lei 8.981/95 a seguir reproduzido:

Art. 35. A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto devido em cada mês, desde que demonstre, através de balanços ou balancetes mensais, que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto, inclusive adicional, calculado com base no lucro real do período em curso.

§ 1º Os balanços ou balancetes de que trata este artigo:

a) deverão ser levantados com observância das leis comerciais e fiscais e transcritos no livro Diário;

b) somente produzirão efeitos para determinação da parcela do Imposto de Renda e da contribuição social sobre o lucro devidos no decorrer do ano-calendário.

§ 2º **Estão dispensadas do pagamento** de que tratam os arts. 28 e 29 as pessoas jurídicas que, **através de balanço ou balancetes mensais**, demonstrem a existência de prejuízos fiscais apurados **a partir do mês de janeiro** do ano-calendário.

§ 3º **O pagamento mensal, relativo ao mês de janeiro do ano-calendário, poderá ser efetuado com base em balanço ou balancete mensal**, desde que neste fique demonstrado que o imposto devido no período é inferior ao calculado com base no disposto nos arts. 28 e 29.

§ 4º O Poder Executivo poderá baixar instruções para a aplicação do disposto neste artigo.

Por esse motivo, tornam-se relevantes as informações prestadas por PAIC ao Fisco, por meio de sua DIPJ do ano-base 2012, que apontam a opção pelo lucro real anual, com o cálculo de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa como motivos para o não recolhimento da estimativa do mês de janeiro. Confirmam-se os dados da DIPJ extraídos da decisão recorrida:

Ficha 11 - Cálculo do Imposto de Renda Mensal por Estimativa

Discriminação	Janeiro
FORMA DE DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA	
Com Base em Balanço ou Balancete de Suspensão ou Redução	
01.Base de Cálculo do Imposto de Renda	-1.965.849,47
IMPOSTO DE RENDA APURADO	
02.À Alíquota de 15%	0,00
03.Adicional	0,00
04.Diferença de IR Devida pela Mudança de Coeficiente s/ Receita Bruta	0,00
DEDUÇÕES	
05.(-)Deduções de Incentivos Fiscais	0,00
06.(-)Valor da Remuneração da Prorrogação da Licença-Maternidade	0,00
07.(-)Imp. de Renda Devido em Meses Anteriores	
08.(-)Imp. de Renda Retido na Fonte	0,00
09.(-)Imp. Pago no Ext. s/ Lucros, Rend. e Ganhos de Capital	0,00
10.(-)IR Retido na Fonte por Órgãos Aut. e Fund. Fed. (Lei nº 9.430/1996)	0,00
11.(-)IR Retido na Fonte p/ Demais Ent. da Adm. Púb. Fed. (Lei nº 10.833/2003)	0,00
12.(-)Imp. de Renda Pago s/ Ganhos no Mercado de Renda Variável	0,00
13.IMPOSTO DE RENDA A PAGAR	0,00
14.IMPOSTO DE RENDA A PAGAR DE SCP	0,00

Ficha 16 - Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido Mensal por Estimativa

Discriminação	Janeiro
FORMA DE DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL	
Com Base em Balanço ou Balancete de Suspensão ou Redução	
CÁLCULO DA CSLL	
01.Base de Cálculo da CSLL	-1.965.849,47
02.CSLL Apurada	0,00
DEDUÇÕES	
03.(-)Recuperação de Crédito de CSLL (MP nº 1.807/1999, art. 8º)	0,00
04.(-)Créditos s/ Depreciação de Bens do At. Imobilizado (Lei nº 11.051/2004)	0,00
05.(-)CSLL Devida em Meses Anteriores	
06.(-)Imp. Pago no Exter. s/Lucros, Rend. Ganhos de Cap. (MP nº 1858-6/1999)	0,00
07.(-)CSLL Retida p/ Órgãos, Aut. e Fund. Fed.(Lei nº 9.430/1996)	0,00
08.(-)CSLL Ret. na Fonte p/ Demais Ent. Adm. Pub. Fed. (Lei nº 10.833/2003)	0,00
09.(-)CSLL Ret. na Fonte p/ Pes. Jur. Dir. Priv. (Lei nº 10.833/2003)	0,00
10.(-)CSLL Retida p/ Órgãos, Aut. e Fund. dos Est., D.F. e Mun.	0,00
11.CSLL A PAGAR	0,00
12.CSLL A PAGAR DE SCP	0,00

Como se vê, por óbvio, a inexistência de valores a recolher com base em balancete de suspensão relativo ao mês de janeiro, somada à opção pela sistemática de apuração anual em DIPJ, constituem requisitos suficientes para se concluir pela realização da opção, em consonância com melhor interpretação dos art. 1º, 2º, e 3º da Lei 9.430/96 c/c art. 35 da Lei 8981/95.

Por tais razões, rejeita-se a arguição de nulidade.

Aduz, ainda, a Recorrente, nulidade do acórdão recorrido, baseado na “*delimitação dos critérios jurídicos do lançamento fiscal e da impossibilidade de manutenção do lançamento fiscal pela DRJ com base em fundamento inovador.*”

A Recorrente informa que a DRJ manteve o lançamento fiscal com base em fundamentos que não encontram consonância com o critério jurídico adotado na formalização do lançamento.

Conduz a sua argumentação, inicialmente, na tentativa de consolidar os entendimentos da Fiscalização, baseados, segundo suas palavras, na “Ausência de Efetiva Transferência de Ações Preferenciais da CBD ao Fundo Santa Rita”, por ser um ato simulado, e na “Ocorrência de Efetiva Reavaliação de Participação Societária”, para então confrontar com trechos do voto condutor da decisão recorrida, supostamente contrários ao entendimento manifestado pela Fiscalização.

Informa, apenas pela passagem dos dois primeiros parágrafos da decisão recorrida no tocante à análise de mérito (e-fls. 3002), que a DRJ entendeu “*que os atos praticados pela Recorrente e pelos demais envolvidos estavam efetivamente inseridos dentro de um contexto econômico, no qual havia legítimo interesse do Grupo AD de proteger o seu patrimônio, frente aos conflitos travados com o Grupo Casino, no que diz respeito ao controle da CBD.*”

Acrescenta passagem adicional daquela decisão no sentido de que “*não se questiona a utilidade dos fundos de investimento em ações para a diversificação dos investimentos da família Diniz*”, para concluir que teria sido afastada a alegação de que a transferência das ações preferenciais para o Fundo Santa Rita teria caráter exclusivamente

tributário, e que, portanto, a acusação fiscal no sentido de que a Recorrente teria praticado ato simulado foi afastada no acórdão recorrido.

Além disso, assevera que “a DRJ, de forma totalmente inovadora, entendeu que, apesar de os atos praticados estarem inseridos em um contexto econômico legítimo, deveria haver a manutenção do lançamento fiscal, já que, ao aportar as ações preferenciais da CBD no Fundo Santa Rita pelo valor contábil, a Recorrente teria deixado de cumprir o disposto no Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 07/ 2007”. Seguem as passagens da decisão de piso trazidas e negritadas pelo recorrente:

"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.

(...)

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." (fls. 56 e 99 do acórdão recorrido - g.n.)

Conclui que “por meio de uma "emenda" ao TVF, tentou alegar que a Fiscalização teria lavrado os autos de infração com base na premissa de que a Recorrente teria deixado de observar o disposto no Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 07/2007 - não mencionado no TVF -, o qual prevê, em síntese que, caso pessoas físicas contribuam com ativos financeiros em integralização de cotas de fundo de investimento por valor distinto de mercado, haverá a possibilidade das Autoridades Fiscais arbitrarem o preço desses ativos, para fins de cálculo de suposto ganho de capital.”

Neste ponto, convém trazer à colação o citado dispositivo normativo:

ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO RFB Nº7, DE 24 DE MAIO DE 2007

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 subsequente à data da integralização à alíquota de 15% (quinze por cento).

§ 1º 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.

§ 2º 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.

A Recorrente complementa ainda que “*é de se notar que houve uma evidente alteração do critério jurídico pela DRJ, a qual buscou justificar a aplicação do artigo 438 do RIR/99 com base na alegação de que, uma vez que o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 07/2007 determinaria a contribuição dos ativos financeiros a valor de mercado na integralização de cotas do FIA (primeira inovação promovida pela DRJ), a Recorrente deveria ter realizado uma reavaliação das ações preferenciais da CBD e o ganho decorrente seria, assim, tributado com base naquele dispositivo legal. Confira-se:*

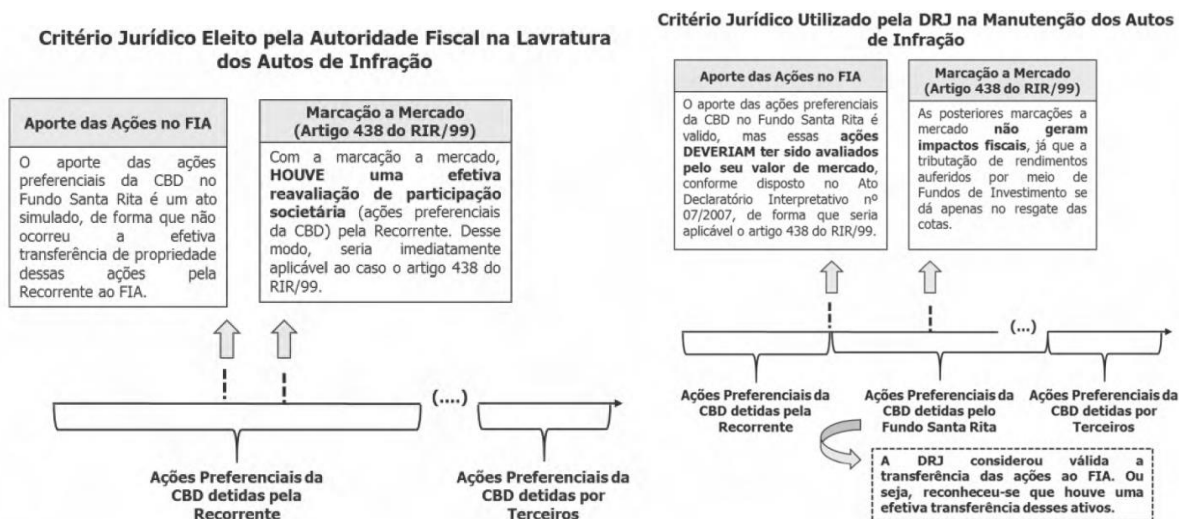
"Na visão da fiscalização, que se entende irrepreensível e em perfeita consonância com o entendimento prestigiado no Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7/2007, o Impugnante DEVERIA ter avaliado as ações da CBD a mercado, antes de aportá-las ao FIA Santa Rita. Essa reavaliação seria imperiosa, conforme já vimos, para que tal operação fosse realizada por valores corretos, ou seja, sem artificialidade.

(...)

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)." (fls. 99 e 100 do acórdão recorrido - g.n.)

"Assim, entendo perfeita a aplicação da norma veiculada no art. 438 do RIR, pois, seguindo os padrões contábeis vigentes em 31/12/2007, o Impugnante DEVERIA ter registrado, no FCONT do ano-calendário de 2012, a necessária avaliação a mercado das ações preferenciais da CBD posteriormente aportadas no FIA Santa Rita." (fl. 103 do acórdão recorrido - g.n.)

Prossegue no reforço dos argumentos na defesa da tese de inovação de critério jurídico, para ao fim sintetizar os fundamentos distintos utilizados pela Fiscalização e pela DRJ por meio dos seguintes quadros ilustrativos:



Termina por citar jurisprudência administrativa no tocante à vedação ao aperfeiçoamento ou inovação do lançamento, e por requerer a reforma do acórdão recorrido com

o cancelamento dos autos de infração. Alternativamente, requer que seja determinada a nulidade da decisão.

Com base nas questões levantadas pelo recorrente, passo à análise.

Convém inicialmente esclarecer que os *obiter dicta*, impressões ou opiniões em reforço a argumentos, ou mesmo argumentos de passagem com o objetivo de trazer maior compreensão às razões que efetivamente levam aos fundamentos determinantes da decisão, vale dizer, à *ratio decidendi*, não compõem o núcleo decisório, por ser de conteúdo marginal e prescindível.

Assim, embora louve-se o esforço do recorrente na busca de demonstrar possível nulidade da decisão, não há como concordar com os pressupostos construídos com base em parágrafos que apenas procuram ilustrar e delimitar os pontos trazidos no procedimento fiscal, em *obiter dictum*, a fim de se separar questões periféricas do núcleo central do lançamento.

Ficam muito claros, da leitura da decisão recorrida, os verdadeiros fundamentos expostos, todos convergentes com aqueles apontados pela Fiscalização. As aparentes divergências, bases sobre as quais foram construídas as premissas postas pelo recorrente, não sobrevivem à completa leitura do acórdão. Confira-se os seguintes excertos:

Conclusões da autoridade fiscal (e-fls. 1594):

117. 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 valorizar 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.

118. O que de fato se constata é a reavaliação da participação societária detida na CBD, dissimulada na aplicação de investimento em fundo de ações.

Conclusões da turma julgadora:

Assim, não se mostra verossímil a alegação de que o aporte das ações no FIA Santa Rita era uma providência necessária para evitar a desvalorização das ações preferenciais da CBD, que se intentava alienar. (e-fls. 3005)

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.** (grifo do original) (e-fls. 3005)

[...]

Em relação à alienação das ações preferenciais da CBD pelo FIA Santa Rita, **acho importante novamente frisar que a fiscalização não realizou qualquer crítica a tal operação, vez que a artificialidade indicada na autuação residiu no aporte de tais valores mobiliários ao FIA Santa Rita por valor flagrantemente inadequado.** Assim, **seguindo o correto raciocínio da fiscalização**, não haveria qualquer óbice em uma pessoa física ou jurídica aportar recursos em um fundo de investimento em ações, ainda que o regime de tributação de tal fundo possa acarretar vantagens tributárias ao investidor. **Contudo, quando do aporte, por óbvio, os valores**

mobiliários entregues ao FIA Santa Rita deveriam estar adequadamente valorados. (e-fls. 3024)

Importante frisar, neste ponto, que a fiscalização não pautou o lançamento com base em ganho potencial do FIA Santa Rita, pois, conforme visto acima, a autuação não se refere aos ganhos auferidos nas alienações das ações preferenciais da CBD realizadas pelo FIA Santa Rita. Assim, **fora de qualquer propósito a alegação de que a fiscalização teria tributado, em nome dos cotistas, os ganhos potenciais do FIA Santa Rita**, quando realizou a marcação a mercado das ações preferenciais da CBD aportadas por seus cotistas. (e-fls. 3024)

[...]

Destarte, com base em todo o exposto, **entendo patente que o aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita por valor contábil pautou-se unicamente pelo desejo de impedir a incidência do imposto de renda e da CSLL sobre a valorização de tais valores mobiliários, quando de seu aporte no referido fundo de investimento. Logo, evidente a ausência de propósito negocial extratributário autônomo e relevante.** (e-fls. 3027)

[...]

Assim, de todo o exposto, **entende-se escoreito o procedimento da fiscalização** ao apontar que a artificialidade do valor atribuído às ações preferenciais da CBD quando de seu aporte no FIA Santa Rita não poderia ser aceita, vez que destinada unicamente à fruição indevida de benesse fiscal, sem qualquer outro propósito. (e-fls. 3044)

Conforme já visto no corpo do presente voto, **a fiscalização não considerou que as operações realizadas pelo FIA Santa Rita seriam irregulares, o que acarretaria a tributação do ganho de capital diretamente em nome de seus cotistas.** De fato, apesar de serem evidentes os benefícios tributários concedidos aos fundos de investimento em ações, **a fiscalização não considerou que as operações realizadas pelo FIA Santa Rita seriam fraudulentas ou simuladas.** Logo, tais benesses fiscais seriam passíveis de regular gozo. (e-fls. 3052)

Não se pode esquecer, contudo, que **a artificialidade objeto da autuação residiu no aporte das ações preferenciais da CBD ao FIA Santa Rita, por valor contábil, em evidente descompasso com o valor de mercado de tal ativo mobiliário.** Logo, imperiosa a reavaliação a mercado de tal participação e a consequente tributação pelo imposto sobre a renda e pela CSLL, em respeito à norma veiculada no art. 438 do RIR. (e-fls. 3052)

Assim, **não há como se cogitar de equívoco da fiscalização**, pois não se aponta que as operações realizadas pelo FIA Santa Rita deveriam ser qualificadas como realizadas diretamente pelos seus cotistas, o que faria com que os ganhos de capital auferidos em tal fundo de investimento fossem tributados em nome de seus cotistas. (e-fls. 3052)

Portanto, **não há qualquer crítica a ser efetuado acerca da fundamentação legal da autuação.** (e-fls. 3052)

Ainda que incompletas as passagens trazidas pela Recorrente, na tentativa de comprovar o alegado dissenso ante a acusação fiscal e os fundamentos considerados no acórdão recorrido, também se pode extrair delas, ao contrário de sua alegação, a convergência de entendimentos entre a fiscalização e a turma julgadora, a começar pelo seguinte excerto: *“que os atos praticados pela Recorrente e pelos demais envolvidos estavam efetivamente inseridos dentro de um contexto econômico”*. De fato, havia um contexto econômico tendente à redução da participação societária na CBD, mas, como exposto no seguinte trecho apresentado acima, que não contradiz a passagem anterior, *“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.

Esclareça-se que o fato de haver concordância acerca da necessidade de a recorrente diversificar seus investimentos, de alienar suas posições acionárias, ou mesmo sobre a utilidade dos fundos de investimento em ações, não significa aquiescência quanto aos meios empregados para se realizar a operação. Em verdade, a utilização de verbos no futuro do pretérito procuram justamente apontar, enquanto opinião do julgador, o que poderia ser efetuado no que tange às opções disponíveis ao recorrente, como forma de descaracterizar a suposta artificialidade.

Convém registrar, pela fidelidade à dialética, que esses verbos, reproduzidos pelo recorrente da decisão de piso, não se encontram originalmente escritos em caixa alta.

Sobre o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 07/2007, que, diga-se, não é ato legal, e jamais poderia ser utilizado para servir como fundamento jurídico para lançamento, o próprio trecho da decisão reproduzido e negrito já revela per si que tal ato não foi levantado pela decisão recorrida como razão de decidir. Em verdade, representa uma simples ilustração de que o entendimento da Fiscalização está em linha com a necessidade de avaliação a valor de mercado das ações da CBD antes do aporte realizado no FIA Santa Rita para fins de se descaracterizar a artificialidade. Veja-se a passagem mais uma vez: *“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”*.

Trata-se, como se vê, de um mero reforço do entendimento adotado pela fiscalização por meio de um esclarecimento sobre as opções que poderiam ser empregadas pela Recorrente como forma de se afastar o caráter simulatório. Afinal, verbos no futuro do pretérito jamais poderiam inaugurar fundamentos jurídicos pois hipóteses futuras não materializam eventos ocorridos, vale dizer, não tipificam fatos geradores. Essa interpretação se aclara com a seguinte passagem da decisão recorrida:

"Assim, entendo não lograr sucesso a tentativa do Impugnante de justificar a estratégia de aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita, por valor contábil, com base na perspectiva de resultados futuros a serem obtidos por este fundo, pois os mesmos resultados poderiam ser obtidos com (i) a venda de tais ações diretamente por seus titulares, notadamente por uma oferta pública de distribuição secundária, seguida do aporte de tais recursos no referido fundo de investimento ou (ii) aporte das ações preferenciais da CBD no FIA Santa Rita por valor de mercado.

Resta patente, portanto, que a DRJ não afastou a existência de reavaliação de participação societária do recorrente, e muito menos apresentou fundamento inovador com base no descumprimento do ADI RFB nº 07/2007.

Identificadas, dessa forma, premissas defeituosas, não há que se validar as conclusões acerca da inovação da fundamentação jurídica pela DRJ, motivo pelo qual rejeito a alegação de nulidade.

No mérito, PAIC procura desconstruir a autuação por meio de argumentos baseados, em síntese: na impossibilidade de desconstituição dos negócios jurídicos praticados, bem como impossibilidade da aplicação do art. 438 do RIR/99 ao presente caso; na existência de propósito negocial para diversificação dos investimentos e para utilização do Fundo Santa Rita como meio de atingir essa finalidade; e na legalidade das operações efetuadas até o efetivo aporte das ações nesse Fundo.

Inicialmente, para uma adequada análise das questões levantadas, necessário se faz identificar os reais fundamentos da infração apurada, o enquadramento legal utilizado para o lançamento, e a conduta de PAIC acerca das operações realizadas.

Da análise do fundamento do lançamento e do enquadramento legal

A recorrente informa que não houve reavaliação de participação societária, e que o art. 438 do RIR/99 dispõe sobre a tributação de eventual ganho na reavaliação de participação societária de acordo com o valor do patrimônio líquido, sendo que o valor atribuído às ações preferenciais da CBD no momento da “marcação a mercado” realizada pelo FIA Santa Rita não possui qualquer relação com a valoração de seu patrimônio líquido, uma vez que valor de patrimônio líquido e preço de ações negociadas em bolsa de valores são grandezas completamente distintas.

E arremata: *“Nesse contexto, fica claro que a aplicação do artigo 438 do RIR/99 no presente caso é totalmente descabida, uma vez que a hipótese retratada no mencionado dispositivo (reavaliação de participação societária, de acordo com o patrimônio líquido da sociedade na qual se detém participação) não possui qualquer relação com a hipótese retratada nos presentes autos (“marcação a mercado”⁵⁶ das cotas do FIA, valorada de acordo com o preço de mercado das ações detidas pelo fundo)”*.

Acrescenta também que a reavaliação em questão não é possível do ponto de vista jurídico em razão da extinção da reserva de reavaliação com a entrada em vigor da Lei 11.638/2007, e que mesmo anteriormente, *“nos termos da antiga redação do § 3º do artigo 182 da Lei das S/A, as contrapartidas de aumento de valor na avaliação de ativos deveriam ser registradas diretamente em conta de reserva de capital (reserva de reavaliação), sem trânsito pelo resultado como receita ou ganho”*.

E ainda que, *“paralelamente, o mesmo Decreto-lei nº 1.598/77 prescrevia no artigo 36 que os bens reavaliados na conferência de bens a outra pessoa jurídica seriam tributados apenas quando da alienação da participação adquirida, ou quando a investida realizasse os bens conferidos.”*

Procura afirmar que não há incidência sobre renda ainda não auferida, porque não realizada, e esse é o princípio pelo qual as reavaliações somente são tributadas quando da realização do bem.

Contesta argumento da DRJ de que durante o período do RTT era possível a reavaliação espontânea de ativos com a informação de que durante o RTT deveriam ser considerados, para fins tributários, os critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007 apenas no que diz respeito ao "reconhecimento de receitas, custos e despesas", conforme disposto no artigo 16 da Lei nº 11.941/2009, o que não seria o caso, vez que se trataria *“de critério contábil de valoração de ativo, **sem trânsito pelas contas de resultado** - de fato, a contrapartida da valoração do ativo era efetuada por meio de lançamento a crédito em conta de reserva do patrimônio líquido.”*

Menciona que *“a própria Receita Federal do Brasil já se manifestou por meio da Solução de Consulta 19 - SRRF/6³ RF/Disit, no sentido de que, a partir de 1º de janeiro de 2008, deixou de ser possível a reavaliação espontânea de bens do ativo, tendo em vista a extinção da conta de “Reservas de Reavaliação”. ”*

Conclui com o entendimento que seria inaplicável o art. 438 do RIR/99 ao presente caso, ensejando nulidade em face do erro no enquadramento legal, pois se *“trata de reavaliação de participação societária **avaliada pelo** patrimônio líquido da sociedade investida e não de reavaliação a valor de mercado; bem como no período em análise não havia a possibilidade de reavaliação espontânea de ativos pelas sociedades, tendo em vista as alterações no disposto no §3º do artigo 182 da Lei nº 6.404/76.”*

E mais: *“ainda que fosse possível a avaliação dessas ações com base no seu valor de mercado, tal avaliação deveria ser feita com base no método de avaliação a valor justo (AVJ)”,* sendo que *“no período de apuração que é objeto o auto de infração ora impugnado, estava vigente o Regime Tributário de Transição (“RTT”), de modo que, como já exposto, eventuais ajustes de avaliação a valor justo (se fosse o caso) sequer gerariam efeitos fiscais.”*

Claramente se verifica que o núcleo da autuação consiste no não oferecimento à tributação da diferença entre o valor que a Fiscalização considera efetivamente aportado no FIA Santa Rita (valor das ações da CBD avaliadas a mercado na data de integralização no Fundo) e o valor contábil daquelas ações, que o recorrente considera fruto de opção não vedada legalmente.

Portanto, deve-se inicialmente analisar a possibilidade de integralização de cotas de Fundos com ações da CBD pelo seu valor patrimonial, pois, esclareça-se, não constituiu objeto de lançamento o ganho decorrente da valorização das cotas após o aporte das ações no fundo.

Nesse sentido, por constituir análise realizada sobre a mesma questão fática relacionada às duas empresas do Grupo AD que também aportaram ações da CBD no FIA Santa Rita, conforme processos mencionados no relatório deste Acórdão, trago a colação excerto do voto do il. Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo (Acórdão nº 1302-003.719, de 16 de julho de 2019), 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”*. Confira-se o seguinte excerto do voto:

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 nº 409, de 2004, que, em seu art. 2º, assim define tais instrumentos:

Art. 2º. 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 utilizados 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. 2º, §3º).

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. 3º da referida Instrução Normativa:

Art. 3º 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.º 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, §2º).

O aspecto mais relevante, no caso sob análise, diz respeito à integralização das cotas, regulada pelo art. 14 da IN CVM nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 §1º 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 nº 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. 2º, nos termos estabelecidos em seu regulamento, observados os limites de que trata esta Instrução.

§ 1º Observado o disposto nos §§ 5º e 6º do artigo 2º, 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.

•§ 1º com redação dada pela Instrução CVM nº465, de 20 de fevereiro de 2008.

§ 2º 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 nº 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 nº 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:

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 administradores 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 recorrido 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 nº 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 nº 409, de 2004, a "contratação ou pagamento" se dará por meio de cotas do Fundo. E qual será o 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 nº 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.

Uma vez que se tem como incorreto o aporte das ações da CBD ao FIA Santa Rita pelo seu valor patrimonial, haja vista a didática comprovação ilustrada acima sobre a necessária valoração a mercado no ato daquele aporte, passo seguinte consiste no exame mais detalhado do fato que ensejou a infração e da possibilidade do enquadramento legal aplicado ao lançamento.

Sobre essa questão, o voto condutor do citado Acórdão, após demonstrar o equívoco da Recorrente em associar a reavaliação de participações societárias com a avaliação decorrente do método de equivalência patrimonial (MEP), entendeu como incorreto o enquadramento legal aplicado ao lançamento, com base nas razões a seguir expostas:

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 a 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. 8º da Lei nº 6.404, de 1976, não será computada no lucro real enquanto mantida em conta de reserva de reavaliação (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 35, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso VI).

§1ºO 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.

§2ºO 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 nº 1.598, de 1977, art. 35, §2º).

§3ºSe 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 nº 5.844, de 1943, art. 43, §1º, alínea "h" , e Lei nº 154, de 1947, art. 1º).

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 nº 11.638, de 2007, que extinguiu a reserva de reavaliação.

Para a conclusão definitiva acerca do tema, valho-me da Resolução CFC nº 1.157, de 2009, que aprovou o Comunicado Técnico CTG 02:

Reserva de reavaliação

127. A Lei nº. 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 nº 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.

Pelo exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário, para cancelar o lançamento relacionado a esta primeira infração.

Embora divirja do fato de que a reavaliação tratada no art. 438 do RIR/99 seja exatamente a tratada pelo art. 434 do mesmo regulamento, entendo que não há como divergir do fato de que o instituto da reavaliação teve seu fim decretado com as alterações introduzidas pela Lei 11.638/2007.

Admitir como possível a reavaliação espontânea de bens sob o manto do art. 438 requer considerar que tal “reajuste” de valor das participações societárias avaliadas pelo MEP estaria dissociado da reavaliação enquanto regra contábil, quando sabemos que as normas tributárias, antes de 2007, tinham estreitíssima ligação com as normas contábeis.

Nesse sentido, Resolução CFC nº 1.157, de 2009, que aprovou o Comunicado Técnico CTG 02, mencionada no excerto acima, confirmou a impossibilidade a qualquer forma de reavaliação espontânea de ativos.

Em linha com essa Resolução, a Solução de Consulta nº 19, de 2009, também dispôs sobre a vedação da possibilidade de reavaliação espontânea de ativos. Confira-se:

**Ministério da Fazenda - Secretaria da Receita Federal:
Solução de Consulta Nº 19 de 09 de Março de 2009**

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ementa: Reavaliação de Bens do Ativo Intangível após a Vigência da Lei 11.638/07

Impossibilidade: A partir de 1º de janeiro de 2008, data de vigência da Lei nº 11.638/2007, vedou-se às empresas a possibilidade de fazer, de forma espontânea, registros contábeis de reavaliação de ativos, face à extinção da conta "Reservas de Reavaliação". AJUSTES DE AVALIAÇÃO PATRIMONIAL. UTILIZAÇÃO RESTRITA AOS CASOS PREVISTOS NA LEI Nº 6.404/1976 E ÀQUELES ESTABELECIDOS PELA CVM. A "Reserva de Reavaliação" não foi substituída pela conta de "Ajustes de Avaliação Patrimonial", que tem natureza e finalidade distinta. Esta se destina a escriturar, exclusivamente, os valores decorrentes de avaliação de instrumentos financeiros, além dos casos estabelecidos pela CVM com base na competência que lhe foi atribuída pela Lei nº 11.638/2007 e Lei 11.941/2009. Aquela se destinava a escriturar as contrapartidas de valores atribuídos a quaisquer elementos do ativo em virtude de novas avaliações com base em laudo.

Logo, sem possibilidade de efetuar qualquer tipo de reavaliação, não há como se atribuir o enquadramento legal aplicado ao lançamento, pois, em verdade, o que ocorreu foi uma alienação típica de ativos, cujo resultado deve ser levado para o cálculo do lucro real.

Por esse motivo, entendo, que no presente caso deveria o fato ser tipificado como ganho de capital na alienação das participações societárias no momento da integralização das cotas do FIA Santa Rita, com a aplicação do art. 31 do Decreto-Lei 1598/77 (art. 418 do RIR/99). Veja-se a redação do artigo antes de sua alteração pela Lei 12.973/2014:

Art 31 - Serão classificados **como ganhos ou perdas de capital**, e computados na determinação do lucro real, **os resultados na alienação**, inclusive por desapropriação (§

4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

Nesse sentido, ainda que as participações societárias não fossem avaliadas pelo MEP, surgiria a obrigação de reconhecimento desse ganho na apuração lucro real, presumido, e arbitrado, com base nas alíquotas determinadas nessas sistemáticas de apuração, exceção feita apenas a empresas com regime distinto de apuração, como as empresas optantes do Simples e isentas, por força da aplicação de alíquotas próprias com base no disposto no art. 2º da Lei 13.259/2016. Confira-se:

“Art. 2º O ganho de capital percebido por pessoa jurídica em decorrência da alienação de bens e direitos do ativo não circulante sujeita-se à incidência do imposto sobre a renda, com a aplicação das alíquotas previstas no caput do art. 21 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, e do disposto nos §§ 1º, 3º e 4º do referido artigo, exceto para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado.”

Importante registrar que no período em que ocorreram os fatos ora tratados, não havia a responsabilidade tributária do administrador do fundo pela cobrança e recolhimento do imposto sobre a renda devido sobre o ganho de capital na integralização de cotas, o que veio a ocorrer somente após a publicação do art. 1º da Lei 13.043/2014, verbis:

Art. 1º Na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, fica o administrador que receber os ativos a serem integralizados responsável pela cobrança e recolhimento do **imposto sobre a renda devido sobre o ganho de capital**, observado o disposto no item 1 da alínea *b* do inciso I do caput do art. 70 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.

[...]

§ 2º Cabe ao investidor que integralizar cotas de fundos e clubes de investimento com ativos financeiros a responsabilidade de comprovar o custo de aquisição dos ativos, bem **como o valor de mercado** pelo qual será realizada a integralização.

[...]

Não obstante a menção a lei editada posteriormente ao período dos fatos aqui tratados, é interessante observar que, por se tratar de norma de atribuição de responsabilidade a administrador de fundos e clubes de investimentos, é possível inferir que já era previsto no ordenamento jurídico não somente o tratamento específico a ser dado ao resultado positivo na integralização de cotas com ativos financeiros (no caso, ações) a título de ganho de capital, mas também a necessidade de se atribuir valor de mercado ao ativo no ato da integralização das cotas de fundos ou clubes de investimento.

Contudo, nota-se que a tese da autoridade fiscal foi construída com base na reavaliação de bens, e não na ocorrência de ganho de capital no momento da alienação, o que, em linha com o acórdão anteriormente citado, não permite considerar a existência de mero erro de enquadramento legal.

Quanto às demais questões arguidas, a exemplo das compensações e retificações indevidas de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL, da possibilidade de aplicação da multa qualificada, da responsabilidade tributária de Península Participações S/A e Abílio dos Santos

Diniz, essas não serão apreciadas em face da perda de objeto decorrente do acolhimento da tese de erro de enquadramento legal.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, rejeito as preliminares de nulidade, e, no mérito, DOU PROVIMENTO ao recurso voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Magalhães Lima