



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 16561.720170/2014-01
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-004.382 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 10 de setembro de 2019
Recorrente TINTO HOLDING LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2009

GANHO DE CAPITAL. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. INTERPOSIÇÃO DE FUNDO DE INVESTIMENTO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

A incorporação de ações por pessoa jurídica mediante a constituição de fundo de investimento, sem qualquer finalidade negocial ou societária, unicamente para diferir o pagamento de tributos devidos, não produz o efeito tributário, almejado pelo sujeito passivo.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

Válida a aplicação da penalidade mais gravosa se presente o necessário aprofundamento da acusação fiscal para evidenciação dos vícios nas operações realizadas e do real objetivo dos intervenientes em deixar de recolher os tributos incidentes sobre o ganho de capital auferido.

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA.

O simples fato do sócio ser detentor da maioria das cotas do sujeito passivo, não é suficiente para atrair a “responsabilidade” prevista no artigo 124, I do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas quanto às matérias (i) "Ausência de Propósito Negocial", (ii) "Qualificação da Multa" e (iii) "Responsabilidade Tributária", vencidos os conselheiros André Mendes de Moura, Viviane Vidal Wagner e Andrea Duek Simantob, que não conheceram dessas matérias; e a conselheira Adriana Gomes Rêgo, que não conheceu somente da qualificação da multa e da responsabilidade tributária. Votou pelas conclusões a conselheira Edeli Pereira Bessa. No mérito, na parte conhecida, quanto à (i) ausência de propósito negocial e à (ii) qualificação da multa, por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Demetrius Nichele Macei (relator), Cristiane Silva Costa, Lívia De Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Caio Cesar Nader Quintella (suplente

convocado), que lhe deram provimento. A Conselheira Livia De Carli Germano acompanhou o relator pelas conclusões quanto à ausência de propósito negocial. Os Conselheiros Livia De Carli Germano e Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado) acompanharam o relator pelas conclusões quanto à qualificação da multa. Acordam, ainda, quanto à (iii) responsabilidade tributária, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros André Mendes de Moura, Viviane Vidal Wagner, Andrea Duek Simantob e Adriana Gomes Rêgo, que lhe negaram provimento. Votaram pelas conclusões as conselheiras Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado). Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Edeli Pereira Bessa. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto as conselheiras Edeli Pereira Bessa, quanto ao conhecimento, Cristiane Silva Costa e Livia De Carli Germano, quanto ao mérito.

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei - Relator

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Redatora designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia de Carli Germano, Andrea Duek Simantob, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Contra a contribuinte, acima qualificada, foi lavrado em 12/12/2014, o Auto de Infração de e-fls. 1.979 a 2003, através do qual foi formalizado o crédito tributário referente ao IRPJ no valor de R\$ 2.350.844.539,97 e de CSLL no valor de R\$ 846.304.034,40, incluídos multa de ofício e juros de mora calculados até 12/2014 para o ano-calendário de 2009, incluídos multa de ofício e juros de mora.

O Termo de Verificação Fiscal (fls.1.928/1.977) entendeu que a contribuinte realizou um conjunto de operações a fim de não oferecer à tributação o ganho de capital apurado na alienação de ações da BERTIN S.A. para o GRUPO JBS. Com isso, reduziu-se indevidamente a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Foram constatadas os seguintes fatos e infrações:

GANHOS E PERDAS DE CAPITAL APURADOS INCORRETAMENTE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO AVALIADO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

O sujeito passivo TINTO HOLDING LTDA não ofereceu à tributação o ganho de capital auferido na alienação de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial, conforme Termo de Verificação Fiscal anexo, o qual constitui parte integrante e inseparável do presente auto de infração.

Fato gerador	Valor apurado	Multa (%)
31/12/2009	3.173.814.688,75	150,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/10/2009 e 31/12/2009

Art; 3º da Lei nº 9.249/95

Arts. 247, 248, 249, inciso II, 251, 418 e 426 do RIR/99

A contribuinte e os responsáveis tributários, cientificados em 16/12/2014 (e-fls. 2041 a 2048), inconformados, apresentaram impugnações, em 14/01/2015, assim identificadas:

e-fls. 2051 a 2136 – Impugnação Citibank (da 20136 até a 2051 são anexos)

e-fls. 2252 a 2303 – Impugnação Silmar Roberto Bertin

e-fls. 2306 a 2378 – Impugnação Heber Participações S.A.

e-fls. 2381 a 2475 – Impugnação João Bertin Filho

e-fls. 2478 a 2573 – Impugnação Fernando Antonio Bertin

e-fls. 2576 a 2670 – Impugnação Reinaldo Bertin

e-fls. 2672 a 2765 – Impugnação Natalino Bertin

Alegam as impugnações, resumidamente:

- A tributação do ganho de capital de Fundo de Investimentos em Participações é diferida (Lei n.º 11.312/2006, art.2.º);
- As negociações iniciaram-se em setembro de 2009 e solucionadas em junho de 2014;
- Não houve fraude na constituição do Bertin FIP, o qual foi concebido segundo as regras da CVM;
- A IN CVM n.º 391/2003 determina que o ganho de capital deverá ser tributado na alienação ou no resgate de cotas do Fundo;
- O ganho de capital de R\$ 3.173.814.688,75 deverá ser oferecido à tributação somente no resgate ou alienação das cotas do fundo (art.2.º da Lei n.º 11.312/2006);
- A cessão de cotas do Bertin FIP para a Blessed Holdings LLC objetivou o equilíbrio da mensuração econômica do patrimônio líquido da Bertin S/A (perda por reavaliação de ativos e com créditos fiscais) a ser vertido para a JBS;
- Deverá a autoridade fiscal analisar todos os atos praticados pela contribuinte para a verificação da materialidade do ganho de capital (efetivo acréscimo patrimonial) ou não;
- A alegada fraude invalidaria todas as operações efetuadas pela contribuinte, sobretudo a troca de ações da JBS S/A pelas ações da FB Participações, não tendo havido o ganho de capital na operação;
- O acordo firmado em 25/06/2014, implicou a transferência de ações da Bertin S/A, no montante de R\$ 1.775.231.541,38 por R\$ 346.000.000,00 para a J&F Investimentos S/A (Holding Controladora da JBS). O resultado final da operação foi um prejuízo de R\$ 1.429.000.000,00 e não um ganho de capital, sem apuração de ágio amortizável;
- No presente caso, houve apenas mera divergência de interpretação da legislação não cabendo a aplicação da multa qualificada de 150%;
- Não houve a caracterização das hipóteses previstas na Lei n.º 4.502/64 (arts.71,72 e 73) o que inviabiliza a aplicação da multa qualificada de 150%;
- Tendo em vista que todos os atos praticados foram registrados e declarados, não se pode aventar a hipótese da existência de dolo, a ensejar a qualificação da multa;
- Não é cabível a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício;
- Responsabilidade Tributária: A responsabilidade por interesse comum exige a comprovação da existência de interesse jurídico, o que não ocorreu no presente caso;
- Não ficou caracterizada a ocorrência de fraude, dolo ou simulação inexistindo condição necessária para a configuração da responsabilidade solidária;
- Deve ser afastada a multa qualificada, pois a contribuinte não é a responsável pela falta de recolhimento de tributo e o procedimento fiscal não poderia responsabilizar a empresa;

- Não foi comprovada a conduta dolosa nem o interesse comum, o qual ensejasse a aplicação da multa qualificada à contribuinte;
- Não houve a ocorrência de qualquer interesse comum com a contribuinte, ora autuada, não podendo prevalecer a autuação fiscal;
- Beneficiar-se economicamente não revela interesse jurídico comum, definido única e exclusivamente pela realização do fato gerador, o que não ocorreu no presente caso;
- Interesse comum traduz-se na realização do fato gerador e não mero interesse econômico, o qual não autoriza a responsabilização tributária;
- A contribuinte não poderia ser enquadrada no art.135 do CTN, pois haveria a necessidade de prova da efetiva prática do ato infracionário e do dolo na conduta e não o simples inadimplemento da obrigação tributária;
- A interessada não é responsável pela resposta à fiscalização das intimações recebidas pela sócia ora autuada;
- Deve-se aplicar ao presente caso o princípio da personalização da pena, no sentido de que a penalidade não pode ultrapassar a pessoa do infrator;
- Caso não se atenda ao pedido, ora formulado, requer a redução da multa para 75%;
- Requer a ciência do local e hora do julgamento para a possibilidade de a contribuinte exercer seu direito a defesa oral e apresentação de esclarecimentos;
- Impugnação da CITIBANK DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A:
 - A impugnante CITIBANK DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A alega que não possui responsabilidade pela presente autuação em razão de ter informado a autuada sobre a valorização das cotas do Fundo e de sua necessidade de tributação conforme o regime de competência;
 - As transações de cessão de ações entre a Bertin FIP e a Blessed não teve a participação da impugnante. Esta apenas foi notificada da negociação acertada pelas partes;
 - Em 23/08/2012, a impugnante deixa de ser administradora e gestora do Bertin FIP;
 - A impugnante obedece ao regulamento do Fundo, o qual cumpre as deliberações da assembléia. Sua gestão do Fundo foi diligente obedecendo a todos os dispositivos previstos no regulamento do Fundo e da legislação reguladora dos fundos de investimento;
 - A impugnante, apesar de deter poderes para participar e votar nas Assembléias das Companhias, apenas cumpriu com a determinação dos cotistas do Bertin FIP ao integralizar as ações da JBS em subscrição de capital na FB (agiu apenas como representante dos cotistas);
 - O TVF reconhece que a impugnante não teve qualquer tipo de influência na decisão de qual modelo seria para efetivar a associação entre a Bertin e a JBS;
 - A impugnante não participou do suposto ato fraudatário pois apenas obedeceu aos ditames dos cotistas sem qualquer participação nas decisões das partes envolvidas;

- A falta de descrição/individualização do fato efetivamente praticado pelo devedor solidário, demonstra a falta de motivação do ato tornando-o nulo;
- Desconsiderar a existência da Bertin FIP afasta a ocorrência de interesse comum, pois o ganho de capital foi da Tinto Holding e não do Bertin FIP;
- É equivocada a responsabilidade solidária na operação de associação entre a Bertin e a JBS, por falta de interesse comum;
- Não houve a ocorrência de atos praticados com excesso de poderes ou de infração à lei, contrato social ou estatutos uma vez que não foi demonstrada os atos lesivos imputados pela autoridade fiscal;
- A impugnante não pode ser enquadrada no art.135, III, do CTN, pois não foi administradora da Tinto Holding, não detinha controle ou participação acionária e não foi diretor, gerente ou representante da Tinto Holding. A empresa impugnante é apenas uma prestadora de serviços remunerada para apenas gerir o Fundo;
- A interessada tomou todas as providências que dela são exigidas por lei junto aos órgãos regulatórios, sobre indícios de atividade irregular decorrente da cessão de cotas pela Tinto Holding à Blessed;
- É inaplicável à interessada a imputação de responsabilidade de terceiros, pois não foi demonstrado objetivamente a conduta dolosa (art.135, I, CTN);
- A impugnante não é a responsável pelo recolhimento de tributos e sim a Tinto Holding não tendo qualquer vínculo jurídico para responder por eventual inadimplemento de obrigação tributária;
- Da inaplicabilidade da multa agravada. A fraude não foi atribuída à impugnante no TVF, pois esta teria relação com a Tinto Holding.

Não houve a prova da conduta dolosa da ora interessada não podendo subsistir a penalidade nos moldes atribuídos pela fiscalização;

- Da validade da operação: o que houve na operação foi a subrogação real com incorporação de ações com substituição acionária sem disponibilização de recursos financeiros com ausência de ganho de capital;
- Do erro na identificação do fato gerador: O fato gerador da obrigação tributária teria ocorrido no auferimento de ganho de capital pela Tinto Holding na integralização das cotas do Bertin FIP ocorrida em 11/12/2009. O prazo decadencial, portanto, encerrou-se em 11/12/2014, ou seja, antes do lançamento em 12/12/2014. A fiscalização elegeu fato diverso para a autuação tornando nulo o presente Auto de Infração.

Associação entre os Grupos JBS e BERTIN, com início em setembro de 2009 e finalizada em junho de 2014

Antes mesmo das tratativas, o BNDESPAR, em 2008, subscreveu e integralizou ações na Bertin S.A. Em montante superior a 1 bilhão, virando acionista dela, com mais ou menos 27% das ações representativas do capital social da Bertin (participação ativa).

O Acórdão n.º 16-68.240, de 07 de maio de 2015 (e-fls. 3359 a 3397), por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido. Confira-se a ementa de tal decisão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO"

Não produz o efeito tributário, almejado pelo sujeito passivo, a incorporação de ações por pessoa jurídica, mediante a constituição de fundo de investimento, sem qualquer finalidade comercial ou societária, unicamente para diferir o pagamento de tributos devidos.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade de atos insertos no ordenamento jurídico.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A multa qualificada é cabível quando constatada que a contribuinte incidiu em ilícitos penais previstos nos arts. 71, I e II, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC. CABIMENTO.

São cabíveis, na forma dos autos, por expressa disposição legal, as exigências de multa de ofício e de juros de mora.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Aplica-se aos lançamentos decorrentes ou reflexos o decidido sobre o lançamento que lhes deu origem, por terem suporte fático comum.

Foram apresentados Recursos Voluntários, assim identificados:

e-fls. 3419 a 3520 – Recurso Voluntário Tinto (da 3521 até a 3600 anexos)

e-fls. 3603 a 3801 – Recurso Voluntário Citibank

e-fls. 3804 a 3858 – Recurso Voluntário Heber Participações S.A.

e-fls. 3861 a 3910 – Recurso Voluntário Reinaldo Bertin

e-fls. 3913 a 3962 – Recurso Voluntário João Bertin Filho

e-fls. 3965 a 4015 – Recurso Voluntário Fernando Antonio Bertin

e-fls. 4018 a 4065 – Recurso Voluntário Silmar Roberto Bertin

e-fls. 4068 a 4115 – Recurso Voluntário Natalino Bertin

Foram apresentadas Contrarrazões da Fazenda ao Recurso Voluntário (e-fls. 4.122 a 4.166) apresentando os seguintes tópicos: a) do conceito de simulação na esfera tributária; b) do planejamento abusivo com utilização de fundo de participação em investimento; b.1) ausência de propósito comercial do Bertin FIP; b.2) caracterização de interposição de “empresa veículo”; b.3) regime de tributação diferida do FIP e a alegada “força indutora” da legislação; c) da aplicação da multa qualificada de 150%; d) da incidência de juros sobre a multa de mora; e) da solidariedade em relação aos sócios e administradores.

O Acórdão n.º 1201-001.640, de 11 de abril de 2017 (e-fls. 4364 a 4401), por unanimidade de votos, negou provimento ao Recurso Voluntário da Recorrente e dos responsáveis solidários, a exceção do Citibank DTVM, cuja responsabilidade foi afastada por unanimidade. Confira-se a ementa:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 31/12/2009

ACÓRDÃO 1ª INSTÂNCIA. NULIDADE.

Descabe a nulidade de Acórdão proferido por DRJ a qual possui competência legal para o julgamento em primeira instância; não configura supressão de instância, acórdão regularmente proferido por DRJ, com base nos elementos contidos nos autos, que manteve o entendimento da fiscalização, tratando-se de prerrogativa dos julgadores daquele órgão, e em não concordando, a recorrente pode exercer seu direito de recorrer à segunda instância de julgamento (CARF); tampouco houve preterição do direito de defesa, pois a impugnação foi apreciada e se na opinião da recorrente, o foi com insuficiência de argumentos e superficial, tal lacuna foi discutida e não confirmada no julgamento do recurso voluntário.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/12/2009

VENDA DE AÇÕES DE EMPRESA CONTROLADA. FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES FIP. ATO SIMULADO. SUJEITO PASSIVO. HOLDING CONTROLADORA.

O sujeito passivo a ser tributado por ganho de capital na venda das ações de empresa controlada é a holding detentora e não o FIP constituído alguns dias antes da operação mediante a conferência das ações da empresa vendida, pois ato simulado não é oponível ao fisco, devendo receber o tratamento tributário que o verdadeiro ato dissimulado produz.

FIP. AUSÊNCIA DE FINALIDADE NEGOCIAL.

Desprovido de finalidade comercial o Fundo de Investimento em Participação FIP, constituído por uma única investidora, com um único investimento ao qual não foi aportado qualquer investimento adicional ou ato de gestão visando seu crescimento/desenvolvimento ou saneamento e cuja permanência no FIP durou alguns dias.

FIP. DESCONSIDERAÇÃO. LEGALIDADE.

É desprovida de base a acusação de que a desconsideração do FIP afronta ao princípio da legalidade, dado que foi devidamente avaliado que a interposição do FIP no lugar da atuada tratou-se de manobra para evadir tributação de ganho de capital.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. SIMULAÇÃO. DOLO.

Estando comprovada a prática deliberada de simulação, portanto, estando caracterizados o dolo e sonegação, cabe a qualificação da multa de ofício.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício é parte integrante da obrigação ou crédito tributário e, quando não extinta na data de seu vencimento, está sujeita à incidência de juros.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ADMINISTRADORA DE FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÃO FIP

Conclui-se que não há elementos para responsabilização tributária solidária com base no art. 135, III, e tampouco no 124, I do CTN, de administradora de FIP, que, formalmente, não detinha poderes de tomar as decisões que conduziram à autuação fiscal, por outro lado, não há informações concretas nos autos sobre se ofereceu consultoria à autuada e se a orientou a adotar a simulação identificada.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPRESA CONTROLADORA.

Cabe a responsabilização solidária com base no art. 124, I, do CTN, se a controladora detém 99,99% do capital acionário, o estatuto social determina que as decisões devem ser tomadas por no mínimo 75% do capital, e se os acionistas desta controladora, sociedade anônima fechada, são as mesmas pessoas que administram a autuada.

STJ. SÚMULA 430. SIMULAÇÃO. DOLO. SONEGAÇÃO.

A súmula nº 430 do STJ não se aplica se há comprovação da simulação e conduta dolosa, que levou à sonegação de IRPJ e CSLL devido.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIOS ADMINISTRADORES.

Cabe a responsabilidade solidária nos termos do art. 124, I do CTN aos sócios administradores, tomadores das decisões que conduziram à autuação fiscal; e, tendo em vista a identificação de simulação, portanto, dolo e sonegação, também aplicável a responsabilização pelo art. 135, III do CTN.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2009

GANHO DE CAPITAL.

Serão classificados como ganhos ou perdas de capital e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação de bens do ativo permanente, apurados com base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte; o valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido, será a soma algébrica do valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte, mais ágio ou deságio e provisão para perdas.

OPERAÇÃO SOCIETÁRIA, PERDA. ANO-CALENDÁRIO 2014.

Alegada perda em operação societária na continuidade da operação societária ocorrida no ano 2014, isto é, posterior ao fato gerador de 31/12/2009 objeto dos presentes autos, deve ser contabilizada e considerada na apuração do ano em que ocorreu, ou seja, em 2014.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Data do fato gerador: 31/12/2009

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Por se tratar de exigência reflexa realizada com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento do imposto de renda pessoa jurídica constitui prejulgado na decisão do lançamento decorrente relativo à CSLL.

Contra tal decisão, que deu parcial provimento aos recursos voluntários apresentados, a Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração (e-fls. 4.404 a 4.414), alegando omissão no julgado, pedido este que foi rejeitado pelo Despacho de Admissibilidade (e-fls. 4.440 a 4.446).

TINTO HOLDING LTDA (e-fls. 4.808 a 4.861) e os responsáveis tributários HEBER PARTICIPAÇÕES S/A (e-fls. 5.464 a 5.506), NATALINO BERTIN (e-fls. 5.140 a 5.182), FERNANDO ANTONIO BERTIN, SILMAR ROBERTO BERTIN (e-fls. 5.788 a 5.830), REINALDO BERTIN e JOÃO BERTIN FILHO (e-fls. 6.436 a 6.478), também opuseram Embargos de Declaração em face da decisão proferida no Acórdão nº 1201-001.640, de 11/04/2017, que também foram rejeitados pelo Despacho de Admissibilidade (e-fls. 7.081 a 7.109)

Inconformada, a contribuinte (TINTO HOLDING LTDA) interpôs Recurso Especial (e-fls. 9.055 a 9.255) cuja estrutura se reproduz abaixo:

Dos Fatos (e-fls. 9.057)

Do cabimento (e-fls. 9.062)

Do prequestionamento quanto às nulidades por cerceamento de defesa (e-fl. 9.062)

Nulidade quanto à omissão dos motivos extra tributários para constituição do BERTIN FIP (e-fls. 9.062)

Nulidade quanto à omissão a respeito dos efetivos cotistas do BERTIN FIP no momento da apuração do suposto ganho de capital (e-fl. 9.068)

Nulidade quanto à omissão a respeito do regime de tributação do investidor estrangeiro que detém mais de 40% das cotas do FIP e está sediado em paraíso fiscal (e-fl. 9.073)

Nulidade por não conhecimento de fatos públicos e notórios aduzidos nos embargos de declaração (e-fl. 9.077)

Nulidade em razão de julgamento extra petita na abordagem do tratamento tributário nas operações envolvendo a permuta de ações (e-fl. 9.081)

Nulidade por alteração do critério jurídico do lançamento tributário - art. 146 do CTN (e-fl. 9.083)

Do prequestionamento quanto ao mérito (e-fls. 9.088)

Interpretação dos artigos 116 e 118 do CTN e art. 167 do Código Civil – Alegação de ausência de propósito negocial não autoriza a desconsideração de negócios jurídicos efetivamente praticados (e-fl. 9.088)

Força indutora da legislação – art. 2º da Lei nº 11.312/2006

Recomposição da verdade material – arts. 145, §3º, 150, IV e 153,III, da Constituição Federal (e-fl. 9.100)

Improcedência da multa qualificada – art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/96 (e-fl. 9.105)

Impossibilidade de cobrança dos juros sobre a multa – arts. 113, 119 e 161 do CTN e art. 61 da Lei nº 9.430/96 (e-fl. 9.110)

Da demonstração de dissídio jurisprudencial (e-fl. 9.112)

Do dissídio jurisprudencial quanto à nulidade por falta de apreciação de provas (e-fl. 9.112) – Acórdãos paradigmas: 2401-002.846 (doc. 01) e 2202-002.276 (doc. 02);

Do dissídio jurisprudencial quanto à nulidade por ausência de apreciação de argumento de defesa (e-fl. 9.116) - Acórdãos paradigmas: CSRF/03-03.358 e CSRF/01-05.134;

Dissídio jurisprudencial quanto à nulidade por não conhecimento de fatos públicos e notórios aduzidos nos embargos de declaração (e-fl. 9.121) – Acórdãos paradigma: 9101-002.781 (doc. 05) e 102-47.418 (doc. 06);

Dissídio jurisprudencial quanto à nulidade por julgamento extra petita na abordagem do tratamento tributário nas operações de permuta de ações (e-fl. 9.125) – Acórdãos paradigma: 9303-003.436 (doc. 07) e 9303-002.099 (doc. 08);

Da divergência jurisprudencial quanto à interpretação do art. 146 do CTN (e-fl. 9.131) – Acórdãos paradigmas: 1201-001.107 e 2401-003.539;

Da divergência jurisprudencial quanto à interpretação dos arts. 116 e 118 do CTN, e 167 do Código Civil (e-fl. 9.137) – Acórdão paradigma: 1302-001.150 (doc. 11);

Da divergência jurisprudencial quanto à força indutora da legislação (e-fl. 9.143) – Acórdão paradigma: 1402-001.477 (doc. 12);

Da divergência jurisprudencial quanto a recomposição da verdade material (e-fl. 9.148) – Acórdãos paradigmas: 101-96.671 (doc. 13) e 1402-01.078 (doc. 14);

Da divergência jurisprudencial quanto à improcedência da multa qualificada (e-fl. 9.155) – Acórdãos paradigmas: 1401-002.077 (doc. 15) e 1402-002.295 (doc. 16);

Dissídio jurisprudencial quanto à interpretação do art. 61 da Lei nº 9.430/96 e do art. 161 do CTN (e-fl. 9.160) – Acórdão paradigma: 9101-00.722 (doc. 17);

Do Direito (e-fls. 9.163)

A recorrente finaliza seu recurso requerendo o conhecimento e provimento do recurso para:

- a) reconhecer o cerceamento do direito de defesa com a anulação do v.acórdão recorrido, para que ocorra novo julgamento considerando todos os elementos de defesa postos nos autos, proferindo-se novo acórdão; ou
- b) no mérito, reformar o v.acórdão recorrido, para cancelar integralmente as exigências fiscais.

Os responsáveis tributários também apresentaram recurso especial (e-fls. 7135/7213 – Natalino Bertin, 7397/7475 – João Bertin Filho, 7667/7747 – Silmar Roberto Bertin, 7944/8023 – Reinaldo Bertin, 8220/8299 – Fernando Antonio Bertin e 10184/10243 – Heber Participações S.A.), abordando as seguintes matérias e acórdãos paradigmas:

- a) cerceamento do direito de defesa por ausência de apreciação de argumentos do contribuinte: CSRF/03-03.358 e CSRF/01-05.134 (iguais ao TINTO);
- b) nulidade por não conhecimento de fatos públicos e notórios aduzidos nos embargos de declaração: 9101-002.781 e 102-47.418 (iguais ao TINTO);
- c) inexistência de solidariedade por interesse comum: 1402-002.603 e 1301-002.271;
- d) ausência de comprovação e individualização da conduta responsável: 1402-001.197 e 1301-002.665 (o recurso especial da empresa Heber Participações S/A não abordou este tópico);
- e) impossibilidade de exigência da qualificação da multa de ofício: 1301-002.436.

Na sequência, o Despacho de Admissibilidade (e-fls. 10.371 a 10.433) deu seguimento parcial ao recurso especial da contribuinte; acompanhe-se a conclusão:

Por todo o exposto, em juízo prelibatório OPINO por DAR SEGUIMENTO PARCIAL ao Recurso Especial (art. 68, §2º, do Anexo II do RICARF) para que sejam rediscutidas as seguintes temas:

1.9) Quanto a Improcedência da Multa Qualificada; e

1.10) Não incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

E NEGAR SEGUIMENTO aos demais temas:

- 1.1) - Nulidade por Falta de Apreciação de Provas;
- 1.2) Nulidade por ausência de apreciação de argumento de defesa;
- 1.3) Nulidade por Não Conhecimento de Fatos Públicos e Notórios Aduzidos nos Embargos de Declaração;
- 1.4) Nulidade por Julgamento extra petita na abordagem do tratamento tributário nas Operações de permuta de ações;
- 1.5) Nulidade por Inovação na Motivação Original do Lançamento (Interpretação do Artigo 146 do Código Tributário Nacional);

1.6) Ausência de Propósito Negocial Não Autoriza a Desconsideração de Negócios Jurídicos Efetivamente Praticados; 1.7) Força Indutora da Legislação Art. 2º da Lei n.º 11.312/2006;

1.8) Quanto à Recomposição da Verdade Material Arts. 145, §3º, 150, IV e 153, III, da Constituição Federal;

1.11) Argumento de Inexistência de Solidariedade por Interesse Comum: Artigo 124, I, do CTN e;

1.12) Argumento de Ausência de Comprovação e Individualização da Conduta do Responsável: Artigo 135 do CTN (Tema analisado em conjunto com o item anterior "1.11").

A contribuinte e os responsáveis solidários apresentaram Agravo (e-fls. 10.456/10.496 – Tinto Holding Ltda, 10520/10547 – Reinaldo Bertin, 10571/10598 – Silmar Roberto Bertin, 10622/10649 – Fernando Antonio Bertin, 10673/10700 – Natalino Bertin, 10724/10751 – João Bertin Filho, 10775/10801 – Heber Participações S.A.), que foi acolhido parcialmente pelo despacho à e-fl. 10.847, cuja conclusão reproduz-se abaixo:

1) NÃO CONHEÇO os agravos, no que se refere às preliminares suscitadas referentes à sentença proferida na Ação de Conhecimento n.º 0006234-84.2015.4.03.6100.

2) REJEITO os agravos relativamente aos temas/matérias "1.1) - Nulidade por Falta de Apreciação de Provas"; "1.2) Nulidade por ausência de apreciação de argumento de defesa"; "1.3) Nulidade por Não Conhecimento de Fatos Públicos e Notórios Aduzidos nos Embargos de Declaração"; "1.4) Nulidade por Julgamento extra petita na abordagem do tratamento tributário nas Operações de permuta de ações"; "1.5) Nulidade por Inovação na Motivação Original do Lançamento (Interpretação do Artigo 146 do Código Tributário Nacional)"; "1.7) Força Indutora da Legislação Art. 2º da Lei n.º 11.312/2006"; e "1.8) Quanto à Recomposição da Verdade Material Arts. 145, §3º, 150, IV e 153, III, da Constituição Federal", e confirmo a negativa de seguimento ao recurso especial nesta parte.

3) REJEITO os agravos dos responsáveis tributários NATALINO BERTIN, FERNANDO ANTÔNIO BERTIN, SILMAR ROBERTO BERTIN, REINALDO BERTIN e JOÃO BERTIN FILHO relativamente aos temas/matérias "1.11) Argumento de Inexistência de Solidariedade por Interesse Comum: Artigo 124, I, do CTN"; e "1.12) Argumento de Ausência de Comprovação e Individualização da Conduta do Responsável: Artigo 135 do CTN", e confirmo a negativa de seguimento ao recurso especial nesta parte.

4) ACOLHO PARCIALMENTE os agravos para DAR seguimento aos recursos especiais relativamente à matéria "1.6) Ausência de Propósito Negocial Não Autoriza a Desconsideração de Negócios Jurídicos Efetivamente Praticados".

5) ACOLHO PARCIALMENTE o agravo do responsável tributário HEBER PARTICIPAÇÕES S/A para DAR seguimento ao recurso especial relativamente à matéria "**1.11) Argumento de Inexistência de Solidariedade**

por Interesse Comum: Artigo 124, I, do CTN", mas apenas em relação ao paradigma nº 1301-002.271.

Em consequência, devem ser adotadas as seguintes providências: 1º - 1º - Encaminhamento dos autos à Unidade de Origem da RFB para ciência da rejeição parcial do agravo a todos os sujeitos passivos, na forma do art. 71, §8º do Anexo II do RICARF, e demais providências de sua alçada, inclusive cobrança, se for o caso; 2º - Restituição dos autos ao CARF para ciência à PGFN: a) dos recursos especiais dos sujeitos passivos (e-fls. 9055/9255, 7135/7213, 8220/8299, 7667/7747, 7894/8023, 7397/7420 e 10184/10283); b) do despacho de admissibilidade dos recursos especiais dos sujeitos passivos (e-fls. 10371/10433); c) dos agravos dos sujeitos passivos (e-fls. 10456/10496, 10673/10700, 10622/10649, 10571/10598, 10520/10547, 10724/10751 e 10775/10801); d) dos documentos de e-fls. 10497/10514; e) deste despacho, assegurando-lhe o prazo de quinze dias para oferecer contrarrazões, conforme o disposto no art. 70, do Anexo II, do RICARF, e para, querendo, trazer suas considerações acerca das preliminares aqui relatadas, especificamente sobre a existência de efeitos da sentença proferida na Ação de Conhecimento nº 0006234-84.2015.4.03.6100 sobre o presente processo administrativo e quais seriam tais efeitos, por sua ótica. 3º - Retorno dos autos ao CARF para distribuição e julgamento do recurso especial do sujeito passivo pela 1ª Turma da CSRF. A seu prudente critério, a CSRF poderá avaliar eventuais efeitos sobre a responsabilidade tributária imputada aos sujeitos passivos NATALINO BERTIN, FERNANDO ANTÔNIO BERTIN, SILMAR ROBERTO BERTIN, REINALDO BERTIN e JOÃO BERTIN FILHO, conforme o que venha ser decidido sobre a matéria "1.9) Quanto a Improcedência da Multa Qualificada".

Por sua vez, a Procuradoria apresentou Contrarrazões (e-fls. 10.918 a 10.961), questionando, primeiramente, a admissibilidade do recurso especial. Neste ponto alega que o recurso não seria cabível a) quanto à matéria dos juros de mora sobre a multa de ofício por conta da edição da súmula CARF nº 108; b) quanto à multa qualificada, alega a ausência de similitude fática, informando, inclusive, que o acórdão paradigma nº 1402-002.295 foi reformado pelo acórdão nº 9101-003.310; c) em relação a matéria "Ausência de propósito comercial não autoriza a desconsideração de negócios jurídicos efetivamente praticados", novamente é invocada a ausência de similitude fática, bem como a falta de interesse de agir da recorrente; d) quanto ao argumento de inexistência de solidariedade por interesse comum (art. 124 do CTN), a Fazenda entende que além da falta de similitude fática, também não houve prequestionamento.

No mérito, pleiteia a manutenção da multa qualificada com base nos seguintes argumentos (e-fl. 10.941):

- a) praticaram atividade ilícita comprovada, detalhadamente descrita no termo de verificação fiscal, observada a partir da realização de diversos atos simulados, tudo visando o não oferecimento à tributação do ganho de capital tributável, motivo pelo qual foi aplicada e devidamente justificada a multa de 150%;
- b) como resultado da conduta dolosa, houve a diminuição do efetivo valor da obrigação tributária, com o consequente pagamento a menor do tributo devido, em evidente prejuízo ao erário;

c) a conduta foi sempre resultado de sua vontade, livre e consciente, já que realizada de forma sistemática, objetivando impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal;

d) a conduta sistemática demonstrou desprezo ao cumprimento da obrigação fiscal, ao princípio da solidariedade de matriz constitucional e ao dever legal de participação, indicando a intensidade do dolo.

Quanto aos juros de mora sobre a multa de ofício, a recorrida defende a incidência dos juros com fundamento nos artigos 161, 113, §1º e 139 do CTN e na súmula CARF nº 108.

No tópico concernente ao propósito negocial, limitou-se a reproduzir as razões já apresentadas nas contrarrazões ao recurso voluntário.

Por fim, quanto a responsabilidade solidária, aduz que a Heber Participações S/A, na qualidade de sócia majoritária da contribuinte, inevitavelmente influenciou nas tomadas de decisão da Tinto Holding. Complementa seu raciocínio transcrevendo trecho do acórdão de primeira instância.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Demetrius Nichele Macei, Relator.

Conhecimento

Os Recursos Especiais da contribuinte e dos responsáveis solidários são tempestivos, com o Despacho de Admissibilidade (e-fls. 10371 a 10433) tendo entendido por dar-lhes seguimento para que sejam rediscutidos os temas relativos a (e-fls. 10432):

“1.9) Improcedência da Multa Qualificada”, por confronto com os Acórdãos Paradigmas n.ºs 1401-002.077 e 1402-002.295, além da;

“1.10) Não incidência de juros de mora sobre a multa de ofício”, pelo paradigma n.º **901-00722**, assim como, pelo acolhimento parcial dos Agravos interpostos pela contribuinte e pelos responsáveis solidários (e-fls. 10891), foi também admitido o seguimento ao Recurso Especial da contribuinte ainda quanto às matérias;

“1.6) Ausência de Propósito Negocial Não Autoriza a Desconsideração de Negócios Jurídicos Efetivamente Praticados”, pelo Acórdão Paradigma n.º 1302-001.150, e ainda;

“1.11) Argumento de Inexistência de Solidariedade por Interesse Comum: Artigo 124, I, do CTN”, pelo Paradigma n.º 1301-002.271, como suscitado pela responsável tributária HEBER PARTICIPAÇÕES S/A.

Considerando a prejudicialidade da questão relativa a **“1.6) Ausência de Propósito Negocial Não Autoriza a Desconsideração de Negócios Jurídicos Efetivamente Praticados”** frente aos outros temas que com ela foram admitidos, mas lhe são subordinados e dependentes, oportuno que se proceda desde logo sua análise, vez que dela decorre a própria existência e cabimento das demais, e mais ainda, por ter havido divergência entre o Despacho de Admissibilidade e a decisão do Agravo acerca do acolhimento do recurso especial em relação à ela, sendo razoável que antes se analise a pertinência de seu conhecimento, para se verificar a sequência dos debates quanto às outras demandas envolvidas.

Como destacado na própria decisão dos Agravos (e-fls. 10871 a 10875), o Despacho de Admissibilidade negou seguimento aos Recursos Especiais, ressaltando em primeiro lugar que o paradigma trazido quanto ao propósito negocial ou substância econômica seria excessivamente genérico (e-fls. 10399/1040), podendo, na sua percepção, ser contraposto como divergência a qualquer *decisum* em que haja referência a conceitos genéricos nesse tema, da mesma forma que, como defende também a PGFN, não haveria similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma indicado, na medida em que o primeiro envolve a interposição de um Fundo de Investimento apenas para diferir a tributação de uma receita, e o segundo concluiu haver propósito negocial em operação que teria envolvido a glosa de despesa pela amortização de ágio obtido na aquisição de um investimento.

A decisão do Agravo, porém, segue em sentido inverso: aponta que em um e outro caso foi discutida a falta de propósito negocial de determinada operação, fazendo o comparativo entre o voto condutor do acórdão paradigma e o recorrido, destacando que enquanto no primeiro *“o Colegiado entendeu que a falta de propósito negocial, por si só, não configura simulação”*, no segundo que seriam inoponíveis ao Fisco os atos de alienação operados por fundo de

investimento cuja constituição fosse “*desprovida de qualquer propósito negocial a não ser economia tributária*”.

Fazendo o confronto entre as afirmações de cada qual dos votos, a decisão do Agravo concluiu às e-fls. 10875 que inobstante “as diferentes situações fáticas com que se defrontam o acórdão recorrido e o paradigma não são relevantes para os fins de demonstração da alegada divergência jurisprudencial”.

O destaque da ementa do acórdão paradigma já deixa bem claro a posição do voto nesse sentido:

GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. INDEVIDA. SIMULAÇÃO. NÃO CARACTERIZADA.

Deve ser afastada a imputação de simulação, quanto não demonstrado o pacto simulatório.

O fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio não se constitui em conduta simulada, pois, diante de dois caminhos lícitos, não estaria obrigado a optar pelo mais oneroso tributariamente, ou seja, aquele em que ele adquirisse diretamente as ações com ágio e depois não pudesse realizar o evento (incorporação, fusão ou cisão) que lhe permitisse recuperar o custo sem alienar o investimento.

A dedutibilidade da amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, após a incorporação da controladora pela controlada, encontra expressa previsão legal nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

E do corpo do *decisum* se verifica também que:

Há que se distinguir o conceito de motivo e causa do negócio jurídico. A futura incorporação da BERTOLINO e o aproveitamento da despesa de amortização do ágio podem ser até o motivo do aporte de capitais na BERTOLINO, mas não a sua causa. *Causa é o fim que o agente procura e o leva a prática do ato, sem se cogitar do fim, que antes tivera, e do fim, ou fins, ulteriores, que com o ato entende alcançar. Motivos são as pré-intenções que dão ensejo ao negócio.* O que é **essencial ao negócio jurídico é a causa**, sendo que *o acordo sobre a causa pode ser simulante: dissimula-se a doação, simulando-se o pagamento; dissimula-se o pagamento, doando-se; vende-se, simuladamente, quando, em verdade, se doou* (Pontes de Miranda, in *Tratados de Direito Privado*, Tomo 3, ed. Bookseller, p.124/126/127). [g.n.]

E segue:

Por esse motivo, afasta-se também a alegação de falta de propósito negocial na constituição da BERTOLINO. De qualquer forma, **a falta de propósito negocial não configura, por si só, em simulação**, se não vejamos como dispõe o § 1º do art. 167 do Código Civil, *in verbis*: (...) - [g.n.]

Em síntese, portanto, o entendimento do acórdão paradigma é no sentido de que, de forma genérica e abrangente, a falta de propósito negocial de *per si* não constitui simulação

ou dissimulação, independentemente de qual seja a hipótese de incidência tributária de que se trate.

Por sua vez, o acórdão recorrido adota posicionamento praticamente oposto ao do paradigma, convicto de que sem propósito negocial válido e fundamento econômico apropriado, que se revele de pronto, o ato não se sustenta perante a órbita tributária.

Sob essa premissa, faz extensa análise dos aspectos que, em sua visão, deveriam ser os fundamentos que seriam necessários para legitimar a utilização do fundo de investimento nos atos operados pela Recorrente.

Assim, a crítica quanto ao que compreende como inadequação dos atos praticados com o que seriam os fundamentos para a configuração do FIP, já revela o entendimento do acórdão recorrido no sentido de que cabe ao Fisco impugnar a validade dos negócios jurídicos nos quais não se tenha a comprovação e a evidência plena e consistente, em todos os seus aspectos, do propósito negocial e da substância econômica dos atos de negócio que se pratique, sob pena de não ser aceito para efeitos tributários.

Vê-se, portanto, que enquanto o acórdão paradigma chega a dispensar propósito negocial para a validade do ato, o acórdão recorrido exige a sua demonstração e conformidade nos seus mais amplos aspectos, sendo, assim, diametralmente discordes neste que é o ponto comum que os une e evidencia a similitude entre ambos quanto a esse tópico, relativo à validade do ato negocial para efeitos tributários, e me leva a concluir pelo acolhimento do Recurso Especial em relação à matéria do item “**1.6) Ausência de Propósito Negocial Não Autoriza a Desconsideração de Negócios Jurídicos Efetivamente Praticados**”, pelo Acórdão Paradigma n.º 1302-001.150.

Explicando melhor:

Não vislumbro aqui divergência decorrente de interpretação de fatos não assemelhados e de incidências tributárias distintas, submetidos a colegiados diversos, mas sim de dissídio jurisprudencial quanto a se ter caracterizado ou não simulação ou dissimulação capazes de desqualificar para fins fiscais os atos praticados, com uma das vertentes chegando a dispensar a demonstração de propósito negocial para a validade do ato, enquanto a outra considera não serem oponíveis ao Fisco os atos para os quais não se reconheça razões negociais ou econômicas que não unicamente para obter vantagem na tributação.

Pondere-se que a questão central aqui não se vincula a definir se houve, como no acórdão paradigma, incidência tributária por glosa de despesa com amortização de ágio, ou, como no acórdão recorrido, incidência por ganho de capital na alienação de participação societária, mas sim quais são os limites, na ordem legal, que se impõe ao Fisco e ao agente passivo quanto à liberdade desse de optar, e em que medida, por alternativas com alguma vantagem tributária.

O acórdão recorrido aponta em seu item 104 (e-fls. 4392) que “*como expôs a PFN, não se trata de desconsiderar o negócio realizado, mas de identificar a sua essência e o verdadeiro fato gerador; o ato simulado não é oponível ao fisco, devendo receber o tratamento tributário que o verdadeiro ato, que foi dissimulado, produz*”, e em seguida especifica que a base legal que adota para sua decisão são os art. 116 e 118 do CTN, que transcreve, sem, porém, aprofundar-se na disposição parágrafo único do art. 116.

O que, no entanto, observa o acórdão paradigma é que a essência do ato negocial que tenha sido praticado encontra-se, de fato, unicamente em sua **causa**, e não em sua mera

motivação, de forma a não ser relevante as razões extrajurídicas pelas quais tenha sido o ato praticado.

Mais do que isso, com o acórdão paradigma posicionando-se no sentido de que “*a falta de propósito negocial, por si só, não configura simulação*”, está, ao meu ver, afirmando que o propósito negocial, em si, é mera motivação do ato – mesmo porque exatamente no campo negocial -, mas não sua causa. Assim, vale lembrar, por essa linha, que se terminada pessoa adquire uma casa na expectativa de que em breve ela poderá se valorizar, tal aspecto, ainda que se constitua no propósito negocial que o motivou, não é a causa jurídica do ato, que se verifica pelo intento puro e simples de adquirir tal imóvel e dele tornar-se proprietário, e não apenas, por exemplo, tomá-lo em locação, emprestado (comodato) ou ainda em usufruto.

Ao afastar a necessidade de propósito negocial para a validade do negócio jurídico para efeitos fiscais, a decisão paradigma filia-se à corrente que atribui ao Fisco o ônus de comprovar ter havido subversão da **causa jurídica** do ato em si, em seus elementos constitutivos essenciais, independentemente das razões ou fundamentos econômicos (motivação) pelos quais as partes o tenham praticado.

Por esse entendimento, a decisão paradigma ainda transfere ao Fisco o ônus de provar a dissimulação, devendo comprovar que o ato não teria outra razão ou fundamento que não exclusivamente a busca de vantagem tributária

A decisão recorrida, por sua vez, opera pela vertente contrária, no sentido de que a desconsideração se aplica sempre que o contribuinte não se desobrigue da incumbência de comprovar ter havido outra razão extra tributária, que legitime, aos olhos do Fisco, os atos realizados, sob pena de serem desconsiderados para efeitos fiscais/tributários.

Ressalto nesse ponto que a disposição do art. 67 do Regimento deste CARF (Portaria MF n.º 343, de 9 de junho e 2015, com a redação da Portaria MF n.º 153, de 17 de abril de 2018) confere competência à este Colegiado para “*julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, Turma de Câmara, Turma Especial ou a própria CSRF*”.

Me parece que aqui o conflito de interpretação não é relativamente aos fatos tributários de cada processo, mas sim à legislação tributária quanto a ser cabível ou não ao Fisco desconsiderar a validade de negócios jurídicos celebrados entre particulares por ausência do que aceite como propósito negocial ou razão econômica para que lhe possam ser oponíveis.

Registre-se que a arguição pela Procuradoria de que haveria falta de interesse de agir da recorrente na questão ora versada (1.6), ao pretexto de que não teriam sido atacados todos os demais fundamentos capazes, por si só, de manter a decisão recorrida, não tem como prosperar, haja vista que, uma vez seja afastada a exigência de propósito negocial, ou se constate sua adequação para validar o negócio jurídico na forma realizada, se terá o afastamento também das demais questões objeto deste processo, que lhe são decorrentes, na exata medida do salientado pelo Despacho de Admissibilidade (e-fl. 10379), ressaltando que a “*matéria principal mais importante que aqui se enfrenta [tem] apenas um único fundamento relevante e autônomo, como já se demonstrou que é a verificação da existência ou não de simulação no planejamento tributário envolvendo o ganho de capital*”.

No que se refere à objeção pela PGFN, em suas Contrarrazões de e-fls. 10918 a 10961, quanto às demais questões admitidas no Recurso Especial, a iniciar pela “1.9) Improcedência da Multa Qualificada”, com base nos acórdãos paradigmas **n.ºs 1401-002.077 e 1402-002.295**, a Recorrente tendo refutado a ocorrência de dolo em seus atos, entendeu que a

matéria se restringe a divergência de interpretação de norma legal correspondente a multa qualificada, pelo que se mantém, nessa linha, a admissão do tema para confronto com os acórdãos paradigmas apontados, nos moldes indicados pelo Despacho de Admissibilidade às fls. 10415.

Ainda neste tema, a PGFN informa ter havido a reforma do acórdão paradigma n.º 1402-002.295 pelo acórdão n.º 9101-003.310, afeto ao tema da multa qualificada (item 1.10). Porém, como a interposição do Recurso Especial se deu em data anterior a este julgamento - 16 de junho de 2015 (e-fls. 3419) - resta afastado o argumento em destaque para efeitos da análise de admissibilidade, por não lhe ser oponível à parte fato subsequente.

Em relação ao aspecto do “1.11) Argumento de Inexistência de Solidariedade por Interesse Comum: Artigo 124, I, do CTN”, pelo paradigma n.º 1301-002.271, pela solidária HEBER PARTICIPAÇÕES S/A., a divergência se dá em razão do acórdão recorrido imputar responsabilidade solidária à HEBER pela circunstância de ser controladora da autuada, e tendo participação de “99,99%, obviamente, todas as decisões eram suas”, de modo que, assim, “*cabe manter a responsabilidade solidária da controladora Heber Participações, nos termos do art. 124, I, do CTN*”, enquanto, de outro lado, o paradigma, que reconhece esse dispositivo possa ser aplicado isoladamente, esclarecendo que “qualquer sócio, administrador ou não, tem interesse nos lucros da empresa da qual participa. Mas daí não se pode concluir que qualquer ato (ainda que lícito) no sentido de aumentar os lucros tenha o condão de caracterizar o interesse comum e, por consequência, atrair a solidariedade. Por mais esse motivo, entendo eu o art. 124 tem que estar conjugado a outro dispositivo legal”.

Esse, portanto, o núcleo da divergência: enquanto para a decisão recorrida basta a circunstância de ser sócio controlador, para se presumir a administração da sociedade, e daí advir a solidariedade nos termos do art. 124, I, do CTN, diversamente, para o acórdão paradigma somente com a conjugação de se ter infringido outro dispositivo legal se terá configurada a solidariedade.

Aqui, mais uma vez, se tem divergência de interpretação da legislação relativa aos preceitos do art. 124, I, do CTN e a necessidade de conjugá-lo ou não a outro dispositivo legal para configurar interesse jurídico efetivo, capaz de atrair a solidariedade tributária.

Finalmente, quanto ao item “1.10) Não incidência de juros de mora sobre a multa de ofício”, pelo paradigma n.º 901-00722, e a arguição pela Procuradoria da Súmula CARF n.º 108, deve se observar que o § 3º do art. 67, do RICARF, sendo vedada a análise dessa matéria por este colegiado, impedindo portanto o conhecimento da matéria em recurso especial, mesmo que o Despacho de Admissibilidade tenha confirmado a divergência jurisprudencial nesse ponto.

Isto posto, voto por conhecer do Recurso Especial, exceto em relação à matéria “Juros de mora sobre multa de ofício”, por força do art. 67 do RICARF.

Mérito

Em síntese, trata-se de lançamento que exige da recorrente IRPJ e CSLL, apurados em alienação de investimento avaliado pelo Método de Equivalência Patrimonial – MEP, com a desconsideração da participação de Fundo de Investimento em Participações – FIP (BERTIN FIP), que teria sido utilizado com propósito meramente tributário, visando tão somente o diferimento, com base no art. 2º da Lei n.º 11.312/2006, da tributação de ganho de capital em

operação de combinação de negócios, por meio de incorporação de ações realizada no último trimestre de 2009, com a atuada TINTO HOLDING LTDA. sendo apenada com multa de agravada de 150%, e incluídos como responsáveis solidários os sócios e a gestora do Bertin FIP.

Esclareceu o Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 1928 a 1977) que a incorporação compreendia “*diversas etapas para viabilizar a unificação das operações da Bertin e da JBS*”, registrando (e-fls. 1931) que:

“12.(...) é relevante registrar que a Bertin S.A. sempre foi, desde a sua criação, em 2007, controlada pela Tinto Holding. O Bertin FIP foi interposto entre a Tinto Holding e a Bertin poucos dias antes da incorporação de ações da Bertin pela JBS. As atividades do Bertin FIP iniciaram-se em 11/12/2009, quando a Tinto Holding integralizou no capital do fundo a sua participação na Bertin, conforme informado pelas demonstrações financeiras do FIP arquivadas na CVM. O surgimento de Bertin FIP na estrutura do grupo Bertin ocorreu apenas três dias antes da divulgação do Fato Relevante de 14/12/2009, pelo qual, como dito, informou-se que a Bertin teria suas ações incorporadas pela JBS.

13.Assim sendo, do ponto de vista formal, quem recebeu as ações da JBS como resultado da incorporação de ações da Bertin foi o Bertin FIP, bem como foi o fundo também quem, formalmente, subscreveu e integralizou o capital da FB com as ações JBS recebidas na incorporação de ações da Bertin. No entanto, a formalização dos atos não condiz com a essência das operações.

14.Os atos formalizados pela Tinto Holding estão inquinados pela má-fé, pois viciados por um gritante artificialismo. A interposição do Bertin FIP foi realizada sem que qualquer razão minimamente defensável pudesse ser sustentada. A escolha de um fundo para praticar os negócios jurídicos em lugar da Tinto Holding revelou um total desvirtuamento no uso de um instrumento que tem sido utilizado para desenvolvimento do mercado de capitais. A montagem do fundo, a apenas poucos dias da alienação da Bertin, foi estruturada, como se verá, para abrigar um ganho de capital cuja tributação em grande medida seria não apenas diferida, mas também evadida, uma vez que a maior parte das cotas do FIP foi transferida por meio de cessões simuladas a investidor estrangeiro, que é isento de tributação. A falta de propósito do fundo, ratificada pelas respostas inconsistentes da Tinto Holding e do administrador do FIP, deixa à mostra que o objetivo para a sua criação foi o de evitar que o ganho de capital auferido pela Tinto fosse tributado.”

Registre-se que às e-fls. 27, a fiscalizada apresentou a seguinte resposta ao Termo de Intimação nº 2:

“A administração da Tinto Holding optou por utilizar o Bertin FIP entendendo que o mesmo seria adequado como **instrumento para seu investimento** na FB Participações S.A., tendo em vista os **elevados níveis de governança e controle sobre investimentos**, já que a manutenção de um FIP envolve **necessariamente controle dela CVM**, bem como a **atuação de terceiros com expertise em investimentos desta natureza** e.g. administrado/gestor e auditores, nos termos das normas regulamentares da CVM que dispõem sobre a constituição, administração e funcionamento dos fundos de investimento em geral, abertos e fechados.”

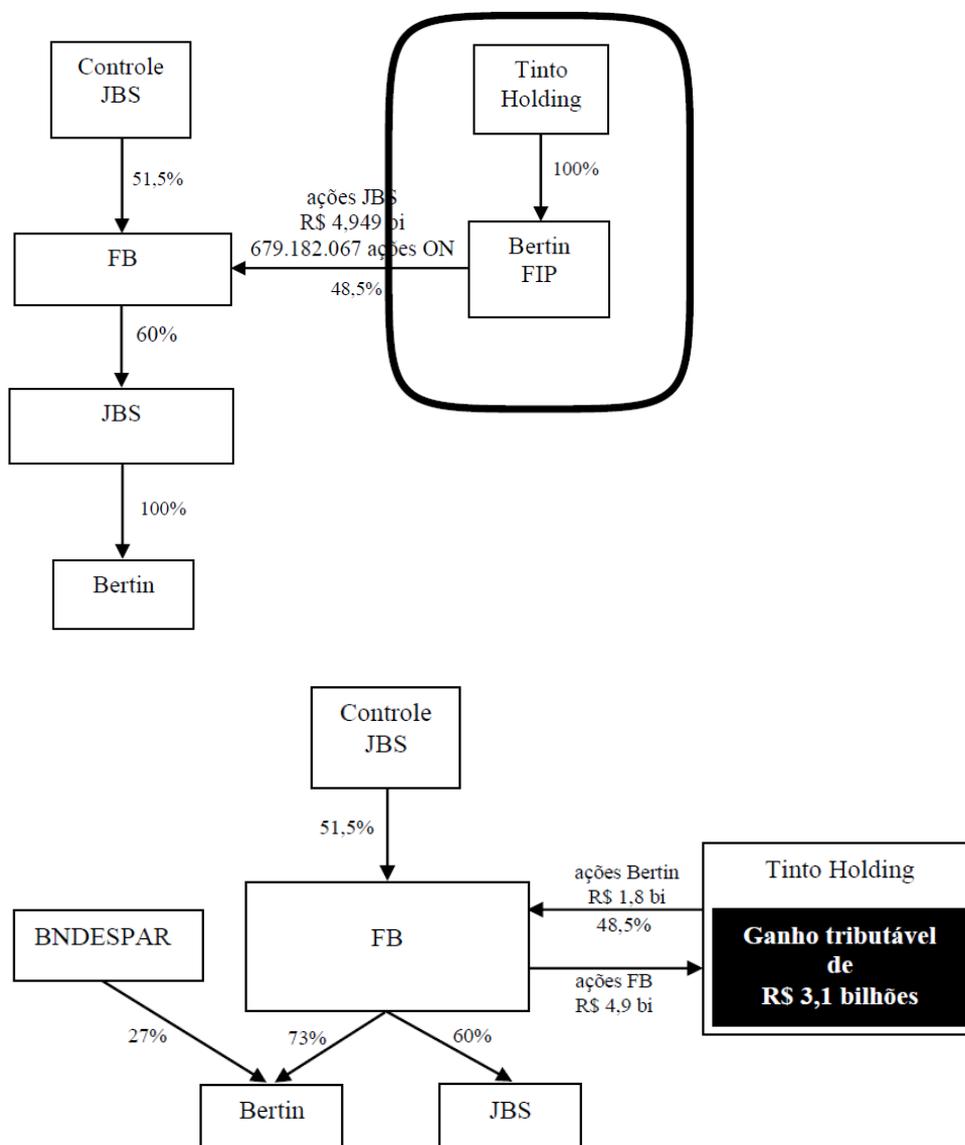
Sem aceitar tais esclarecimentos, o Fisco tomou todos os procedimentos como atos de simulação, considerando que “a própria existência do fundo não tinha razão de ser” (e-fls. 1969), e concluindo o lançamento como omissão de ganho de capital por alienação de investimento, consignando à e-fls. 1972:

“(…)

176.À luz do que foi exposto, será lançado de ofício o IRPJ e a CSLL, incidentes sobre o ganho de capital de R\$ 3,1 bilhões, auferido pela Tinto Holding, e não pelo Bertin FIP, que foi fraudulentamente constituído e utilizado.

177.Reafirme-se que esse ganho foi obtido em dezembro de 2009, no momento em que a Tinto Holding integraliza por R\$ 4,9 bilhões as ações da Bertin então registradas na sua contabilidade por R\$ 1,8 bilhão.

Por fim, o TVF resumiu as operações realizadas (1), e as efetivamente consideradas pelo fisco (2), por meio dos seguintes diagramas, respectivamente:



Da leitura do TVF fica claro e evidente que, mesmo tendo a fiscalização analisado toda a sequência de operações realizadas para a aquisição do frigorífico Bertin (investimento do sujeito passivo) por terceiros, do começo ao fim, o que resultou o auto de infração foi única e exclusivamente o quadro destacado no primeiro diagrama, ou seja, a constituição do FIP mediante a entrega do investimento devido no frigorífico no fundo, para posterior negociação de suas cotas.

Este é o foco do caso em análise: a constituição do FIP; suas causas e motivos.

Cientificados, a contribuinte e os responsáveis solidários apresentaram Impugnações (e-fls. 2051 a 3315), que foram julgadas improcedentes e mantidos os Termos de Sujeição Passiva Solidária (e-fls. 3359 a 3397), pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP – DRJ/SPO.

Foi então apresentado Recurso Voluntário pela autuada (e-fls. 3521 a 3600), e pelos demais responsáveis solidários, defendendo a validade da constituição do FIP, que foi apreciado pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, com o acórdão recorrido tendo procedido aprofundada verificação sobre a origem, finalidade e fundamentos para a instituição de FIP, registrando:

“71.Quanto ao propósito comercial do FIP, a recorrente anexou Parecer Econômico da Consultoria Tendências, em apoio à argumentação que desenvolveu de que a criação do FIP teve propósitos e justificativas negociais.

72. A Instrução CVM n.º 391, de 16 de julho de 2003, com alterações introduzidas pelas Instruções CVM n.º 435/06, 450/07, 453/07, 496/11, 498/11, 535/13, 540/13, 545/14, 549/14 e 554/14, determina:

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

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

§ 2º A participação do fundo no processo decisório da companhia investida pode ocorrer:

- I – pela detenção de ações que integrem o respectivo bloco de controle,
- II – pela celebração de acordo de acionistas ou, ainda,

III – pela celebração de ajuste de natureza diversa ou adoção de procedimento que assegure ao fundo efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão.

73. A associação Brasileira de Private Equity e Venture Capital (ABVCAP) elaborou uma cartilha (Fonte: <http://www.abvcap.com.br/Dowload/Guias/2726.pdf>):

3- Private Equity: (...) aportam recursos em empresas já bem desenvolvidas, em processo de consolidação de mercados, para ajuda-las a se preparar para abrir capital, fundir-se ou serem adquiridas por outras grandes empresas.

(..., os fundos de participação são condomínios fechados, administrados por gestores independentes, em geral. Eles têm duração predefinida em regulamento, um prazo que pode chegar a até dez anos. Tudo é regulamentado e supervisionado, no caso dos fundos brasileiros, pela Comissão de Valores Mobiliários, a CVM (www.cvm.gov.br), com base na Instrução CVM n.º 209 e respectivas alterações (Fundo de Participação em Empresas Emergentes – FMIEE) e na Instrução CVM n.º 391 e alterações posteriores (Fundos de Investimento em Participações – FIP).

Os fundos devem vender suas participações nas empresas investidas nos prazos previstos nos regulamentos e retornar os valores aos seus investidores.

Primeiro, eles captam recursos. Depois, prospectam as empresas que ser alvos de seus investimentos e selecionam as mais promissoras. Daí começa uma fase de análise e negociação das condições de investimento, até ocorrer realmente o aporte de recursos. Depois, há todo um período de acompanhamento da empresa investida pela gestora. Ao surgir uma boa oportunidade, os fundos vendem suas participações, fazendo o chamado “desinvestimento”, para poder devolver o capital e o lucro aos investidores, recebendo uma remuneração pela performance obtida em seus investimentos.

Será que os fundos levam muito tempo para analisar as empresas?

(...) essa análise leva algum tempo, sim, pois há ainda outras características a serem avaliadas, como, por exemplo, a rentabilidade do empreendimento, que é determinante para os investidores de private equity, seed e venture capital.

Outra avaliação importante é a da saída do negócio, porque, quando investem numa empresa, os fundos já vislumbram a estratégia de saída, e analisam mesmo antes de investir, se haverá liquidez para se desfazer do negócio e a melhor forma de obter um bom retorno para seu investimento. (Grifou-se.)

74. Como cita a PFN, o FIP foi criado no Brasil para suprir a demanda existente por um instrumento adequado nos moldes do *private equity* estrangeiro; para que recursos de investidores fossem agregados visando o investimento em companhia em desenvolvimento ou expansão.

75. O que é corroborado pelo comunicado CVM, em 27/11/2013 (fonte: www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2013/20131127-1.html):

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) divulga hoje, 27/11/2013, a Instrução CVM n.º 540/13, alteradora da Instrução CVM n.º 391/03, (...)

O objetivo desta reforma é aumentar os investimentos de FIP nas empresas de pequeno e médio porte, com a flexibilização da exigência de que estes fundos tenham efetiva influência na definição da política estratégica e na gestão das companhias investidas. Para tanto, o investimento deve ser feito em empresas listadas em segmentos voltados ao mercado de acesso com padrões de governança corporativa mais estritos que os exigidos em lei.

Em relação à minuta colocada em audiência pública, uma modificação foi a elevação do patamar de 20% pra 35% do patrimônio líquido do FIP, que poderá ser investido em companhias com dispensa da exigência de ingerência em sua administração.

O prazo para aplicação dos recursos ainda foi estendido de até 90 dias para 6 meses, em virtude dos comentários em audiência.

As alterações na norma refletem as propostas elaboradas pelo Comitê Técnico de Ofertas Menores e que foram encaminhadas à CVM. O objetivo é aprimorar o ambiente regulatório para que empresas de menor porte consigam acessar o mercado de capitais e se financiar por meio de emissão pública de ações.

Em seguida, resumizou a decisão recorrida o seu entendimento, que concluiu por não ter o Bertin FIP, como defendido pela PGFN, atendido as orientações da CVM (etc.), concluindo:

76. Analise-se, à luz dessas informações, se os objetivos de um FIP motivaram a criação do BERTIN FIP:

a. não se tratou de condomínio fechado de investidores - uma única investidora, a Tinto Holding, o constituiu e os recursos aportados foram as ações da Bertin S/A; o BERTIN FIP era 100% da Tinto Holding e a única investida era a Bertin S/A (os 73%, que a Tinto Holding detinha originalmente);

b. a Bertin S/A já havia recebido recursos do BNDES, a constituição do FIP não carregou novos recursos na capitalização da Bertin S/A;

c. o FIP não participou do processo decisório da companhia investida Bertin S/A; as decisões sobre associação dos grupos JBS e Bertin já haviam sido tomadas pelos respectivos acionistas e envolveram a transferência do controle da Bertin S/A para a JBS e posterior incorporação;

d. a empresa Bertin S/A não se encontrava em processo de recuperação e reestruturação (abertura de novos mercados, redução de alavancagem financeira, desenvolvimento de novos produtos, por exemplo), a reorganização societária empreendida foi dos grupos empresariais e não houve reorganização na citada empresa que, como a própria recorrente alega, pode prosseguir normalmente em suas atividades operacionais;

e. o FIP "investiu" na Bertin S/A (em 11/12/2009, data da integralização) e logo em seguida "vendeu" sua participação para a JBS (anúncio de fato relevante em 14/12/2009 e a entrega das ações da JBS em pagamento, integralizadas diretamente na FB Participações, sem transitar pelo BERTIN FIP); qualquer ganho ocorrido nessa operação não pode resultar da atuação do FIP que não dispôs de tempo para tanto, já que o retorno de um investimento não é imediato, como é cediço para qualquer investidor - portanto, a venda não

resultou da uma maturação do investimento feito e da conclusão do FIP de que era o momento propício para realizar e devolver os recursos aos investidores;

f.as etapas não seguiram o padrão de, primeiro, o FIP captar recursos e depois, prospectar as empresas que podem ser alvo de seus investimentos e seleção das mais promissoras;

g.não ocorreu análise e negociação das condições de investimento, até ocorrer realmente o aporte de recursos na investida; a recorrente advoga que, pelo contrário, a demora no *due diligente* (sic), ou seja, na investigação e quantificação do patrimônio da Bertin S/A é que teria precipitado a decisão de criar o BERTIN FIP, o que teria facilitado a transferência da Bertin S/A para a JBS.

Para o entendimento das razões acima numeradas, é preciso antes resumir o contexto que envolveu o negócio jurídico realizado pelo sujeito passivo.

Breve histórico das operações

Tal a relevância dos negócios realizados pelo BNDES, que seus investimentos em frigoríficos passaram a ser monitorados pela Câmara dos Deputados, que constituiu Subcomissão Permanente para Acompanhar o Processo de Fusão entre Perdigão e Sadia, Marfrig e Seara, bem como **JBS e Bertin**, de cujo trabalho resultou o Relatório acostado às e-fls. 3162 a 3179, do qual se vê às e-fls. 3175:

“VII – FONTES DE PREOCUPAÇÃO

Há duas linhas que suportam a fusão entre JBS e Bertin: uma, é o ganho de eficiência e a possibilidade da potencialização do acesso ao mercado internacional, que é o grande alvo dessa fusão e que justificaria a operação. Outra, seriam as dificuldades estruturais do Grupo Bertin, que estaria sob o risco de insolvência, com uma dívida de 5,5 bilhões de reais.

Com a fusão pode-se evitar a insolvência de empresas, como, por exemplo, a que aconteceu com o Frigorífico Independência, que já foi um dos maiores do setor de carne bovina do Brasil, mas entrou em recuperação judicial, desde maio de 2009, e, até hoje, causa dificuldades a vários segmentos, como produtores e instituições financeiras.”

E dessa preocupação da Câmara dos Deputados em observar o quadro que se desenvolvia nas grandes empresas do setor de carnes no país, foi ainda solicitado pelo Congresso Nacional, através da Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados - CFFC, que o **Tribunal de Contas da União – TCU** realizasse “*ato de fiscalização e controle nas operações de crédito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES em relação ao grupo JBS/Friboi, com vistas a esclarecer os aspectos financeiros das operações, os critérios utilizados na escolha das empresas do setor e as vantagens sociais geradas por essas operações*”, do que resultou o Relatório de Auditoria acostado às e-fls. 5011 a 5083.

O referido relatório do TCU demonstra, com clareza e neutralidade, o registro e avaliação do conjunto de atos que envolveram a atuação do BNDES e a sua controlada BNDESPAR no setor de carnes no Brasil, e que revelam o alto grau de influência que tiveram no conjunto de atos relativos à operação de combinação de negócios da qual resultou a atuação ora em análise.

O objeto da apreciação pela auditoria levada a efeito pelo TCU foram os procedimentos adotados no âmbito do BNDES e BNDESPar na concessão de apoios financeiros ao grupo JBS/Friboi em geral, incluindo o que interessa no caso concreto - a incorporação do frigorífico Bertin S/A, que aparece às e-fls. 5013, *verbis*:

“Em dezembro de 2009, o BNDESPar aprovou novo suporte financeiro para a JBS, com vistas a reforçar a estrutura de capital de companhia, de modo a consolidar o processo de associação com outra empresa brasileira do ramo de carne, a Bertin S/A, e viabilizar a conclusão de mais uma etapa do seu processo de internacionalização, mediante a aquisição da companhia americana Pilgrim’s Pride Corporation pela JBS USA.

Tal apoio financeiro consistiu na aquisição, pelo BNDESPar, de debêntures da JBS, conversíveis em ações, em moeda corrente nacional, equivalentes ao valor de até US\$ 2.000.000.000,00. Nessa operação, o BNDESPar investiu um total de R\$ 3.477.568.000,00.

Cabe informar que a JBS havia investido R\$ 2,5 bilhões em ações da Bertin S.A. e detinha 26,62 % de participação acionária nessa companhia. Com a incorporação da Bertin pela JBS, as ações da Bertin que pertenciam à BNDESPar foram transformadas em ações da JBS, na razão 1:32,45518835, aumentando a participação acionária da BNDESPar na JBS.”

Para maior clareza, válido reproduzir as partes mais pertinentes do Anexo 3, que revelam, no que aqui interessa, a forma que habitualmente o BNDES utiliza em seus investimentos:

ANEXO 3 (e-fls. 5061 a 5068)

Projeto 1821764.0001/2008 – Participação acionária na empresa JBS visando à sua capitalização com a finalidade de adquirir a empresa americana National Beef Packing Co. e a divisão de carnes da Smithfield Beef Group.

“Em março de 2008, poucos meses antes do estouro da crise financeira nos Estados Unidos, ocorreu o segundo investimento do BNDES na JBS, quando o Frigorífico realizou nova oferta privada de ações, no montante de R\$ 2,55 bilhões (US\$ 1,5 bilhão à cotação de 1 US\$/ R\$ 1,70), visando à aquisição das empresas Packing Company LLC e Smithfield Beef (incluindo a Five Rivers Ranch), com sede nos Estados Unidos, mediante a emissão para subscrição pública de 360.678.926 novas ações ordinárias.

Na Carta Consulta enviada pela JBS solicitando o apoio financeiro da BNDESPAR na operação, o Frigorífico menciona que a melhor estruturação para o negócio se daria por meio de um novo aporte de capital na JBS S.A., via emissão privada de ações, e que haveria a necessidade de nova colocação de recursos na Companhia para fazer frente às aquisições em curso, que já se encontravam em adiantada fase

de negociações. Conforme consta da solicitação, o aporte deveria ser de aproximadamente US\$ 1,5 bilhão sendo que a participação do BNDES somaria US\$ 1,0 bilhão.

Isso posto, foi estruturada a operação para capitalizar a JBS S.A., o que permitiria as aquisições das empresas norte-americanas por US\$ 1,5 bilhão, respectivamente a 4ª e a 5ª empresa de carnes no mercado dos Estados Unidos, e da Tasman, 6ª maior empresa de carne bovina australiana.

De acordo com a modelagem definida para a operação, a BNDESPAR teria participação direta e indireta no aumento de capital da JBS, além do exercício do direito de preferência. A participação indireta seria levada a efeito por meio da integralização de cotas do Fundo de Investimento em Participações PROT (FIP PROT) –, fundo constituído exclusivamente para viabilizar o aumento de capital da JBS.

A participação indireta da BNDESPAR, via Fundo PROT, se daria juntamente com outros investidores institucionais, principalmente os Fundos de Pensão Petros e Funcef. Como os acionistas controladores não dispunham do montante necessário para a realização do negócio, além de solicitarem o apoio financeiro do BNDES, também o solicitaram junto a investidores institucionais. De modo a viabilizar a participação dos dois Fundos, em 6/3/2008, foi criado o FIP PROT, com o objetivo único e específico de participar da operação. O PROT FIP consistiu, portanto, no instrumento financeiro utilizado para permitir a alavancagem dos recursos junto aos fundos de pensão e viabilizar, dessa forma, o aumento de capital.

O Fundo foi constituído sob a forma de condomínio fechado e prazo determinado (duração de 3 anos, prorrogável por mais 3) para a aquisição de ações da JBS emitidas para a compra da National Beef e da Smithfield Beef, sendo suas quotas direcionadas exclusivamente a investidores qualificados. Foi composto originalmente por cinco quotistas - BNDESPAR, Petros, Funcef, Antígua Investments LLC e Angra Partners, gerido pela Angra Partners e administrado pela BNY Mellon Asset Servicing.

A Decisão de Diretoria 032/2008-BNDESPAR, de 4/3/2008, aprovou a subscrição de ações ordinárias de emissão da JBS S.A.; a subscrição de quotas de emissão do PROT Fundo de Investimento em Participações; a cessão gratuita ao Fundo PROT do direito de preferência da BNDESPAR às sobras do aumento de capital da JBS S.A.; a celebração de Acordo de Investimento e Contrato de Opção de Venda de Ações com acionistas controladores da JBS S.A. e PROT Fundo de Investimento em Participações;” [destacamos].

Rememore-se ainda o fato de que as incorporações de companhias abertas se submetem às diretrizes da CVM, nos termos do § 3º, do art. 226, da Lei das S/A (incluído pela Lei nº 11.639/2007 e alterado pela Lei nº 11.941/2009), além de se sujeitar a sua aprovação somente dos acionistas não-controladores, conforme preceito do art. 115 e seu § 1º, da mesma lei, que autoriza ainda a retirada do acionista dissidente, com o reembolso de sua participação, na forma dos seus art. 230 e 137, II.

Tendo a evidência do habitual uso pelo BNDES de estruturas de Fundo de Investimento em Participação nos processos de investimentos de que participa juntamente com outros investidores institucionais, a leitura do Anexo 4 do Relatório de Auditoria do TCU melhor

revela as nuances em que se deu o investimento feito pela BNDESPAR na Bertin, em 2008, e a posterior incorporação dessa, em fins de 2009, ora em exame.

Relevante vê-la em sua íntegra:

ANEXO 4 (e-fls. 5069 a 5072)

Investimento na Bertin em 2008 e sua posterior incorporação pela JBS

“Em 2008, houve **outra investida da BNDESPAR no setor de carnes**, com a compra de 26,92% do capital da Bertin, contratada em abril, por meio do aporte de R\$ 2,5 bilhões na Companhia, e objetivo de reforçar o caixa da empresa, **que havia feito uma série de aquisições**, e dar sustentação a seu processo de internacionalização. Mais especificamente, a Bertin solicitou apoio financeiro ao BNDES, por meio de participação acionária, para:

- 1) aquisição de empresas, dentro de sua estratégia de diversificação e internacionalização;
- 2) a realização de investimentos em modernização e ampliação das plantas já existentes;
- 3) a implantação de novas unidades industriais;
- 4) capital de giro;
- 5) reforço da estrutura de capital; e
- 6) acelerar o processo de abertura de capital da empresa, para dotá-la dos mesmos acessos de mercado das suas concorrentes, JBS e Marfrig, empresas já listadas em Bolsa.

O investimento da BNDESPAR ocorreu em duas etapas ao longo de 2008, com o primeiro aporte de recursos ocorrendo em abril e o último em dezembro de 2008.

A empresa havia realizado várias aquisições no Brasil e no exterior, no final de 2007, com gastos da ordem de R\$ 600 milhões. Deste montante, R\$ 208 milhões foram desembolsados até janeiro de 2008. Entre julho e dezembro de 2007, já havia desembolsado aproximadamente R\$ 260 milhões em CAPEX, sem considerar os investimentos em capital de giro.

A maior aquisição realizada até aquele momento foi a compra de 56% das ações da Goult Participações, detentora de 74,69% do capital da Fábrica de Produtos Alimentícios Vigor por R\$ 400 milhões. A Bertin tinha ainda a opção de compra dos 44% restantes das ações da Goult ao longo de 2 anos, que foi exercida em 2009.

O quadro a seguir mostra algumas das aquisições.

Adquirida	País	Ano	Valor da Transação
Vigor e Leco	Brasil	2008 e 2009	R\$ 1,2 bilhão
Misr Cold Store	Egito	2008	US\$ 14 milhões
Quality Meat	EUA	2008	US\$ 3,7 milhões
Rigamonte	Itália	2008	€ 17,1 milhões
Sampco	EUA	2008	US\$ 24,2 milhões
Novaprom	Brasil	2008	R\$ 15,4 milhões
Cooperocame	Brasil	2008	R\$ 55 milhões

Frigoríficos Pará	Brasil	2008	R\$ 170 milhões
-------------------	--------	------	-----------------

Conforme relatado pelo Banco na Nota Técnica AMC/DEINV 23/2009 e AMC/DEPAC 34/2009:

Com a efetivação desses projetos o Grupo Bertin **pretendia se estabelecer como um dos principais players mundiais no segmento**, de proteína animal - bovinos, suínos e aves - e nos setores correlatos, **visando seu fortalecimento nesta cadeia produtiva**. Em relação às aquisições internacionais, além das estruturas físicas, seriam incorporados ao negócio da Bertin suas marcas e seus canais de distribuição, o que possibilitaria o aumento das exportações brasileiras. A estratégia da Bertin era **diversificar os negócios dentro do segmento de proteína animal**, passando, a atuar também nos mercados de frango e suínos; minimizar riscos fitossanitários, ampliando a distribuição geográfica de suas unidades; e acessar novos mercados, adquirindo novas marcas e canais de distribuição.

(...)

Com a aquisição da Vigor e com o desenvolvimento dos demais projetos de expansão e aquisições, a Bertin S/A [vem] se firmando como uma das principais, empresas do setor de alimentos do país, aumentando o foco em produtos de valores agregados.

Na pecuária, a empresa projetava atingir, até 2013, uma capacidade instalada de abate de mais de 30.500 cabeças por dia, devendo se consolidar entre os três maiores frigoríficos do país em termos de capacidade, e, provavelmente, o segundo maior em termos faturamento.

Já com relação ao mercado de produtos lácteos, à aquisição da Vigor proporcionou à Bertin S/A uma posição de liderança no Estado de São Paulo, principal mercado consumidor do Brasil. Além disso, a força das marcas Vigor, Leco e Danúbio somada ao seu portfólio de produtos com maior valor agregado e uma base de clientes ampla e diversificada constituem condições fundamentais, para a Bertin no sentido de aproveitar ao máximo as potenciais sinergias que poderão ser obtidas com a consolidação do controle das operações de ambas as empresas, passando a ser uma das maiores empresas de alimentos do país.

O plano não foi bem sucedido e, em poucos meses, o investimento se mostrou um mal negócio. Com a crise financeira, a Bertin, que tinha o capital fechado, enfrentou sérias dificuldades, encerrando 2008 com prejuízo de R\$ 681,0 milhões e dívidas de R\$ 5,5 bilhões. A relação Dívida Líquida/EBITDA da Bertin S.A. saiu de 4,54 em dezembro de 2008 para 5,54 em setembro de 2009, um nível de alavancagem excessivamente elevado, com baixa probabilidade de reversão no curto prazo. Adicionalmente, o Grupo Bertin havia se lançado em um processo de diversificação de negócios. Inicialmente, adquiriu ativos de concessão rodoviária em parceria com a Equipav, um dos principais grupos empresariais do Brasil. Depois constituiu a empresa CIBE Participações com a Equipav, que além de ampliar o rol de concessões rodoviárias, passou a atuar em concessões de saneamento básico, administração de terminais rodoviários e geração de energia. O Grupo também atuou individualmente em projetos de geração de energia de menor porte, como pequenas centrais hidroelétricas, e em grandes projetos de geração térmica. A perda de foco da

Bertin S.A., com o conseqüente declínio na capacidade de resposta e na qualidade gerencial da Companhia em face da crise também foi influenciada por esse processo de diversificação.

O Banco ressalta na Nota Técnica AMC-DEINV 23-2009 e AMC-DEPAC 34-2009, de 21/10/2009, que nos investimentos em Companhias de grande porte que pleiteiam a participação da BNDESPAR em seu capital são exigidos os seguintes critérios de elegibilidade, dentre outros:

- 1) viabilidade econômico-financeira, incluindo a análise de seus planos de crescimento;
- 2) boas práticas de governança corporativa e de transparência;
- 3) sustentabilidade e responsabilidade sócio-ambiental; e
- 4) compromisso de abertura de capital dentro de um prazo compatível com o seu plano de investimentos.

No entanto, as evidências indicam que os referidos critérios não foram bem avaliados, pela BNDESPAR, quando da concessão do apoio financeiro à Bertin. O próprio Banco elenca algumas das dificuldades enfrentadas ao longo do processo, conforme consta da instrução conjunta AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009:

- a) elevado endividamento em função da alta do dólar e da exposição a derivativos alavancados;
- b) piora na percepção do risco da companhia, implicando restrição a crédito bancário e não renovação de linhas;
- c) inadimplimento de clientes relevantes na Rússia, Egito e Leste Europeu, o que elevou a pressão no caixa da Companhia e agravou a já deteriorada situação de elevada alavancagem financeira;
- d) exposição ambiental negativa;
- e) falha na execução do processo de profissionalização da Bertin; e
- f) problemas de liderança e governança.

Com efeito, o investimento da BNDESPAR na Bertin estava se deteriorando, particularmente por problemas de financiabilidade, liquidez e governança. Em face da falta de perspectiva para a Companhia, naquele momento, os controladores da Bertin buscaram alguma forma de associação ou fusão com outro participante do mercado. No final do primeiro semestre de 2009, a Bertin iniciou negociações com a Marfrig, outro importante *player* do setor, visando contornar suas dificuldades financeiras por meio de uma associação. No entanto, após alguns meses de conversações, a negociação foi descontinuada, por questões associadas à governança da empresa e ao valor atribuído à Bertin, cuja proposta também implicava em prejuízos para o BNDES. A avaliação da participação da BNDESPAR na Bertin, proposta pela Marfrig, foi fixada em R\$ 1 bilhão. Nesta situação, caso fosse dado prosseguimento à operação, a BNDESPAR seria forçada a reconhecer uma perda de aproximadamente R\$ 1,5 bilhão em seu investimento na Bertin. Ocorre que o Banco havia aportado R\$ 2,5 bilhões na aquisição da participação de 26,92% no capital da Companhia.

O fato é relatado na instrução conjunta AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009 (p. 26):

Ao longo do primeiro semestre de 2009 a **Família Bertin**, controladora da Bertin, **entendeu que seria desejável algum movimento de associação ou fusão com outro participante do setor, com [o] objetivo de dar um rumo para a companhia que, naquele momento, parecia estar sem direção em um ambiente hostil decorrente da crise.**

Neste sentido; no final do primeiro semestre de 2009, a Bertin iniciou conversas com a Marfrig, outro importante *player* do setor, visando uma associação. Entretanto, após alguns meses de negociações nos mais diversos níveis, a operação foi descontinuada por questões associadas à governança da empresa combinada e ao valor atribuído à Bertin.

Cabe destacar que, nesta oportunidade, a proposta que a Marfrig fez pela Bertin implicava em uma avaliação da participação da BNDESPAR na Bertin em R\$ 1 bilhão. Nesta situação, caso fosse dado prosseguimento à operação, **a BNDESPAR seria forçada a reconhecer uma perda de aproximadamente R\$ 1,5 bilhão no investimento em Bertin**, uma vez que o aporte total feito pela BNDESPAR para aquisição da participação de 26,92% no capital da Bertin fora de R\$ 2,5 bilhões.

Além disso, na estrutura da operação, **certamente a BNDESPAR seria chamada a aportar novos recursos**, uma vez que **o endividamento combinado da empresa seria muito elevado**, sendo que estimativas preliminares indicavam um aporte de R\$ 2 bilhões por parte da BNDESPAR [perfazendo] em um aumento de capital total de R\$ 4 bilhões.

A alternativa que se apresentou como solução para o dilema foi incluir a incorporação da Bertin pela JBS no âmbito do projeto proposto pela JBS com vistas à aquisição de participação acionária da empresa americana Pilgrim's, em 2009.

Para o Banco Público, os elementos **motivadores** da operação foram, em primeiro lugar, a Política de Desenvolvimento Produtivo do (PDP) do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), que visa a contribuir para a melhoria da competitividade da indústria brasileira e na qual o Sistema BNDES figura como ferramenta de execução do Governo. Em segundo lugar, o apoio ao processo de internacionalização de empresas e grupos nacionais, como parte do Planejamento Estratégico do Banco, também justificava a operação.

Por outro lado, **as informações compiladas permitem concluir que a situação delicada em que a Bertin se encontrava, a necessidade de preservação de valor e a criação de liquidez para o investimento da BNDESPAR e a preservação do nível de alavancagem da JBS** foram os principais motivadores da operação, conforme a instrução AMC/DEINV 004/2009 e AMC/DEAGRO 037/2009 (p. 20 e 27) indica:

Por fim, **destaca-se a preservação de valor e a criação de liquidez para o investimento da BNDESPAR em Bertin**. A Bertin representa um importante grupo no agronegócio brasileiro, é um ativo estratégico no setor de carne bovina e couros, porém **sua elevada alavancagem e questões críticas na Governança da Companhia poderiam colocar em risco seu valor.**

Para a BNDESPAR, na condição de detentor de 26,92% do capital social da Bertin, a transação com a JBS reconheceu o potencial máximo da Bertin, não se vislumbrando melhor alternativa para o investimento da BNDESPAR.

(...)

A operação tem como objetivo principal preservar o nível de alavancagem da JBS em patamares sustentáveis, o que caso não fosse implementado, poderia ser danoso à exposição que o Sistema BNDES detém na Companhia e no Grupo Bertin.

Portanto, a transação de associação da JBS com a Bertin, foi uma alternativa encontrada pela BNDESPAR para preservar valor e gerar liquidez para seu investimento, tentar resolver ou minimizar questões críticas de governança na Companhia, preservar o nível de alavancagem da JBS e evitar danos à exposição que o Sistema BNDES detinha na JBS e na Bertin. Segundo a BNDESPAR, a operação teria reconhecido a totalidade dos R\$ 2,5 bilhões investidos pelo Banco na Bertin.”

A operação de integração da Bertin S/A por sua incorporadora, foi, como visto, um ato complexo, envolvendo um conjunto de partes, no qual se destacava o BNDES, por sua função de articulador financeiro, e sujeito, acima de tudo, à condicionante de ser aprovado pelos acionistas minoritários da incorporadora, que inclusive absteve-se, juntamente com o próprio BNDES, de votar na Assembleia Geral à que foi submetida a operação, como forma de deixar transparente que a decisão foi exclusiva dos acionistas não-controladores, que ficaram livres para a deliberação de acordo com as suas convicções.

Por essa condicionante, porém, vislumbra-se a necessidade de haver uma estrutura para a operação que desse conforto e transparência para os investidores que iriam aportar os recursos suficientes para viabilizá-la, exigindo, assim, que os contornos fossem os mais apropriados aos anseios desses mesmos investidores, levando as investidas a se adequarem o mais possível aos moldes usualmente utilizados pelo mercado aberto de capitais.

Com o quadro descrito pelo Relatório de Auditoria do TCU, nota-se com facilidade a distorção que a falta de uma perspectiva mais abrangente causa na apreciação do conjunto de atos que envolveram a criação do BERTIN FIP.

Crítérios adotados na decisão recorrida

Compreendidos os fatos acima (Relatório de Auditoria - TCU) e a natureza jurídica e razões para a constituição de um FIP (Acórdão Recorrido) vejamos as conclusões assumidas a partir daí, pela própria decisão recorrida.

A premissa adotada de que o BERTIN FIP (a) careceria de fundamento por, tratando-se de um condomínio fechado de investidores, não poderia ter sido instituído por uma única investidora, ignora que, em situação similar, nada impede que determinado incorporador imobiliário construa um edifício sozinho, mas cuja finalidade seja comercializá-lo em unidades autônomas, ou seja: não deixará de se constituir um condomínio, para todos os efeitos jurídicos, ainda que de início só uma única pessoa seja o titular de todas as unidades autônomas.

E mesmo que o propósito não seja sequer vender, mas apenas alugar as unidades autônomas, não impedirá que o edifício seja um condomínio, pois o que o caracteriza não é diversidade de proprietários, mas sim a autonomia conferida a cada unidade condominial implantada, que tem a possibilidade de, na forma adotada, ser vendida separada e independentemente das demais, do mesmo modo que as cotas condominiais de um FIP, as quais, mesmo sendo, em determinado instante, de um único titular, mantêm-se igualmente autônomas em si, cada qual podendo ser livremente alienada, independente das demais, sem qualquer restrição para tanto.

Por igual, ainda, uma subsidiária integral, em que 100% de suas ações pertençam a um único acionista, não será desqualificada como sociedade, na medida em que cada ação se manterá autônoma para ser vendida independente e isoladamente das demais.

Também inaplicável a pretensão de que *(b) já tendo a Bertin S/A recebido recursos do BNDES, a constituição do FIP não teria carregado novos recursos na capitalização da Bertin S/A*. Essa afirmação se mostra inconsistente, considerando que, como evidenciado pela documentação dos autos, sendo operações desvinculadas e sem relação entre si, tendo a capitalização da Bertin S/A pela BNDESPAR se dado bem antes da criação do FIP, e também por ter a capitalização ocorrido em razão do ingresso da BNDESPAR na estrutura societária da Bertin S/A, enquanto a instituição do FIP foi ato que se deu somente quando da sua posterior alienação, via incorporação.

De notar ainda que, diante da fragilidade financeira em que se encontrava a Bertin e a necessidade de se ter segurança de não poderem os Bertin, uma vez aprovada pelos minoritários a incorporação, eventualmente recuar da transferência final de sua participação na Bertin S/A para a futura incorporadora, ao submeter o ato à estrutura do FIP, com gestão e administração independentes, dando a segurança de não haver mais dependência de qualquer outra participação pessoal de seus anteriores titulares para que a operação se complete.

Com toda a operação condicionada à aprovação, segundo as normas da CVM, unicamente pelos acionistas minoritários da incorporadora (a controladora, FB Participações, e também o BNDESPAR, inclusive se abstiveram de votar, conforme registrado na respectiva Ata da Assembleia Geral que aprovou a incorporação – e-fls. 270), e ainda ter sido a anterior negociação para a aquisição da National Beef Packing Co.(anexo 3 TCU), vetada pelas autoridades americanas e não ter se concluído, de todo normal que buscasse a incorporadora e mesmo o BNDES uma garantia de que não houvesse possibilidade de recuo ou arrependimento por parte dos Bertin.

Tal preocupação de ter o banco garantia de cumprimento do contrato para a incorporação também se deu quando da anterior disponibilização de recursos para a aquisição da Smithfield Beef Group, assegurada pela celebração de Contrato de Opção de Venda de Ações e Outras Avenças, pelo Acordo de Investimento e ainda pelo Acordo de Acionistas, como registrado (e-fls. 5062) no Relatório de Auditoria do TCU.

Na negociação com os Bertin, a forma proposta pelo BNDES, e afinal adotada, foi a de operar com a administração das ações sendo confiadas a uma estrutura FIP, com gestão independente e com autonomia legal para efetivar a entrega das ações da Bertin S/A quando da incorporação, sem possibilidade de arrependimento por parte dos Bertin, os quais, relembre-se, passavam os piores momentos financeiros da Bertin S/A, e ao fim acabaram buscando até mesmo anular judicialmente parte da operação (e-fls. 3264), colocando o tema em discussão até o final acordo celebrado somente em 2014.

Pelos elementos constantes dos autos, para a BNDESPAR a entrega das ações da Bertin S/A para um FIP com administração independente correspondia à constituição de uma garantia como em *scrow* (instrumento financeiro pelo qual um ativo é entregue para ser mantido por uma terceira parte intermediária entre outras duas que estão em processo de concluir um negócio), com o agente da garantia, depositário dos recursos ou ativos até que seja confirmado o cumprimento de determinadas obrigações ou condições estabelecidas pelas partes no negócio, sendo o próprio FIP, que tinha autonomia legal para tornar efetiva a incorporação das ações da Bertin S/A, resolvendo todo o processo em relação ao BNDES.

Com a Bertin S/A, por outro lado, encontrando-se em delicada situação financeira, a entrega das ações ao FIP com gestão independente significava a sua **capitulação final** diante do BNDES e da futura incorporadora, a quem, por aquele ato, entregava a finalização dos atos da incorporação, via FIP, independentemente de sua participação.

Portanto, a análise feita pelo acórdão recorrido quanto aos objetivos abstratos dos FIP deixou de observar as circunstâncias práticas e específicas em que foi constituído o BERTIN FIP, ora em apreciação.

Contrapondo-se a perspectiva do acórdão recorrido, o que se observa do Relatório de Auditoria do TCU, é que os fundamentos negociais que lastreiam a operação se devem objetivamente ao modo que o BNDES estruturou todo o negócio para apresentá-lo com um arcabouço mais adequado para o mercado de capitais, de onde viria a maior parcela dos investimentos a serem captados (R\$ 2 bilhões de reais), e poder ser mostrado aos agentes financeiros / investidores que a administração já não se encontrava mais sob o controle da Família Bertin, com vistas a viabilizar a aprovação da própria incorporação pelos acionistas não-controladores, que poderiam analisa-la já sem a participação ativa dos Bertin na operação das empresas.

Não cabe por igual o questionamento que (c) *o FIP não teria tido participação no processo decisório sobre a associação entre os grupos JBS e Bertin*, na medida em que, diversamente, a exigência do art. 2º da Instrução CVM n.º 391/2003 não se refere ao poder decisório do FIP em si, mas sim das investidas, que se manifesta pela participação nos respectivos Conselhos de Administração, por Acordos de Acionistas ou por outros meios que garantam essa atuação, tudo se referindo, contudo, à decisões tomadas nas companhias nas quais o FIP tenha participação, mas não no próprio FIP, que é o sujeito da obrigação, não o seu objeto.

Na negociação com os Bertin, a forma adotada foi claramente a de operar com a administração das ações sendo confiadas a uma estrutura FIP, com gestão independente e com autonomia para efetivar a entrega das ações da Bertin S/A quando da incorporação, sem possibilidade de arrependimento por parte dos Bertin, os quais, lembre-se, passado os piores momentos financeiros da Bertin S/A, buscaram até mesmo anular judicialmente parte da operação (e-fls. 3264)

Foge ainda do contexto efetivo em que se deu a constituição do FIP, na forma demonstrada pelo Relatório do TCU, a estranha afirmação de que (d) *a empresa Bertin S/A não se encontraria em processo de recuperação*, quando, muito ao contrário, o estado insustentável de suas finanças está demonstrado desde o início deste feito, constituindo-se em fato incontroverso, assim como a sua reestruturação no âmbito societário é tão manifesta que integra o próprio ato de incorporação e, portanto, de reestruturação societária, objeto do lançamento efetuado.

Com efeito, não há que se indagar aqui, na linha do acórdão recorrido, de reestruturação no sentido operacional da empresa “(*abertura de novos mercados, redução de alavancagem financeira, desenvolvimento de novos produtos*)”, posto que se trata de reestruturação da sociedade, sendo básico e elementar que o próprio processo de incorporação se enquadra como ato de reestruturação societária, com a Bertin S/A sendo absorvida pela incorporadora (art. 227 da Lei das S/A), não havendo como se negar que essa absorção de uma sociedade por outra não represente uma reestruturação societária, que se completa em si.

Sem fundamento, ademais, que se pretenda que a citada reorganização tivesse que se dar na mesma empresa, para que, como aduz a decisão recorrida, prosseguisse normalmente em suas atividades operacionais, pois aí não haveria reestruturação ou reorganização societária, mas apenas a mera e simples continuidade da anterior, nos moldes já existentes.

Mais uma vez o confronto da disposição do art. 2º da Instrução CVM n.º 391/2003, não validada o questionamento de que **(e)** *não teria havido tempo para maturação do investimento feito no BERTIN FIP*, conquanto se tem que, consoante o Relatório de Auditoria do TCU, a sua constituição foi exatamente para, uma vez aprovada a incorporação pelos acionistas não-controladores, concretizar o investimento final na FB Participações, que era o objetivo principal das partes, como forma de preservar os investimentos do próprio BNDES na Bertin, e evitar maiores perdas que se anunciavam para todos.

Pela mesma razão, não há como deixar de reconhecer que o BERTIN FIP, **(f)** *já tendo sido capitalizado logo em sua constituição pela Tinto Holding Ltda., e com seu foco de investimento já definido de investimento, tivesse que prospectar empresas que pudessem ser alvo de investimento*.

Por evidente, podem os Fundos ter um foco preestabelecido, como de ordinário têm, e, dispensando-se, assim, que sigam com infinitas prospecções de novos alvos de investimento, não podendo o Fisco pretender determinar que haja alguma obrigatoriedade de qualquer movimento nesse sentido, em vista da liberdade conferida ao particular de gerir os seus próprios interesses, quanto mais na área de investimentos.

Ademais, tem-se que ao indagar o acórdão recorrido **(g)** *não ter havido “análise e negociação das condições de investimento, até ocorrer realmente o aporte de recursos na investida”*, desconsidera que o ato de investimento pela Tinto Holding Ltda. no BERTIN FIP, foi feito por quem era o detentor das ações da Bertin S/A, cujas condições econômicas eram, à toda evidência, de seu pleno conhecimento e não podendo se exigir que a Tinto negociasse consigo mesma tais condições, já que ela era a instituidora do FIP. As negociações em verdade, ao que se depreende do Relatório de Auditoria do TCU, deram-se de um lado com os acionistas minoritários – a quem competia aprovar a incorporação em si –, sob a coordenação do BNDES, e, de outro entre os controladores da Bertin S/A e os da incorporadora.

Por fim, o teor do acórdão recorrido apresenta inclusive contradição com seus próprios termos, tendo em seu item 78, ao insistir em refutar as razões que defende para desconsiderar o FIP, que acima já se demonstrou não serem cabíveis, aduz ainda que “*o mencionado FIP foi criado (...) com o objetivo de servir à reorganização societárias que adviriam da associação entre o GRUPO BERTIN e o GRUPO JBS*”, confirmando-se, portanto, por suas palavras, que a criação do Fundo integrava o conjunto de atos destinados à reorganização societária, que a própria decisão anteriormente nega na alínea “a” do seu item 76.

Acresce ainda no mesmo ponto que o BERTIN FIP não teria atendido a finalidade prevista em regulamento da CVM, cuja finalidade seria promover apenas a aquisição de

participações societárias, e deveria, a seu ver, em leitura meramente literal do artigo 2º da Instrução CVM n.º 391/2003, limitar-se a somente adquiri-las, sem considerar que os fundos têm inclusive prazo de duração e, por decorrência, não há como terem como única função adquirir participações societárias, sem possibilidade de vendê-las. Se assim de fato fosse, os fundos ficariam impedidos de atender à sua função precípua de veículo de investimento, que negociam com os ativos que o integram, revelando daí que a referência à aquisição no regulamento da CVM se volta apenas para o momento inicial da instituição dos fundos.

Por oportuno, vale considerar ainda a decisão no acórdão n.º 1201-002.278, da 1ª Câmara da 1ª Turma da Primeira Seção de Julgamento, que considero relevante para o presente julgamento, do qual colho a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2010

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO POR RAZÕES EXTRATRIBUTÁRIAS. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO. VALIDADE. Oponibilidade ao Fisco.

A transferência de investimento para um Fundo de Investimento em Participações (FIP) por motivos de planejamento sucessório familiar e posterior alienação de tal investimento para terceiro com o consequente oferecimento do ganho de capital à tributação pelo FIP é ato plenamente oponível ao Fisco desde que ausentes fraude, simulação ou abuso de direito.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. CARÁTER INDUTOR DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. UTILIZAÇÃO DE FIP. Oponibilidade ao Fisco. Possibilidade.

A legislação tributária ao criar a tributação mais favorecida aos fundos de investimento induz o contribuinte a utilizar tal instrumento como forma de planejamento tributário válido que pode ser oponível ao Fisco desde que ausentes fraude, simulação ou abuso de direito.

Tal entendimento revela-se alinhado com o do acórdão paradigma, ao admitir o caráter indutor da legislação tributária que ofereça alternativa mais favorável ao contribuinte, dando validade ao planejamento tributário feito com base nela. Traz, no entanto, a ressalva quanto a afastá-la em caso de fraude, simulação ou abuso de direito, fazendo remeter, na prática ao exame do caso em si e das circunstâncias em que se realiza, no que se aproxima do acórdão recorrido. Volta a dele diferir, porém, quanto ao que seria o ônus de prova, vez que aceita a sua oponibilidade ao Fisco, afastando-a apenas em caso de ser comprovada as hipóteses de fraude, simulação ou abuso de direito, cujo ônus será, pelos princípios gerais de Direito, incumbência do Fisco, por ser fato constitutivo do que entenda ser seu direito.

Esse talvez o sentido mais próximo das atuais disposições acerca da matéria, mesclando os extremos representados, de um lado, pelo acórdão paradigma e, de outro, pelo recorrido, em que se terá a viabilidade de utilização da estrutura dos Fundos de Investimento em Participação (FIP), inclusive como planejamento tributário, desde que ausentes fraude, simulação ou abuso de direito, cuja comprovação será incumbência atribuída ao Fisco.

No caso em tela, não se desincumbiu o Fisco de seu encargo, tendo sido evidenciado ter o BERTIN FIP sido utilizado como instrumento de reorganização da estrutura societária do Grupo Bertin, com vistas à sua melhor aceitação pelos agentes do mercado de

capitais, em operação de incorporação que dependia da aprovação específica dos acionistas minoritários da incorporadora, de capital aberto e ações negociadas na Bolsa de Valores, e não se viabilizaria sem que os agentes de mercado a acolhessem.

A isso se soma ainda ser o FIP o instrumento que não só representava para o mercado a saída da Família Bertin da gestão operacional da Bertin S/A, mas também garantia ao BNDES que não haveria arrependimento da outra parte da operação, por estar o fechamento da incorporação conferido aos gestores do FIP, e, assim, não ficar na dependência de ato ulterior dos seus anteriores titulares.

Por estas circunstâncias, verifica-se que ao contrário das razões acolhidas e defendidas pelo acórdão recorrido e pelo lançamento efetuado, evidencia-se que a utilização do BERTIN FIP para deter a participação acionária na Bertin S/A quando da sua incorporação na JBS S/A, decorreu antes de mais nada da estrutura implementada pelo BNDESPAR, como agente financeiro do projeto que visava proteger da melhor maneira possível o seu investimento na própria Bertin S/A, que se encontrava em grave crise financeira, e tinha como melhor opção para aproveitar o seu acervo patrimonial e operacional, a sua integração societária com a JBS S/A, a qual, por seu turno, encontrava-se com equilíbrio financeiro e poderia dar adequada solução para o momento crítico por que passava a Bertin S/A.

Tais razões negociais são suficientes, por si, para justificar o uso do FIP no projeto de incorporação das ações da Bertin S/A na JBS S/A, como ato de preservação dos interesses de seus acionistas.

Assim, com base no estudo abrangente desenvolvido no próprio voto condutor do acórdão recorrido, sobre os objetivos dos FIP (e-fls. 4382 a 4384), indica – com base nas disposições da Instrução CVM n.º 391, de 16 de julho de 2003 (com alterações introduzidas pelas Instruções CVM n.ºs 435/06, 450/07, 453/07, e até mesmo as posteriores aos atos objeto do lançamento fiscal, ocorrido em 2009, contidas nas Instruções n.ºs 496/11, 498/11, 535/13, 540/13, 545/14, 549/14 e 554/14, bem como nos informes da Associação Brasileira de *Private Equity e Venture Capital* (ABVCAP) e ainda pelo comunicado CVM n.º 391, de 27/11/2013 - tudo usado como fundamento da mesma decisão, nas razões pelas quais não teriam sido atendidos os fundamentos necessários para dar legitimidade ao BERTIN FIP, refutando (e-fls. 4384) todos os aspectos que, a meu ver, bem ao contrário, atenderiam de sobra os propósitos e a prática condizentes com os fundos de investimento.

Em conclusão, dou provimento ao Recurso Especial, afastando a alegação de simulação no negócio jurídico realizado pela recorrente (criação e utilização do FIP).

Multa qualificada e Responsabilidade solidária de sócios

A questão da qualificação da multa ao patamar de 150% e a responsabilização da pessoa física dos sócios e da empresa Heber resta prejudicada em virtude do entendimento exposto até aqui.

Contudo, mesmo vencido no item precedente, a lógica de todo o meu entendimento conduz inevitavelmente para o afastamento da qualificadora da multa de ofício, em virtude de entender que, considerando como verdadeiros os fatos tal qual relatados pela Auditoria do TCU, e reiterados pela recorrente, não há conduta fraudulenta por parte de nenhum dos sujeitos passivos.

Em consequência desse meu inequívoco entendimento, afastada a multa, igualmente cai por terra qualquer responsabilização das pessoas físicas com fundamento no artigo 135, III do CTN, pois a conduta fraudulenta que qualifica a multa é, antes de tudo, uma "conduta", e pessoa jurídica não pode praticar conduta em sentido estrito, mesmo na ficção que dá "vida" à pessoas jurídicas. Condutas são ações humanas.

Em relação à "responsabilidade" decorrente do artigo 124 do CTN, mais referida como sendo a solidariedade por "interesse comum", igualmente acolho o entendimento dos Recorrentes no sentido do seu afastamento.

Prevê o dispositivo que:

"Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II as pessoas expressamente designadas por lei.

Nesse ponto, é fundamental entender que a solidariedade não é um mecanismo de eleição de responsável tributário. Em outras palavras, não tem o condão de incluir um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária, mas apenas de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já o compõem.

Tanto é assim, que o dispositivo em comento sequer integra o capítulo do CTN que trata da responsabilidade tributária.

Assim, a definição da sujeição passiva deve ocorrer em momento anterior ao estabelecimento da solidariedade. Ainda que tal assertiva tenha características de obviedade, seu escopo dirige-se à ressalva da fragilidade do inciso I, do mencionado art. 124, do CTN; muitas vezes utilizado de forma equivocada para estabelecer uma espécie de sujeição passiva de forma indireta.

Em regra, deve-se buscar a responsabilidade tributária enquadrando-se o fato sob exame em alguma das situações previstas nos arts. 128 ao 137, do CTN. Já a solidariedade obrigacional dos devedores prevista no inciso I, do art. 124 é definida pelo interesse comum ainda que a lei seja omissa, pois trata-se de norma geral.

Numa relação de acionista e sociedade, como é o caso desse processo, há um interesse coincidente, mas não "comum" - sob o aspecto do CTN. Para que o interesse se constitua como comum é necessária a participação direta dos interessados na concretização/prática do fato gerador.

Sobre esse tema, aliás, a Receita Federal do Brasil, no PN COSIT nº 04/18, afirma que "A responsabilidade solidária por interesse comum decorrente de ato ilícito demanda que a pessoa a ser responsabilizada tenha vínculo com o ato e com a pessoa do contribuinte ou do responsável por substituição. Deve-se comprovar o nexos causal em sua participação comissiva ou omissiva, mas consciente, na configuração do ato ilícito com o resultado prejudicial ao Fisco dele advindo."

A RFB usa três autores para fundamentar sua premissa, obviamente com pensamentos convergentes. Um deles chega a dizer que o artigo 124 deve ser considerado como hipótese de responsabilidade – mesmo, estando fora do capítulo destinado à responsabilidade,

“topograficamente”, como diz – pois, caso contrário, haveria ofensa à constituição, quanto aos princípios da Capacidade Contributiva e ao Não Confisco.

Ora, uma leitura rasa a Pontes de Miranda já revelaria o equívoco de tal afirmação.

Na relação tributária estática¹, contida no texto constitucional, os princípios dirigem-se ao legislador para criar tributos, e não ao aplicador. Além de inapropriado, parece contraditório a RFB valer-se de princípios constitucionais quando ela mesma está vedada, mormente no âmbito do processo administrativo tributário (DRJ), de reconhecer inconstitucionalidades, *vis a vis* o artigo 26-A do Decreto 70.235/72.

Em seguida, socorre-se de Rubens Gomes de Sousa, na sua clássica classificação da responsabilidade (como sendo *por transferência* e *por substituição*²) para dizer que ele próprio incluiu o artigo 124 como hipótese de responsabilidade por transferência, sem maiores digressões.

Abre-se um parêntese, para lembrar que o CTN cuidou apenas das hipóteses de responsabilidade por transferência, posto que a outra espécie (por substituição) é tratada diretamente na lei que cria o tributo, ao estabelecer quem são os sujeitos passivos da respectiva obrigação.³

Incorre mais uma vez em erro de premissa o Parecer, pois o autor em seu *Compêndio* esclarece que a “transferência” da responsabilidade aqui surge no momento em que um dos devedores solidários quita a obrigação em relação aos demais, e não quando o fisco escolhe quem deve cobrar.

Veja-se o trecho completo da citação doutrinária, não transcrita no referido parecer:

“(…) No caso de condomínio (imóvel com mais de um proprietário) o Município pode cobrar o imposto predial de qualquer dos proprietários, à sua escolha, é claro que aquele que pagou o imposto total terá pago a sua parte e mais as dos condôminos; quanto a estas, a obrigação tributária transferiu-se para um dos devedores solidários, que fica com o direito (chamado regressivo) de recuperá-la dos outros.”⁴

(grifei)

A definição da sujeição passiva deve ocorrer em momento anterior ao estabelecimento da solidariedade. Ainda que tal assertiva tenha características de obviedade, seu escopo dirige-se à ressalva da fragilidade do inciso I, do mencionado art. 124, do CTN; muitas

¹ A teoria clássica da relação jurídica obrigacional subdivide-a em estática, dinâmica e crítica. As duas últimas referem-se ao procedimento de fiscalização e ao processo tributário, respectivamente, enquanto ao primeira, ocorre no âmbito meramente abstrato e geral da norma, ou seja, sua prescrição normativa. Em outras palavras, os princípios constitucionais tributários referem-se apenas a esta relação.

³ Veja-se, inclusive, que para algumas categorias de responsável substituto, o fundamento de validade encontra-se diretamente previsto na Constituição Federal: Art. 150, § 7º - *A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.* (grifei)

⁴ Editora Resenha Tributária: São Paulo, 1982, p. 92-93.

vezes utilizado de forma equivocada para estabelecer uma espécie de sujeição passiva de forma indireta.

Em regra, deve-se buscar a responsabilidade tributária enquadrando-se o fato sob exame em alguma das situações previstas nos arts. 128 ao 137, do CTN. Já a solidariedade obrigacional dos devedores prevista no inciso I, do art. 124 é definida pelo interesse comum ainda que a lei seja omissa, pois trata-se de norma geral.

Em outras palavras, a lei do IPTU não precisa dizer que o condômino é solidário em relação ao sujeito passivo eleito, para que o fisco possa cobrar o tributo daqueles.

Numa relação de acionista/cotista e sociedade, há um interesse coincidente, mas não "comum" - sob o aspecto do CTN. Para que o interesse se constitua como comum é necessária a participação direta dos interessados na concretização/prática do fato gerador.

Constata-se, portanto, que o interesse além de comum, deve ser jurídico⁵.

A partir daqui, caminha bem o parecer da RFB. Muitas autuações fiscais, como admitem o próprio Parecer, têm interpretado o artigo 124 por meio do mero interesse econômico.

Mas como mencionado, admitir que o interesse deve ser jurídico, não resolve o erro de premissa. O "interesse jurídico" aqui, revela-se na lei que impõe a solidariedade na Regra Matriz do tributo e não na Regra Matriz da responsabilidade.

Se do regime jurídico relacionado à lei que institui o tributo decorrer o interesse comum, ótimo. Estaremos diante de autêntico caso de solidariedade. Mas se da lei não decorrer automaticamente essa conclusão, não é possível impor essa solidariedade *a posteriori*.

Neste sentido, Mizabel Derzi, atualizando obra de Aliomar Baleeiro, afirma:

"A solidariedade não é espécie de sujeição passiva por responsabilidade indireta, como afirmam alguns. O Código Tributário Nacional, corretamente, disciplina a matéria em seção própria, estranha ao capítulo V, referente a responsabilidade.

É que a solidariedade é simples forma de garantia, a mais ampla das fidejussórias. Quando houver mais de um obrigado no polo passivo da obrigação tributária (mais de um contribuinte, ou contribuinte e responsável, ou apenas uma pluralidade de responsáveis), o legislador terá de definir as relações entre os coobrigados. Se são eles solidariamente obrigados, ou subsidiariamente, com benefício de ordem ou não etc.

*A solidariedade não é, assim, forma de inclusão de um terceiro no polo passivo da obrigação tributária, apenas forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõe o polo passivo"*⁶

⁵ Novamente se está diante de dificuldade conceitual, que De Plácido e Silva diferencia com propriedade. Para ele há três tipos de "interesses comuns" possíveis: o econômico, o moral e o jurídico:

"O (interesse) moral decorre dos direitos à vida, à liberdade, ao sossego, ao bem-estar, à honra, à fama. O econômico estrutura-se toda vez que a coisa ou o fato, calcado em um bem material, ou mesmo em um direito ou bem intelectual, possa ser convertido ou transformado em valor pecuniário. E se diz jurídico quando, um ou outro, se apresentam legítimos, de modo a autorizar a pessoa a defendê-los, segundo as regras do Direito.

Nesta razão, o interesse jurídico é o interesse juridicamente ou legalmente protegido, porque se exhibe legítimo, positivo, certo, atual e inequívoco." (Dicionário Jurídico, 1987, v. 2, p. 497)

É bem verdade que os Tribunais Judiciais têm oscilado em relação à extensão dos efeitos da responsabilidade do CTN.

Refiro-me ao artigo 135 do CTN. Veja-se o texto legal:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Até mesmo o título dado no artigo 135 (Responsabilidade Pessoal) já dispensaria elocubrações a respeito de seus efeitos. Parece obvio (e é mesmo) que a responsabilidade tratada aqui é *ultravires*, ou seja, caso o preposto (*lato sensu*) venha a agir de forma intencionalmente contrária à lei ou estatutos da empresa, ele deve assumir sozinho a responsabilidade pelos seus atos maléficis.

Este artigo é uma proteção da empresa, não do fisco. A empresa não pode ser responsabilizada por alguém que comprovadamente, dolosamente, age fora dos limites legais e estatutários permitidos a este alguém.

Infelizmente, porém, os Tribunais judiciais e administrativos⁷ vêm entendendo que este alguém deve ser responsabilizado “solidariamente” com a empresa. Esta jurisprudência, data maxima venia, é *contra legem*⁸, além de injusta com a empresa. Aqui, evidencia-se a prevalência dos interesses da arrecadação, pois sabemos que as pessoas físicas em geral não têm condições financeiras de arcar sozinhas com o dano causado por elas – individualmente e sem autorização da empresa – ao Erário.

Isto acontece pois as autuações fiscais costumam referir-se a fatos geradores ocorridos num período de 05 anos. Numa empresa de médio ou grande porte isto significa fácil dezenas, centenas de milhões de reais, incompatível com o patrimônio da grande maioria das pessoas físicas em nosso país.

Vale aqui citar decisão do Supremo Tribunal Federal, de 10/02/2011⁹, que ao tratar do tema previdenciário, delineou a responsabilidade do art. 124 e 135 do CTN de forma pontual:

⁶ Direito Tributário Brasileiro. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 729. Neste mesmo sentido, a doutrina (autores já mencionados) que exclui o artigo 124 que o exclui das hipóteses de responsabilidade tributária por transferência é, sem medo de errar, *supra majoritária*.

⁷ Súmula CARF n. 130: *A atribuição de responsabilidade a terceiros com fundamento no art. 135, inciso III, do CTN não exclui a pessoa jurídica do polo passivo da obrigação tributária.*

⁸ É de se destacar a Súmula 430 do STJ (“O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”), mesmo afastando a responsabilidade neste específico caso, reconhece a premissa de que o sócio-gerente tem responsabilidade solidária, inovando o texto do art 135 do CTN.

⁹ RE 562276 / PR - Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 03/11/2010

DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS.

1. (...)

2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128.

3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente.

4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (*dritter Persone*, *terzo* ou *tercero*) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. O “terceiro” só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a contrario sensu, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte.

5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a personalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade.

(...)”

Mais uma vez ressalto o erro de premissa do Parecer da RFB.

O art. 124 do CTN não integra a Regra Matriz da Responsabilidade, mas apenas a Regra Matriz do Tributo (aspecto pessoal do consequente).

Mas surge aqui outro questionamento: qual a importância de analisar o artigo 135, III do CTN, se o tema aqui é unicamente o artigo 124?

Explico:

O único caso¹⁰ em que os sócios podem assumir a responsabilidade tributária da empresa – e aqui vou abstrair o fato de ser essa responsabilidade pessoal ou solidária – é por meio da aplicação do artigo 135 do CTN.¹¹

Esta afirmação decorre da premissa inafastável de que o artigo 124 não é hipótese de responsabilidade por transferência, a ser aplicada pelo fisco, para atribuir sujeição passiva ao diretor da empresa.

Mas, por outro lado, isso não significa que terceiros não-formalmente “sócios-diretores/gerentes” não possam ser responsabilizados tributariamente.

Em situações limite, como aliás tenho decidido em processos que relatei e/ou julguei no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), podemos atribuir a responsabilidade fora desses artigos mencionados no capítulo da responsabilidade. É o caso dos chamados operadores “laranja”, que atuam como verdadeiros “sócios ocultos”. Aqui, é preciso considerar o artigo 126 do CTN, que prevê:

Art. 126. A capacidade tributária passiva independe:

I - da capacidade civil das pessoas naturais;

II - de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios;

III - de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

O disposto no artigo 126 trata justamente daquelas *sociedades de fato* que, mesmo não devidamente registradas nos órgãos de comércio, atraem para si as obrigações tributárias de uma pessoa jurídica regular e, conseqüentemente, surte o mesmo efeito para os sócios dessas mesmas sociedades.

Assim, no caso dos operadores ocultos, o fato de não serem formalmente registrados no contrato social ou estatutos não os afasta de eventual responsabilidade, pois o artigo 124 (interesse comum) associado ao art. 126, III (sociedades de fato) confere a eles inexoravelmente a condição de prepostos, num sentido mais amplo, suficientes ai sim para a aplicação do artigo 135, III, do CTN, sem maiores dificuldades.

Em outras palavras:

A responsabilidade nesses casos decorre *sempre e unicamente* da aplicação do artigo 135 do CTN, mas para que a pessoa em questão seja enquadrada no dispositivo, é preciso

¹⁰ Não me filio ao entendimento, por exemplo, de que Lei Ordinária pode estabelecer hipóteses de responsabilidade *por transferência* (CTN), mas apenas *por substituição* (por meio da Lei criadora do tributo, em regra, ordinária, as vezes Complementar)

¹¹ Há exceção – mesmo que impertinente para o presente estudo - em relação a responsabilidade do sócio na extinção da sociedade de pessoas do artigo 134.

prova robusta de que a mesma é sócio oculto, ou integrante de uma sociedade de fato e age como seu gerente ou diretor, de fato.

E agora sim é possível falamos em *nexo causal* para a atribuição da responsabilidade. O *nexo* mencionado é exatamente aquele apurado para a aplicação da responsabilidade do artigo 135, III, isto é, deve haver comprovação de atuação da pessoa física do diretor da empresa em excesso de poderes, infração à lei ou estatutos (ato ilícito), cujos critérios têm se consolidado a cada dia na jurisprudência e doutrina, mediante comprovação do agir consciente dessas mesmas pessoas (dolo).

A diretriz decorre da teoria geral das obrigações. Clayton Reis¹² nos ensina sobre o tema que, 'para configurar a responsabilidade civil, são necessários três requisitos indispensáveis, a saber: o dano, a culpa e o *nexo* de causalidade. Nessa linha, menciona Carlos Roberto Gonçalves pontificando que, "a responsabilidade civil se assenta, segundo a teoria clássica em três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano". Portanto, a conjugação desses três elementos essenciais é que serão geradores do dever de indenizar e que deverão ser devidamente demonstrado no curso do processo indenizatório.'

O mesmo, *mutatis mutandis*, deve ocorrer na responsabilização tributária, com o detalhe de que não basta culpa: Exige-se o dolo.

A única diferença em relação ao artigo 124, portanto, é que, antes de apurar o *nexo causal* entre diretor e ato ilícito, o fisco deve identificar e demonstrar a existência de relação de fato (artigo 126) entre o *operador oculto* e a empresa, qualificando-o como diretor de fato, para então perquirir sua atuação ilícita, na forma do artigo 135 do CTN.

Assim, no caso dos operadores ocultos, o fato de não serem formalmente registrados no contrato social ou estatutos não os afasta de eventual responsabilidade, pois o artigo 124 (interesse comum) associado ao art 126, III (configuração de uma unidade econômica ou profissional de fato) confere a eles inexoravelmente a condição de responsáveis, num sentido mais amplo, suficientes ai sim para a aplicação do artigo 135, II, do CTN.

De todo modo, não é o que ocorre nesses autos. É incontroverso que a empresa Heber e as demais pessoas físicas não atuam ocultamente, como "laranjas". Ao contrário, são sócios de fato e de direito. Sendo assim, sua responsabilidade só pode decorrer diretamente do artigo 135, o que já restou afastado mais acima.

Nos termos do artigo 63, §8º, do RICARF (Portaria MF 343/2015) consigno que fui acompanhado, pelas conclusões pela maioria deste Colegiado, que entendeu que os fatos descritos em TVF eram insuficientes à atribuição de responsabilidade tributária à HEBER PARTICIPAÇÕES S.A., com fundamento no artigo 124, I, do Código Tributário Nacional.

De fato, consta do TVF apenas que esta pessoa jurídica "***teria participação superior a 99,99 do seu capital social***" e, considerando que a infração foi cometida de forma dolosa, teria se beneficiado *direta e majoritariamente da redução ilícita da carga fiscal da Tinto Holding, seja por ter recebido dividendos calculados sem levar em conta os tributos fraudulentamente evadidos pela investida [...] seja por ter reconhecido um resultado de equivalência patrimonial superior ao que seria lícitamente devido*. Tais condições não são, porém, suficientes para atribuição de responsabilidade tributária.

¹² Dano Moral. 5 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010.

Diante do exposto, voto por CONHECER e DAR PROVIMENTO aos recursos especiais interpostos pelos sujeitos passivos.

É o voto.

(documento assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei

Fl. 47 do Acórdão n.º 9101-004.382 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720170/2014-01

Voto Vencedor

Conselheira Edeli Pereira Bessa, Redatora designada.

O I. Relator restou vencido em seu entendimento favorável ao provimento do recurso especial relativamente às matérias (i) ausência de propósito negocial e (ii) qualificação da multa.

A maioria qualificada do Colegiado concluiu que o Fundo de Investimento em Participação – FIP (BERTIN FIP) não foi o alienante da participação societária, bem como que havia evidências suficientes de fraude para imputação da multa qualificada.

Não se discute que, como observa o I. Relator, poderia ser necessária *uma estrutura para a operação que desse conforto e transparência para os investidores que iriam aportar os recursos suficientes para viabilizá-la, exigindo, assim, que os contornos fossem os mais apropriados aos anseios desses mesmos investidores, levando as investidas a se adequarem o mais possível aos moldes usualmente utilizados pelo mercado aberto de capitais.*

Contudo, as autoridades lançadoras validamente demonstraram que a criação do BERTIN FIP não se destinou a este fim, porque:

11. O FIP Bertin foi criado em novembro de 2009, quando a aquisição da Bertin já havia sido anunciada e as partes acertavam os últimos detalhes do negócio. Dadas as vantagens tributárias concedidas aos fundos, cabe investigar se a criação do Bertin FIP teve algum outro propósito além do meramente tributário. Se não houve, o ganho de capital auferido formalmente pelo FIP deverá ser imputado ao seu único cotista à época do fato gerador, a saber, a Tinto Holding.

12. De pronto, é relevante registrar que a Bertin S.A. sempre foi, desde a sua criação, em 2007, controlada pela Tinto Holding. **O Bertin FIP foi interposto entre a Tinto Holding e a Bertin poucos dias antes da incorporação de ações da Bertin pela JBS.** As atividades do Bertin FIP iniciaram-se em 11/12/2009, quando a Tinto Holding integralizou no capital do fundo a sua participação na Bertin, conforme informado pelas demonstrações financeiras do FIP arquivadas na CVM. O surgimento do Bertin FIP na estrutura do grupo Bertin ocorreu apenas três dias antes da divulgação do Fato Relevante de 14/12/2009, pelo qual, como dito, informou-se que a Bertin teria suas ações incorporadas pela JBS.

13. Assim sendo, do ponto de vista formal, quem recebeu as ações da JBS como resultado da incorporação de ações da Bertin foi o Bertin FIP, bem como foi o fundo também quem, formalmente, subscreveu e integralizou o capital da FB com as ações JBS recebidas na incorporação de ações da Bertin. No entanto, a formalização dos atos não condiz com a essência das operações.

14. Os atos formalizados pela Tinto Holding estão inquinados pela má-fé, pois viciados por um gritante artificialismo. A interposição do Bertin FIP foi realizada sem que qualquer razão minimamente defensável pudesse ser sustentada. A escolha de um fundo para praticar os negócios jurídicos em lugar da Tinto Holding revelou um total desvirtuamento no uso de um instrumento que tem sido utilizado para desenvolvimento do mercado de capitais. A montagem do fundo, a apenas poucos dias da alienação da Bertin, foi estruturada, como se verá, para abrigar um ganho de capital cuja tributação em grande medida seria não apenas diferida, mas também evadida, uma vez que a maior parte das cotas do FIP foi transferida por meio de cessões simuladas a investidor estrangeiro, que é isento de tributação. A falta de propósito do fundo, ratificada pelas respostas inconsistentes da Tinto Holding e do administrador do FIP, deixa à mostra que o objetivo para a sua criação foi o de evitar que o ganho de capital auferido pela Tinto fosse tributado. *(destaques do original)*

A recorrente argumenta que antes da constituição do BERTIN FIP, *os Grupos JBS e BERTIN ainda não haviam definido as operações (inclusive societárias) que deveriam ser efetivadas para a concretização da combinação de negócios e, o mais importante, as obrigações das partes de concluir o negócio estavam condicionadas a diversos eventos futuros e incertos, como era o caso da aprovação das operações pelos acionistas das empresas em Assembleias Gerais e do resultado satisfatório de uma imprescindível due diligence para fins de mensuração de Ativos e Passivos da BERTIN S.A.* Quer fazer crer, assim, que todas estas definições, aconteceram, na melhor das hipóteses, a partir da constituição do BERTIN FIP em 26/11/2009. Contudo, como visto, as atividades do BERTIN FIP só se iniciaram em 11/12/2009 e, nos termos expostos pela Contribuinte em seu recurso especial, em 07/12/2009 já estava definida a relação de substituição das ações na operação de incorporação:

288. Em 07/12/2009, a JBS publicou novo Fato Relevante, divulgando a decisão dos Conselhos de Administração da JBS e da BERTIN, no sentido de que a JBS S.A. realizaria a incorporação de ações da BERTIN S.A. e, em contrapartida, os controladores da BERTIN S.A. receberiam 32,45518835 ações de emissão da JBS S.A. para cada ação de emissão da BERTIN S.A. (permuta de ações).

Confira-se:

“(…)

Os Comitês apresentaram suas análises econômicas, contendo recomendações sobre as condições econômicas da operação de incorporação, pela Companhia, das ações de emissão de Bertin (“Incorporação de Ações”), no que diz respeito à determinação da relação de substituição de ações.

O Comitê da JBS recomendou que a relação de troca se situe dentro de um intervalo tal que o valor atribuído à JBS seja entre 53,5% e 70,2% da empresa combinada, e o da Bertin entre 46,5% e 29,8% da empresa combinada. Por sua vez, o Comitê da Bertin recomendou que a relação de troca ocorra dentro de um intervalo entre 31,23 a 34,61 ações de emissão da JBS por ação de emissão da Bertin. Portanto, a relação de troca anteriormente anunciada, na proporção de equity value de aproximadamente 40%/60% para Bertin e JBS, respectivamente, (o que equivaleria a uma relação de troca de 32,45518835 ações de emissão de JBS para cada ação de emissão de Bertin) está contida dentro dos intervalos sugeridos pelos Comitês. O Conselho da JBS aprovou o respectivo relatório.

O Conselho da JBS deliberou que a Companhia conclua a negociação da estrutura financeira em condições favoráveis, e que após a conclusão convoque a assembleia geral da JBS para aprovar a Incorporação de Ações.

A Companhia continuará trabalhando nas outras condições precedentes para a efetivação da operação ora referida, incluindo, sem limitação, a finalização de due diligence e a realização da capitalização de US\$ 2,5 bilhões referida nos fatos relevantes de 16.09.2009 e 22.10.2009 e a JBS manterá o mercado informado caso surjam novos fatos que demandem divulgação, nos termos da legislação aplicável.

(…)” (destaques da **Recorrente**)

289. A par da definição da primeira operação societária a ser realizada (incorporação de ações da BERTIN S.A. pela JBS S.A.) e da quantidade de ações a serem recebidas em substituição pelos ex-controladores da BERTIN S.A., registre-se que novamente a JBS fez questão de informar ao mercado a incerteza quanto às demais condições para a concretização da combinação de negócios, como era o caso do esperado resultado de *due diligence*.

Ademais, em momento algum a recorrente demonstra a intervenção da administração do BERTIN FIP nas operações para a qual foi criado. Há, apenas, referências às partes originalmente envolvidas na operação. Nota-se, inclusive, uma contradição entre a

pretensão de que o FIP atuasse como administrador, gerindo *o investimento em títulos e valores mobiliários de emissão da FB Participações S.A. (Holding controlada da JBS)* e o reconhecimento de que o poder decisório cabe às *investidas, que se manifesta pela participação nos respectivos Conselhos de Administração, por Acordos de Acionistas ou por outros meios que garantam essa atuação.*

Assim, ainda que se repute normal o FIP ser instituído por uma única investidora, com *foco de investimento já definido* em sua constituição, a necessária autonomia das participações societárias a serem alienadas não se verificou, porque a alienação das ações pela autuada à JBS *já havia sido anunciada e as partes acertavam os últimos detalhes do negócio* quando o FIP foi criado. Patente, também, que não houve *"análise e negociação das condições de investimento, até ocorrer realmente o aporte de recursos na investida"*, como destacado no acórdão recorrido. Neste cenário, por razões distintas das expostas pelo I. Relator, torna-se irrelevante o fato de a constituição do FIP não ter carreado novos recursos na capitalização da Bertin S/A, assim como a discussão acerca da Bertin S/A estar, ou não, em processo de recuperação. Ausente qualquer prova da atuação da administração do BERTIN FIP nas operações em tela, impõe-se concluir que somente foi viabilizada *a rápida implementação de uma Associação complexa, com a combinação dos negócios* porque a administração das partes interessadas empenharam esforços neste sentido, restando injustificada a intervenção daquele instrumento.

Quanto ao acolhimento da forma proposta pelo BNDES, no sentido de *operar com a administração das ações sendo confiadas a uma estrutura FIP, com gestão independente e com autonomia legal para efetivar a entrega das ações da Bertin S/A quando da incorporação, sem possibilidade de arrependimento por parte dos Bertin*, a autoridade fiscal validamente apresenta a seguinte objeção:

18. Pois antes mesmo da aprovação da incorporação de ações pelas duas companhias, a Tinto Holding assinou, em 24/12/2009, o primeiro contrato de cessão e transferência de 1.174.351 cotas do Bertin FIP (doc. 58 [última página do PDF] e doc. 59 [primeira à terceira páginas do PDF]). A cessionária era a Blessed LLC, empresa sediada em Delaware. Como se verá em detalhes, em ação ajuizada (e da qual desistiu e renunciou ao direito em que se funda a ação, doc. 62 [última página do PDF]) para questionar uma segunda cessão de cotas, sob o fundamento de que tal cessão teria sido fraudulenta, a própria Tinto Holding sugere que a Blessed seria uma empresa do grupo JBS. Ou seja, antes até da aprovação formal da incorporação de ações, a Tinto Holding já havia alienado para outra empresa (supostamente da JBS, segundo a Tinto Holding aventa em sua ação ajuizada) nada mais nada menos do que 66% das suas cotas no Bertin FIP. E, diga-se de passagem, sem qualquer ingerência ou participação do administrador do FIP (onde estão a governança, controle e expertise do administrador/gestor do fundo?), como nos foi relatado por ele, em atendimento a intimação. Sublinhe-se, ademais, que essa cessão de 66% das cotas do FIP, que valiam cerca de R\$ 3 bilhões, foi feita pelo valor insignificante de US\$ 10.000 (para não deixar a impressão de erro de digitação, o preço recebido pela Tinto é escrito por extenso: dez mil dólares).

À evidência, portanto, que não houve *tempo para maturação do investimento feito na BERTIN FIP*, como observado no acórdão recorrido.

Estas circunstâncias confirmam, como consignado em contrarrazões ao recurso voluntário, pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN, que *o mencionado FIP foi criado (...) com o objetivo de servir às reorganizações societárias que adviriam da associação entre o GRUPO BERTIN e o GRUPO JBS*, mas no seguinte contexto:

Entretanto, no caso dos autos, fica claro que o instituto não foi utilizado para o seu fim precípuo. Em primeiro, constata-se a ausência de comunhão de investidores no BERTIN

FIP, visto que os recursos que o integram não são oriundos da agregação de investimentos de diferentes interessados. O mencionado FIP foi criado por uma única pessoa jurídica a TINTO HOLDING com o objetivo de servir às reorganizações societárias que adviriam da associação entre o GRUPO BERTIN e o GRUPO JBS. Nota-se, ademais, que não foi constituído para atender à finalidade prevista na regulamentação que lhe conferiu a CVM, haja vista que foi criado para promover alienação, e não a aquisição, de participações societárias, nem, tampouco, fomentar o desenvolvimento das empresas adquiridas.

Aliás, cumpre observar que a participação societária sob gestão do BERTIN FIP – a BERTIN S.A. – consistia em empresa que já pertencia ao controlador do FIP, além de ser empresa consolidada. Implica dizer que não houve ingresso de investimentos em um empreendimento com vistas a seu desenvolvimento. Essa “aquisição” de participação societária pelo BERTIN FIP serviu apenas para que o Fundo se interpusse entre a alienante (TINTO HOLDING) e o adquirente dos ativos a serem transacionados. Isso fica mais evidente quando se leva em consideração todos os fatos narrados nos tópicos anteriores, notadamente: (a) a capitalização do BERTIN FIP com as ações da BERTIN S.A., a valor contábil; (b) poucos dias depois da capitalização do BERTIN FIP, ocorre a alienação das ações da BERTIN S.A. a valor de mercado, com reconhecimento de ganho de capital; (c) o acordo prévio à própria constituição do BERTIN FIP, prevendo a alienação das ações da BERTIN S.A.; (d) a inexistência de atuação do BERTIN FIP nos negócios que resultaram na alienação da BERTIN S.A., ou seja, tudo foi acertado pelos acionistas da TINTO HOLDING e da JBS S.A.; (e) a permanência efêmera do BERTIN FIP no GRUPO BERTIN, visto que as cotas do citado fundo chegaram a ser negociadas antes mesmo da concretização da alienação da BERTIN S.A.

Eventual ganho obtido com a alienação das ações da BERTIN S.A. não adveio do trabalho de gestão desenvolvido pelo fundo junto à empresa, mas da arquitetura criada pela contribuinte e a contraparte. Toda a riqueza já existia previamente à “aquisição” da BERTIN S.A. pelo BERTIN FIP, todavia, a escolha de institutos jurídicos orientada ao adiamento do reconhecimento dessa riqueza, resultou em que sua “disponibilização” ocorresse em favor do fundo de investimentos. Assim, ainda que o referido fundo haja continuado no tempo, sua criação foi oportunista, visto que foi munido de ativos para, pouco depois, revendê-los por preço muito superior ao da aquisição, evitando, em razão de seu regime fiscal específico, a incidência tributária. *(destaques do original)*

O BERTIN FIP, portanto, foi criado para servir à reorganização societária, mas no que se refere aos seus efeitos tributários, e não para viabilizá-la. E este contexto é substancialmente distinto daquele analisado no Acórdão nº 1201-002.278, no qual a constituição do FIP, além de anterior à alienação do investimento, é justificado por planejamento sucessório familiar, muito embora só uma análise mais aprofundada desta operação permitiria afirmar seu efetivo propósito negocial.

Para além destes fundamentos, adota-se aqui, como razões de decidir, a abordagem exposta na decisão de 1ª instância, não trazida para o acórdão recorrido em razão da ausência de objeção correlata da Contribuinte em sede de recurso voluntário, em especial no que se refere ao fato de, na operação de incorporação de ações, as ações da JBS não terem sido registradas em nome do BERTIN FIP:

A contribuinte alega que a tributação do ganho de capital de Fundo de Investimentos em Participações é diferida (Lei nº 11.312/2006, art.2º), ou seja, deverá ser efetuada quando da alienação ou no resgate de cotas do Fundo. Portanto, não houve fraude na constituição do Bertin FIP, o qual foi concebido segundo as regras da CVM.

De fato, os fundos de investimentos previstos na Lei nº 11.312/2006, art.2º, possuem tratamento diferenciado quanto à tributação de seus rendimentos em especial o diferimento da tributação, o qual ocorre no momento do resgate ou de sua liquidação. No entanto, o que se discute no presente processo é a utilização deste procedimento

visando a não tributação num processo de reestruturação societária em que referido instrumento é utilizado indevidamente.

A Fiscalização efetuou um trabalho fiscal visando investigar a necessidade ou não da formação de um fundo de investimento para fins meramente de reestruturação societária e economia de tributos.

Vale destacar as indagações da Fiscalização no que se refere aos motivos da constituição do FIP como a necessidade de se constituir uma estrutura com custos de taxas de administração, preparação e divulgação de demonstrações financeiras, contratação de auditores independentes para formalizar a perda de controle acionário e administrativo da Bertin se bastaria a Tinto Holding manter as ações da FB em seu ativo.

A contratação de uma gestora de Fundos (Citibank DTVM) não comprova a razão apresentada pela contribuinte de que o procedimento visava o aproveitamento da expertise de profissionais da área, pois formalizou negócios, os quais causaram prejuízos de R\$ 4 bilhões de reais ao FIP (ativo de R\$ 8,8 bilhões foi alienado por R\$ 4,9 bilhões). A Fiscalização faz observações a respeito do mencionado negócio onde destaca que *“independentemente do que tenha ou não registrado a contabilidade do fundo, não se pode perder de vista que a JBS, em pagamento pelas ações Bertin (R\$ 1,775 bilhão), emitiu novas ações para o FIP pelo valor de R\$ 8,8 bilhões, integralizadas no mesmo instante no capital da FB por R\$ 4,9 bilhões. Como mencionado, o FIP interpretou que o recebimento das ações JBS em troca das ações Bertin foi um fato meramente permutativo, ou seja, as ações emitidas pela JBS por R\$ 8,8 bilhões foram contabilizadas pelo fundo pelo mesmo valor pelo qual estavam registradas as ações Bertin dadas em troca (R\$ 1,775 bilhão). O ganho líquido contábil registrado pelo fundo é idêntico ao ganho líquido econômico obtido por ele. É evidente, contudo, a visão do FIP acerca da incorporação, deixa de informar que as ações da JBS valiam efetivamente R\$ 8,8 bilhões. Ao integralizá-las por valor substancialmente menor, o administrador/gestor do FIP (ou a Tinto Holding) alienou-as por valor abaixo do seu custo real de aquisição. O Bertin FIP sofreu com a integralização das ações JBS, indubitavelmente, de acordo com o formalizado, uma perda de R\$ 3,9 bilhões. Repita-se: o problema não foi o custo atribuído às ações JBS, mas o valor pela qual eram foram integralizadas. Jamais poderiam ter sido integralizadas por R\$ 4,9 bilhões, pois valiam R\$ 8,8 bilhões. O fato de alguém resolver contabilizar determinado ativo por qualquer valor que seja não muda o valor de mercado desse ativo. O FIP, com essa “uniformidade de critérios”, tornou-se dono de R\$ 4,9 bilhões do capital da FB, em lugar de sagrar-se titular de R\$ 8,8 bilhões.”*

Uma importante observação da Fiscalização diz respeito ao modo como ocorreu a incorporação de ações, numa operação em que a alienante concorda em transferir as ações por um preço ruinoso de R\$ 3,9 bilhões quando, na verdade, valia R\$ 8,8 bilhões. A conclusão é que o FIP nunca dispôs das ações da JBS, pois, caso contrário, poderia tê-las alienado a outrem, o que não ocorreu, pois o referido ativo já tinha preço e destinos certos. Tal prática não poderia ser feita por nenhum fundo de investimento, pois o objetivo em qualquer estratégia mercadológica seria a maximização dos lucros.

“A junção da Figura 4 com a Figura 5 mostra que as ações emitidas pela JBS entraram e saíram instantaneamente, conforme a formalização da incorporação de ações, do FIP antes de chegar ao destino que lhes fora determinado desde o início, a FB. Nesse movimento, de milésimos de segundo, o fundo teria tido um ganho de R\$ 7 bilhões e uma perda de R\$ 3,9 bilhões com aquelas ações JBS.

Algo impossível de acreditar. Afinal, se a JBS acabara de emitir ações a R\$ 8,8 bilhões, por que o FIP as teria alienado a alguém que estava disposto a pagar apenas R\$ 4,9 bilhões? A resposta é óbvia: o Bertin FIP não podia dispor livremente das ações que acabara de receber da JBS, do contrário as teria vendido a outra pessoa pelo valor que realmente valiam. O fundo, contra qualquer fundamento econômico, perdeu uma fortuna porque as ações JBS já

estavam com destino e preço certos. A bem da verdade, o FIP nunca dispôs das ações JBS.

No caso do Bertin FIP, em relação às ações JBS recebidas na incorporação de ações, é evidente que o fundo não detinha quaisquer dos atributos que caracterizam o domínio das ações JBS. Em especial, o FIP não teve a possibilidade de aliená-las a outrem, em clara afronta ao direito que o proprietário deve ter para dispor da coisa como melhor lhe convier. Se tivesse o domínio das ações JBS, o Bertin FIP as teria alienado com lucro ou, em situação periclitante, o que se admite apenas como hipótese, com um prejuízo infinitamente menor, já que o valor daquelas ações acabara de ser claramente determinado numa transação com a própria JBS.”

Outra consideração relevante a respeito da operação de incorporação de ações envolvendo o FIP é que as ações da JBS nem sequer foram registradas em nome do Bertin FIP, as quais foram registradas diretamente em nome da FB. Tal fato implica que as ações ordinárias da JBS tiveram como destinatário a FB e não o Bertin FIP. Referido fato mencionado pela Fiscalização deixa claro que o Bertin FIP não passou de mera formalidade jurídica sem qualquer propósito que o de evitar a tributação do ganho de capital.

*“O Bertin FIP não passou de mera formalidade jurídica sem qualquer outro propósito que não o de evitar a tributação do ganho de capital. As ações da JBS nem sequer chegaram a ser registradas em nome do Bertin FIP. É o que informa a já citada AGE de 29/12/2009 (parágrafo 33), que textualmente diz que “o Bertin FIP [...] outorgou mandato irrevogável e irretroatável com instruções para que o agente escriturador das ações da Companhia [JBS] registrasse diretamente em nome da FB Participações S.A. a titularidade de todas as ações de emissão da Companhia [JBS] neste ato atribuídas ao Bertin fundo de Investimento em Participações em decorrência da incorporação de ações ora aprovada” (doc. 53). **O agente escriturador, portanto, nem sequer efetuou o registro das ações emitidas pela JBS em nome do FIP! Elas foram DIRETAMENTE registradas em nome da FB.** O registro do recebimento, pelo Bertin FIP, da significativa quantidade de ações da JBS, pelo valor não menos relevante de R\$ 8,8 bilhões, foi solenemente deixado de fora, efetivando-se o registro em nome da FB. Tudo isso equivale dizer que as 679.182.067 ações ordinárias da JBS tiveram como destinatário a FB; nunca, nem nos registros feitos pelo agente escriturador, o Bertin FIP.”*

*“O Bertin FIP não tinha a mais remota hipótese de participar, em tempo algum, como acionista direto da JBS. Tal era a repulsa por essa hipótese que existe uma cláusula no boletim de subscrição anexo à ata da AGE de 28/12/2009 da FB (doc. 68) que dispõe que o valor que os Bertin deveriam integralizar seria de: R\$ 4.949.046.230,13, mediante conferência de 679.182.067 ações ordinárias, nominativas, escriturais, sem valor nominal, de emissão da JBS S.A., companhia aberta [...], a que o FIP terá direito, em virtude da incorporação de ações de emissão da Bertin S.A. [...] pela JBS, a ser aprovada pelos acionistas de Bertin e de JBS em assembléias gerais extraordinárias já convocadas [...], **sendo certo que o FIP Bertin assume neste ato a obrigação irrevogável e irretroatável de entregar imediata e diretamente as ações de emissão da JBS referidas acima para a Companhia, tão logo tais ações sejam emitidas pela JBS.** A esse respeito, o FIP Bertin, desde logo, outorga mandato irrevogável e irretroatável ao agente escriturador das ações da JBS (Banco Bradesco S.A.) para que este entregue diretamente para a Companhia a totalidade das ações de emissão da JBS a que o FIP Bertin terá direito, em virtude da efetivação de operação de incorporação de ações de emissão da Bertin pela JBS, para fins de integralização do aumento de capital da Companhia ora deliberado, de maneira que o FIP Bertin não conste como acionista direto da JBS em nenhum momento, para nenhum fim e em nenhum registro porventura*

aplicável, sob pena de responder por tal descumprimento de obrigação. (grifo não consta do original)”

Como bem observado pela autoridade fiscal, “a vedação para que o Bertin FIP figurasse como acionista direto inclui, inquestionavelmente, a impossibilidade de ele figurar também como acionista direto da JBS inclusive para fins tributários. Uma realidade fática e jurídica tão evidente não permitiria uma excepcionalidade desse tipo, do contrário estaríamos diante da mais inequívoca fraude.”

No TVF é pertinente a constatação da impossibilidade de integralização das ações da JBS no capital da FB, via Bertin FIP, pois este não possuía as ações da JBS, conforme já explicado anteriormente.

“E fraude houve. De acordo com a formalização efetivada, o Bertin FIP foi acionista direto da JBS quando ela emitiu novas ações para o fundo em decorrência da incorporação das ações da Bertin. Não poderia sê-lo. Na sequência dos atos societários, o Bertin FIP integraliza as ações JBS no capital da FB. Não poderia tê-las integralizado, porque jamais poderia ter ações JBS em seu poder. A formalização da incorporação de ações e da integralização foi uma fraude.

Como as ações da JBS nunca poderiam estar nas mãos dos Bertin, nem o ganho de capital de R\$ 7 bilhões nem a perda de R\$ 3,9 bilhões existiram, pois associados, o ganho e a perda, à negociação das ações JBS. Eles só existiriam na assunção de que a formalização fosse real, ou seja, desde que as ações JBS pudessem, em algum momento, pertencer aos Bertin. A formalização, contudo, foi uma coisa, a essência, outra. A previsão desde o início era de que o FIP, como aliás rege o seu regulamento, mantivesse no seu ativo ações da FB avaliadas por R\$ 4,9 bilhões. O que materialmente se realizou foi a alienação da Bertin para a FB por R\$ 4,9 bilhões. A diferença entre o custo das ações da Bertin (R\$ 1,8 bilhão) e o valor pelo qual elas foram integralizadas no capital da FB (R\$ 4,9 bilhões) resultou no ganho de capital de R\$ 3,1 bilhões registrado na contabilidade do FIP. “

Outro raciocínio interessante, referente ao motivo pelo qual o FIP foi constituído como empresa veículo para a internalização do ganho de capital e desfrutar do diferimento da tributação, é o fato de que, se a Tinto Holding tivesse efetuado a mesma operação diretamente, teria de tributar diretamente o ganho de capital.

*“69. Mas, apenas por hipótese, admitamos que a vedação contratual, inequívoca, expressa para todos os fins, pela qual se proibia que o Bertin FIP figurasse em qualquer momento como acionista direto da JBS, possa ser momentaneamente esquecida. Mesmo nessa hipótese meramente teórica, ainda assim uma questão se impõe: **por que, em lugar do Bertin FIP, a Tinto Holding não fez as transações na qualidade de recebedora das ações JBS e de subscritora com essas mesmas ações no capital da FB (ainda que mantidos os valores absurdos) e, então de posse das ações da FB, não constituiu o FIP com elas, de maneira que o fundo passasse a “representar sua nova condição de investidora da FB” (com todas as outras vantagens alegadas)?***

70. A resposta é óbvia: porque o ganho de R\$ 3,1 bilhões seria prontamente tributado na Tinto Holding. A constituição do fundo com as ações da Bertin, imediatamente alienadas, demonstra que o FIP não tinha intenção de investir na Bertin. A Tinto Holding integralizou o capital do Bertin FIP em 11/12/2009, enquanto a saída dessas ações do fundo ocorreu em 29/12/2009, quando da incorporação das ações da Bertin pela JBS. O FIP ficou míseros 18 dias com as ações da Bertin. Por que será? Ao transferi-las para o fundo dias antes da alienação, já sabedora de que teria um ganho de capital com a sua alienação e sem outro propósito que justificasse essa transferência, a Tinto deixa evidente o artificialismo da mudança de titularidade das ações Bertin para o Bertin FIP. A transferência de titularidade foi motivada única e exclusivamente para jogar o ganho de capital da Tinto Holding para o fundo.”

De fato, as operações efetuadas pela contribuinte demonstra a artificialidade dos atos formalizados. Fica claro que o fundo foi mal utilizado, não apenas por ter sido um instrumento para que a Tinto Holding se evadisse do ganho de capital, mas para transferir simuladamente para o exterior a maior parte das cotas do FIP, tudo isso sem o mínimo de transparência e de lógica econômica.

A contribuinte defende que a cessão de cotas do Bertin FIP para a Blessed Holdings LLC objetivou o equilíbrio da mensuração econômica do patrimônio líquido da Bertin S/A (perda por reavaliação de ativos e com créditos fiscais) a ser vertido para a JBS.

Referido argumento não merece acolhida, para fins de afastar a imputação da presente infração, em razão dos seguintes fatos.

Como bem observado pela autoridade fiscal no TVF, a Tinto Holding cedeu e transferiu quase todas as suas cotas do Bertin FIP para a Blessed o que estaria configurada a mais evidente falta de intenção da Tinto de manter o Bertin FIP. Segundo a análise dos contratos de cessão e transferência efetuados em 24/12/2009 e 11/11/2010, em menos de 1 ano, a Tinto tinha se desfeito de 86% do fundo. Foi efetuada, segundo levantamento fiscal, uma terceira transferência de 253.249 cotas (Movimentação das cotas do Bertin FIP) para a J&F Investimentos, empresa do grupo JBS, em 25/06/2014 (doc. 39), ou seja, a Tinto se desfez completamente do fundo.

Em análise da situação da contribuinte, o fato de os ativos terem sido praticamente doados à JBS denota uma conduta incompatível com as práticas normais de mercado. Como bem analisado pela autoridade fiscal *“a intenção da Tinto não foi de exigir o preço justo. O preço foi simulado, irrisório, vil. A venda não valeu. Os preços pagos pelas cotas foram tão insignificantes que a Tinto simplesmente fez uma liberalidade”*.

O objetivo da operação de cessão e transferência de ativos da FIP para a Blessed foi uma transferência simulada das cotas do FIP para um investidor estrangeiro que seria componente do grupo JBS. A intenção da Tinto Holding foi de deslocar o ganho de capital para fora da sua pessoa jurídica, num primeiro momento, e transferi-lo para o exterior logo em seguida.

Dessa forma, conclui-se que a Tinto Holding utilizou-se indevidamente de um instrumento financeiro de forma artificial para a concretização das operações de incorporação de ações e de integralização do capital da FB, bem como também as cessões ilícitas das cotas para a Blessed. Reproduz-se trechos do TVF, o qual deixa claro a verdadeira intenção da contribuinte em relação às operações ora discutidas.

“170. Tudo o que se relaciona a esse fundo está eivado de má-fé. É importante destacar que a Tinto afirmou na ação judicial, sem provar, que a Blessed era a controladora da JBS. Os fatos, contudo, permitem que se trabalhe com três hipóteses, já que não é razoável supor que ativos de “elevadíssimo valor” possam ter sido praticamente doados: (i) a Blessed é da JBS; (ii) a Blessed pertence à Tinto Holding, ou (iii) a Blessed pertence a ambas. O “Estado de S.

Paulo” veiculou notícia¹⁴ que listava algumas “coincidências” que davam indícios de que a Blessed seria do grupo JBS. No entanto, tamanha foi a fraude por trás das cessões de cotas para a Blessed que é de somenos importância a quem pertence a offshore de Delaware.

*171. Conforme doutrina trazida pela própria Tinto na ação judicial movida contra a Blessed, “O preço deve ser sério; verum como diziam os romanos. Necessário que o vendedor tenha a intenção de exigí-lo e consista em soma que possa ser considerado como contrapartida da coisa. Inadmissíveis, portanto, o preço simulado, o preço irrisório, o preço vil. Se fictício não vale a venda. A equivalência das prestações não precisa ser objetiva. Exigindo-se apenas que o preço seja tão insignificante que signifique liberalidade do vendedor ou o seu propósito de não exigir” (ORLANDO GOMES, **Contratos**, 24a ed., 2001, p. 229).*

172. Como visto, a intenção da Tinto não foi de exigir o preço justo. O preço foi simulado, irrisório, vil. A venda não valeu. Os preços pagos pelas cotas foram

tão insignificantes que a Tinto simplesmente fez uma liberalidade, que na prática equivale a uma doação. Em outra doutrina trazida pela Tinto naquela ação, Tepedino, Baroza e Bodin de Moraes dizem que “Outro predicado que deve apresentar o preço é a seriedade. São repelidos preços vis ou fictícios, pois sugerem simulação, o que acaba por gerar a invalidade do negócio. Tampouco se admite preço irrisório que esteja, de modo anômalo, aquém do valor da coisa”. Houve, pois, na opinião da própria Tinto, simulação.

173. Assim, se a hipótese verdadeira for de que a Blessed pertence à JBS, o que houve foi uma transferência simulada das cotas do FIP para um investidor estrangeiro que seria componente do grupo JBS. Se a Blessed pertence à Tinto, houve uma transferência simulada dela para ela própria no exterior. Se pertencer às duas, ambas se beneficiaram da trama. Fato é que, pela doutrina trazida pela própria fiscalizada, não vale a venda, o negócio é inválido.

174. O preço vil aceito pela Tinto nas duas cessões de cotas que valiam mais de R\$ 4 bilhões só demonstra que o FIP nada valia para ela. A intenção indiscutível da Tinto Holding, adote-se qualquer das hipóteses, foi de deslocar o ganho de capital para fora da sua pessoa jurídica, num primeiro momento, e transferi-lo para o exterior logo em seguida. Se ela mesma adquiriu as cotas ou se a JBS ou se ambas, isso é irrelevante. A simulação perpetrada revela que ela se beneficiou da fraude. Tudo já estava devidamente acordado entre os dois grupos, que previamente, na hipótese de a Blessed pertencer à JBS, assim já teriam compactuado. Mesmo na hipótese em que a Blessed pertença unicamente à JBS, se a Tinto aceitou doar-lhes as cotas do fundo, foi porque a doação de alguma forma a beneficiou.

Não restam dúvidas de que a Tinto Holding se utilizou indevidamente de um instrumento financeiro cuja propriedade é posta em xeque por não reunir qualquer um dos três elementos citados pelo ilustre jurista. É evidente que a faculdade de usar, gozar e dispor do fundo, na forma idealizada pela Tinto, ficou indelevelmente maculada não apenas pelo artificialismo das operações de incorporação de ações e de integralização do capital da FB, mas também pelas cessões ilícitas das cotas para a Blessed.”

A interessada defende-se com o argumento de que a fraude invalidaria todas as operações efetuadas pela contribuinte, sobretudo a troca de ações da JBS S/A pelas ações da FB Participações, não tendo havido o ganho de capital na operação (acordo firmado em 25/06/2014, implicou a transferência de ações da Bertin S/A, no montante de R\$ 1.775.231.541,38 por R\$ 346.000.000,00 para a J&F Investimentos S/A. O resultado final da operação foi um prejuízo de R\$ 1.429.000.000,00 e não um ganho de capital, sem apuração de ágio amortizável).

Mencionado argumento não merece prosperar pelos motivos já expostos em que se concluiu pela existência de ganho de capital, o qual foi incorporado pelo Fundo Bertin FIP e posteriormente cedido à Blessed Limited Liability Company (LLC).

Tais considerações evidenciam que, para além de afirmar a ausência de propósito negocial na interposição do BERTIN FIP, as autoridades lançadoras demonstraram a fraude nestas operações. Irrelevante, assim, se o BERTIN FIP *permanece exercendo sua atividade fim*, bem como se esta, como dito pela recorrente, é concebida, apenas, como controle de *investimentos representados pelas ações da J&F Investimentos S.A.*. Não foram provadas as intervenções esperadas com base nas alegações da recorrente acerca do propósito negocial existente para interposição do BERTIN FIP depois de projetadas as operações societárias que resultaram no ganho de capital aqui tributado.

E, se além de infirmado o propósito negocial alegado, as autoridades lançadoras também evidenciaram fraude nas operações, a qualificação da penalidade se impõe.

Diversamente do que alega a recorrente, esta acusação claramente integra o Termo de Verificação Fiscal, no excerto a seguir reproduzido:

[...]

174. O preço vil aceito pela Tinto nas duas cessões de cotas que valiam mais de R\$ 4 bilhões só demonstra que o FIP nada valia para ela. A intenção indiscutível da Tinto Holding, adote-se qualquer das hipóteses, foi de deslocar o ganho de capital para fora da sua pessoa jurídica, num primeiro momento, e transferi-lo para o exterior logo em seguida. Se ela mesma adquiriu as cotas ou se a JBS ou se ambas, isso é irrelevante. A simulação perpetrada revela que ela se beneficiou da fraude. Tudo já estava devidamente acordado entre os dois grupos, que previamente, na hipótese de a Blessed pertencer à JBS, assim já teriam compactuado. Mesmo na hipótese em que a Blessed pertença unicamente à JBS, se a Tinto aceitou doar-lhes as cotas do fundo, foi porque a doação de alguma forma a beneficiou.

175. Para o renomado professor e jurista português José Tavares¹⁵ (1922, p. 605), “o verdadeiro conceito do direito de propriedade é o resultante dos três elementos: a) o poder de dispor duma coisa; b) a pertença da coisa ao titular do poder, isto é, a exclusão dos poderes de terceiro; c) o fim *jurídico* ou *lícito* do exercício do poder”. Não restam dúvidas de que a Tinto Holding se utilizou indevidamente de um instrumento financeiro cuja propriedade é posta em xeque por não reunir qualquer um dos três elementos citados pelo ilustre jurista. É evidente que a faculdade de usar, gozar e dispor do fundo, na forma idealizada pela Tinto, ficou indelevelmente maculada não apenas pelo artificialismo das operações de incorporação de ações e de integralização do capital da FB, mas também pelas cessões ilícitas das cotas para a Blessed.

[...]

180. Os elementos comprobatórios da fraude cometida pela Tinto ao constituir o fundo, sob as mais absurdas alegações, que, ainda por cima, se olhadas em conjunto com o fato de que ela entregou a quase totalidade das suas cotas por um preço insignificante, tornam-se ainda mais absurdas.

181. A Tinto nunca teve intenção de utilizar ou manter um fundo. O ganho de capital de R\$ 3,1 bilhões deveria ter sido reconhecido pela fiscalizada em 2009, uma vez que o fundo se revelou uma escancarada fraude, não apenas pela falta de propósito negocial das operações já descritas, como também pela transferência da quase totalidade das cotas antes mesmo de o fundo completar um ano, sem mencionar que 66% das cotas já haviam sido transferidas antes mesmo da formalização da incorporação de ações da Bertin, a pouquíssimos dias da constituição do FIP.

182. À ausência de intenção soma-se o preço pago pelas transferências das cotas à Blessed. O preço irrelevante recebido pela Tinto, revelador da simulação havida por trás das cessões, aceito por conta da renúncia ao direito em que se fundava a ação – sem que qualquer outro valor tenha sido ou venha a ser recebido – demonstra que as transferências para a Blessed já estavam acertadas entre os dois grupos. Senão vejamos: a AGE de 29/12/2009 não está assinada pela Blessed, embora a Tinto Holding já tivesse cedido e transferido para a LLC de Delaware 66% das suas cotas, como demonstra o “Instrumento Particular de Transferência e Cessão de Quotas e Outras Avenças” de 24/12/2009, jamais contestado pela fiscalizada. Como se poderia aperfeiçoar a incorporação de ações da Bertin sem o consentimento da Blessed, que era detentora, naquele momento, de 66% das cotas do FIP? Como o Bertin FIP, sem o consentimento da Blessed, então na condição de maior cotista do fundo, poderia integralizar as ações da JBS no capital da FB? É evidente que, se não houve questionamentos em relação a esses atos, foi porque tudo já estava previamente acertado. E mais: a Blessed só pode ser ligada à JBS ou à Tinto ou a ambas, do contrário o fundo jamais aceitaria fazer a integralização pelo valor pelo qual formalmente o FIP integralizou o capital da FB.

183. O ganho de capital sobre o qual incidem o IRPJ e a CSLL lançados de ofício é, mais precisamente, a diferença entre o valor da integralização feita com as ações Bertin no capital da FB e o valor contábil das ações Bertin registrado no ativo do fundo (R\$

4.949.046.230,13 – R\$ 1.775.231.541,38 = 3.173.814.688,75). A multa de ofício, pela evidente fraude já aqui densamente demonstrada, é a disposta no §1º do art. 44 da Lei 9.430/96, ou seja, é aplicada a multa de 150% sobre os dois tributos que deixaram de ser recolhidos no ano de 2009.

Frise-se que esta abordagem consiste, apenas, em uma síntese dos argumentos extensamente desenvolvidos ao longo do Termo de Verificação Fiscal, merecendo destaque os parágrafos 93 a 96, 108 a 112, 119 a 122 e 153 a 157. Recorde-se, ainda, o fato de, na incorporação de ações, as ações da JBS não terem sido registradas em nome do BERTIN FIP, mas sim diretamente em nome da FB Participações, como bem exposto pelas autoridades lançadoras:

64. O Bertin FIP não passou de mera formalidade jurídica sem qualquer outro propósito que não o de evitar a tributação do ganho de capital. As ações da JBS nem sequer chegaram a ser registradas em nome do Bertin FIP. É o que informa a já citada AGE de 29/12/2009 (parágrafo 33), que textualmente diz que “o Bertin FIP [...] outorgou mandato irrevogável e irretroatável com instruções para que o agente escriturador das ações da Companhia [JBS] registrasse diretamente em nome da FB Participações S.A. a titularidade de todas as ações de emissão da Companhia [JBS] neste ato atribuídas ao Bertin fundo de Investimento em Participações em decorrência da incorporação de ações ora aprovada” (doc. 53). **O agente escriturador, portanto, nem sequer efetuou o registro das ações emitidas pela JBS em nome do FIP! Elas foram DIRETAMENTE registradas em nome da FB.** O registro do recebimento, pelo Bertin FIP, da significativa quantidade de ações da JBS, pelo valor não menos relevante de R\$ 8,8 bilhões, foi solenemente deixado de fora, efetivando-se o registro em nome da FB. Tudo isso equivale dizer que as 679.182.067 ações ordinárias da JBS tiveram como destinatário a FB; nunca, nem nos registros feitos pelo agente escriturador, o Bertin FIP.

65. O Bertin FIP não tinha a mais remota hipótese de participar, em tempo algum, como acionista direto da JBS. Tal era a repulsa por essa hipótese que existe uma cláusula no boletim de subscrição anexo à ata da AGE de 28/12/2009 da FB (doc. 68) que dispõe que o valor que os Bertin deveriam integralizar seria de:

R\$ 4.949.046.230,13, mediante conferência de 679.182.067 ações ordinárias, nominativas, escriturais, sem valor nominal, de emissão da JBS S.A., companhia aberta [...], a que o FIP terá direito, em virtude da incorporação de ações de emissão da Bertin S.A. [...] pela JBS, a ser aprovada pelos acionistas de Bertin e de JBS em assembléias gerais extraordinárias já convocadas [...], **sendo certo que o FIP Bertin assume neste ato a obrigação irrevogável e irretroatável de entregar imediata e diretamente as ações de emissão da JBS referidas acima para a Companhia, tão logo tais ações sejam emitidas pela JBS.** A esse respeito, **o FIP Bertin, desde logo, outorga mandato irrevogável e irretroatável ao agente escriturador das ações da JBS (Banco Bradesco S.A.) para que este entregue diretamente para a Companhia a totalidade das ações de emissão da JBS a que o FIP Bertin terá direito, em virtude da efetivação de operação de incorporação de ações de emissão da Bertin pela JBS, para fins de integralização do aumento de capital da Companhia ora deliberado, de maneira que o FIP Bertin não conste como acionista direto da JBS em nenhum momento, para nenhum fim e em nenhum registro porventura aplicável, sob pena de responder por tal descumprimento de obrigação.** (grifo não consta do original)

66. Será que o trecho “...de maneira que o FIP Bertin não conste como acionista direto da JBS em nenhum momento, para nenhum fim e em nenhum registro porventura aplicável, sob pena de responder por tal descumprimento de obrigação” pode deixar alguma dúvida de que o FIP nunca foi, em nenhum momento, para nenhum fim, acionista direto da JBS? **Quando se diz “em nenhum momento” e “para nenhum fim” e “em nenhum registro porventura aplicável”, não é possível imaginar que houvesse exceção para que o Bertin FIP figurasse como acionista direto da JBS para fins**

tributários. A vedação para que o Bertin FIP figurasse como acionista direto inclui, inquestionavelmente, a impossibilidade de ele figurar também como acionista direto da JBS inclusive para fins tributários. Uma realidade fática e jurídica tão evidente não permitiria uma excepcionalidade desse tipo, do contrário estaríamos diante da mais inequívoca fraude.

67. E fraude houve. De acordo com a formalização efetivada, o Bertin FIP foi acionista direto da JBS quando ela emitiu novas ações para o fundo em decorrência da incorporação das ações da Bertin. Não poderia sê-lo. Na sequência dos atos societários, o Bertin FIP integraliza as ações JBS no capital da FB. Não poderia tê-las integralizado, porque jamais poderia ter ações JBS em seu poder. A formalização da incorporação de ações e da integralização foi uma fraude.

68. Como as ações da JBS nunca poderiam estar nas mãos dos Bertin, nem o ganho de capital de R\$ 7 bilhões nem a perda de R\$ 3,9 bilhões existiram, pois associados, o ganho e a perda, à negociação das ações JBS. Eles só existiriam na assunção de que a formalização fosse real, ou seja, desde que as ações JBS pudessem, em algum momento, pertencer aos Bertin. A formalização, contudo, foi uma coisa, a essência, outra. A previsão desde o início era de que o FIP, como aliás rege o seu regulamento, mantivesse no seu ativo ações da FB avaliadas por R\$ 4,9 bilhões. O que materialmente se realizou foi a alienação da Bertin para a FB por R\$ 4,9 bilhões. A diferença entre o custo das ações da Bertin (R\$ 1,8 bilhão) e o valor pelo qual elas foram integralizadas no capital da FB (R\$ 4,9 bilhões) resultou no ganho de capital de R\$ 3,1 bilhões registrado na contabilidade do FIP.

69. Mas, apenas por hipótese, admitamos que a vedação contratual, inequívoca, expressa para todos os fins, pela qual se proíbia que o Bertin FIP figurasse em qualquer momento como acionista direto da JBS, possa ser momentaneamente esquecida. Mesmo nessa hipótese meramente teórica, ainda assim uma questão se impõe: **por que, em lugar do Bertin FIP, a Tinto Holding não fez as transações na qualidade de recebedora das ações JBS e de subscritora com essas mesmas ações no capital da FB (ainda que mantidos os valores absurdos) e, então de posse das ações da FB, não constituiu o FIP com elas, de maneira que o fundo passasse a “representar sua nova condição de investidora da FB” (com todas as outras vantagens alegadas)?**

70. A resposta é óbvia: porque o ganho de R\$ 3,1 bilhões seria prontamente tributado na Tinto Holding. A constituição do fundo com as ações da Bertin, imediatamente alienadas, demonstra que o FIP não tinha intenção de investir na Bertin. A Tinto Holding integralizou o capital do Bertin FIP em 11/12/2009, enquanto a saída dessas ações do fundo ocorreu em 29/12/2009, quando da incorporação das ações da Bertin pela JBS. O FIP ficou míseros 18 dias com as ações da Bertin. Por que será? Ao transferi-las para o fundo dias antes da alienação, já sabedora de que teria um ganho de capital com a sua alienação e sem outro propósito que justificasse essa transferência, a Tinto deixa evidente o artificialismo da mudança de titularidade das ações Bertin para o Bertin FIP. A transferência de titularidade foi motivada única e exclusivamente para jogar o ganho de capital da Tinto Holding para o fundo.

71. Pela essência da operação, de acordo com a real intenção da fiscalizada em relação ao investimento na Bertin e acreditando-se na hipótese de que a Tinto queria constituir um fundo para retratar sua nova condição de investidora passiva da FB, a Tinto Holding deveria manter as ações Bertin até a incorporação de ações. Uma vez incorporadas as ações da Bertin pela JBS, a Tinto Holding, de posse das ações da JBS (na hipótese, inexistente, de que isso fosse possível), as integralizaria no capital da FB. Tendo em mãos as ações da FB, poderia então integralizá-las no capital do fundo. **O resultado seria idêntico – passar à condição de investidora da FB utilizando um fundo para tanto –, mas a tributação do ganho de capital seria levada a cabo na Tinto Holding.** Ao manter por pouquíssimos dias as ações da Bertin no FIP, a Tinto Holding estruturou uma forma de se evadir da tributação sobre o ganho de capital que a venda delas deflagraria. A comparação entre o formalmente implementado pela Tinto e a essência da operação, que retrata não a vontade de que o fundo investisse na Bertin, mas a de ter um fundo para gerir o investimento na FB, permite comprovar que a motivação para a

integralização do fundo com as ações da Bertin teve natureza unicamente tributária.
(destaques do original)

As autoridades lançadoras, portanto, não só demonstraram a ausência de propósito negocial na interposição do BERTIN FIP, como também evidenciaram vários pontos específicos da alienação das ações pela Contribuinte e das posteriores operações do BERTIN FIP para provar a fraude praticada. Não se trata, assim, de *mera divergência interpretativa acerca de norma aplicável a um conjunto de atos e fatos*, como defende a Contribuinte. A abordagem exposta no Termo de Verificação Fiscal revela o necessário aprofundamento da acusação fiscal para demonstração da fraude cometida, expondo os vícios nas operações realizadas e o real objetivo dos intervenientes.

Em circunstâncias semelhantes, este Colegiado tem reiteradamente se manifestado em favor da qualificação da penalidade, como é exemplo o Acórdão nº 9101-003.168, conduzido pelo voto do Conselheiro André Mendes de Moura, a seguir transcrito:

A interpretação de que as operações foram legais, transparentes, e por isso não poderiam ser opostas ao Fisco, reflete uma visão ultrapassada do ordenamento jurídico como um todo.

Ora, não é porque a operação foi legal no âmbito civil, empresarial, que se reveste de uma blindagem que a torna insuscetível de análise por outros ramos do direito. Se passa a ser apreciada sob a perspectiva tributária, para ser legal, também deve atender à norma tributária.

E colocar princípios como a livre liberdade negocial no topo da pirâmide dos princípios constitucionais tampouco socorre a Contribuinte. A Lei Maior tem vários princípios, que devem ser ponderados. De fato a liberdade negocial é princípio a ser respeitado, mas deve caminhar ao lado de outros princípios da Lei Maior, que zelam pela existência e manutenção do Estado. O princípio de legalidade não implica que, se o negócio foi celebrado em consonância com a lei civil e empresarial encontra-se blindado dos outros ramos normativos. Pelo contrário, o princípio da legalidade abrange o ordenamento jurídico em sua integralidade. Para ser legal, o negócio jurídico tem que ser legal sob a ótica de todos os ramos do direito.

Nessa perspectiva, a legislação tributária é clara ao contestar a ocorrência de negócios evitados de dolo, fraude ou simulação. É dispositivo positivado no art. 149, inciso VII do CTN.¹³

Da mesma maneira, é expressa na legislação que negócios envolvendo ocorrência de dolo ensejam qualificação da multa de ofício¹⁴, na forma da sonegação, fraude ou conluio¹⁵.

¹³ Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

¹⁴ Vide Lei nº 9.430, de 1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

§ 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)

¹⁵ Vide Lei nº 4.502, de 1964:

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

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

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

Apreciando-se o caso concreto, impossível não se deparar com o *plus* na conduta. Não se trata de mero descumprimento da norma. Verifica-se a presença dos elementos cognitivo e volitivo¹⁶, consumando-se o dolo.

Ora, o *plus* na conduta é evidente, ultrapassando o tipo objetivo da norma tributária. Não se trata de mero descumprimento do dispositivo legal. Verifica-se a presença dos elementos cognitivo e volitivo, consumando-se o dolo, cuja definição é apresentada com clareza por CEZAR ROBERTO BITENCOURT.

Não há que se tolerar o desvirtuamento dos institutos jurídicos. Legalidade não é dizer que se o negócio jurídico é legal para um ramo do direito encontra-se intocável para todo o ordenamento jurídico. Legalidade é verificar se o negócio jurídico é legal sob o âmbito de todo o direito. Princípio da liberdade negocial não se encontra no topo da pirâmide constitucional, mas caminha ao lado do princípio da legalidade (que predica a apreciação do ordenamento jurídico de maneira integrada), e dos princípios que zelam pela manutenção do Estado, com a capacidade contribuinte e isonomia entre contribuintes.

[...]

Por tais razões, deve ser **NEGADO PROVIMENTO** ao recurso especial da Contribuinte, relativamente às matérias "Ausência de Propósito Negocial" e "Qualificação da Multa".

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada.

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 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.

¹⁶ Ver BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, Volume 1, 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 269:

Para a configuração do dolo exige-se a consciência daquilo que esse pretende praticar. Essa consciência deve ser atual, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada. (...) A vontade, incondicionada, deve abranger a ação ou omissão (conduta), o resultado e o nexos causal. A vontade pressupõe a previsão, isto é, a representação, na medida em que é impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previu ou representou na nossa mente, pelo menos, parcialmente.

Fl. 61 do Acórdão n.º 9101-004.382 - CSRF/1ª Turma
Processo nº 16561.720170/2014-01

Declaração de Voto

Conselheira Lívia de Carli Germano

Optei por apresentar a presente declaração de voto para esclarecer as razões pelas quais acompanhei o i. Relator pelas conclusões no entendimento quanto à verificação de propósito negocial, à qualificação da multa e à responsabilidade tributária.

Ausência de “propósito negocial”

Sobre alegada ausência de “propósito negocial”, inicialmente observo que indico a expressão entre aspas exatamente por não se tratar de termo jurídico, mas de jargão utilizado pelas autoridades fiscais, em geral para qualificar negócios que tenham como principal resultado a economia de tributos.

No caso, o acórdão recorrido concordou com o argumento da autoridade autuante de que o propósito negocial seria como que um “requisito de validade” do negócio para fins fiscais -- propósito negocial este entendido como razões de negócio mesmas. Diante de tal premissa, e analisando o caso dos autos, a decisão concluiu pela ausência de tal “propósito negocial”, nos seguintes termos:

84. Do exposto neste tópico, evidencia-se que nenhuma contribuição foi proporcionada pela constituição do BERTIN FIP para intermediar a operação, no sentido de facilitar o entendimento.

85. Em síntese, é uma falácia que a constituição do BERTIN FIP teve razões negociais.

A Recorrente se insurge contra tal conclusão, trazendo precedente que, diante de um contexto fático análogo e analisando a mesma legislação, concluiu em sentido contrário.

Considerando que cabe a esta Câmara Superior de Recursos Fiscais solucionar divergências entre julgados das turmas do CARF, cabe aqui decidir qual seria a posição mais adequada. Assim, compreendo que o objeto do presente recurso especial é exatamente este: *definir se uma suposta falta de “propósito negocial” é ou não suficiente para se manter uma autuação fiscal* – e, por consequência, estabelecer o alcance desse termo.

É por isso que acompanhei o relator pelas conclusões. De fato, em seu substancial voto o Relator traz diversos argumentos que corroboram a afirmação de que o negócio realizado tinha sim “propósito negocial” (no sentido de razões econômicas). Não obstante concorde com as ponderações ali expendidas, compreendo que o objeto do presente recurso especial está ainda um passo atrás: primeiro seria preciso definir se a presença ou ausência de “propósito negocial” pode ser utilizada pelas autoridades fiscais como critério para verificar a validade de negócios jurídicos perante o Fisco.

A resposta, porém, é que depende. E depende essencialmente do que se entende por “propósito negocial”. É que, não sendo este termo jurídico, é necessário primeiro esclarecer o que estamos chamando de “propósito negocial”, para então dizer se ele é ou não requisito de validade do negócio jurídico para fins fiscais. De fato, se queremos que o “propósito negocial” tenha importância jurídica é necessário primeiro identificá-lo juridicamente.

Sobre o tema, tenho expressado meu entendimento de que a única forma de fazer com que um dito “propósito negocial” tenha importância em termos jurídicos é aproximá-lo do conceito de causa do negócio jurídico, entendida como a substância econômico-social ou prático-

social do negócio -- por exemplo, em um contrato de compra e venda, a causa do negócio é a permuta da coisa pelo preço. (GERMANO, Livia De Carli. *Planejamento Tributário e Limites Para a Desconsideração de Negócios Jurídicos*. São Paulo, Saraiva, 2013). A inspiração vem de linhas doutrinárias como a seguinte:

“... ou a causa do negócio jurídico existe, tal como tipificado na lei, e com isso existe o negócio jurídico e cabe a subsunção à norma tributária, garantindo-lhe a vantagem fiscal escolhida, ou ela não existe, quando se trata de conduta elusiva”, **descabendo falar da existência do negócio jurídico oponível ao fisco** (TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 167, grifamos).

Assim, no caso dos autos, compreendo que caberia à fiscalização investigar se a causa do negócio FIP estava presente, trazendo elementos que levassem à conclusão que se pretendeu chegar na autuação, qual seja, a de que, apesar da constituição formal, na prática dito investimento em um ente despersonalizado visando à participação na tomada de decisões da companhia investida ou não ocorreu (simulação) ou foram tomadas medidas para que ele fosse neutralizado (dissimulação, ou fraude em sentido genérico). Só em tais casos a legislação autoriza a revisão do lançamento, nos termos do artigo 149, VII, do CTN.

Não obstante, no caso dos autos a fiscalização deixou de lado a investigação jurídica e tomou o termo “propósito negocial” em seu outro extremo, que consiste puramente em analisar a eficiência do negócio em termos econômicos.

Preocupada que ficou com aspectos puramente de negócio, a fiscalização se dedicou exclusivamente a afirmar circunstâncias que levam, no seu entender, à conclusão de que a interposição do FIP não seria uma medida proveitosa sob o ponto de vista de um gestor ou investidor da empresa. Mas isso está além de suas atribuições, não cabendo ao Fisco validar razões econômicas dos contribuintes.

De fato, não encontro no ordenamento jurídico brasileiro autorização legal para que as autoridades fiscais desqualifiquem negócios jurídicos em razão de uma suposta ausência de tal “propósito negocial-não-jurídico” (isto é, ausência de eficiência econômica) -- o que muitas vezes também se denomina inexistência de “motivos extra tributários”.

Definir e justificar os motivos e a eficiência econômica de um negócio para a tomada de uma decisão é papel do gestor da empresa, não do Fisco.

Assim, respondendo à questão que entendo colocada para a análise deste colegiado, compreendo que uma suposta falta de “propósito negocial” não é suficiente para se manter uma autuação fiscal, quando tal termo é identificado com a eficiência econômica do negócio. E só isso já seria suficiente para cancelar a autuação fiscal em questão.

Observe, por fim, que, no caso, muito embora alguns dos argumentos trazidos pela fiscalização pudessem ter alguma importância em termos jurídicos (por serem potencialmente capazes de indicar um início de prova de uma suposta ausência de “propósito negocial-jurídico”/causa do negócio), tais circunstâncias sequer podem ser consideradas indícios de algum vício no negócio, eis que, da forma como colocadas no Termo de Verificação Fiscal, não necessariamente apontam para uma mesma ou única conclusão. Nesse ponto, a fiscalização parece ter se preocupado tanto com uma suposta falta de “razões econômicas” que acabou por esquecer de apontar uma efetiva ausência de substância jurídica especificamente quanto ao

negócio relativo à transferência das ações para o FIP -- que foi, afinal, o negócio cuja desconsideração deu ensejo à autuação.

Portanto, na ausência de qualquer outra prova mais robusta de que o FIP foi, por assim dizer, um mero ente interposto, ou mesmo de uma articulação de indícios que convergissem para tal conclusão, compreendo que a participação do FIP no negócio não pode ser desconsiderada.

Multa qualificada

Sobre a qualificação da multa, observo que, essencialmente, a acusação fiscal é de que a participação do FIP foi meramente interposta, isto é, simulada.

Como visto, compreendo que não foi o caso, eis que a fiscalização não logrou trazer aos autos indícios convergentes de que tal tenha ocorrido. Não obstante, mesmo que se concluísse de forma contrária, a há que se segregar divergências de interpretação da legislação, que dão ensejo a autuação fiscal com multa de ofício de 75%, com a prática de atos com a intenção de praticar um ilícito (fraude no sentido penal), esta sim base para a exasperação da penalidade para 150%.

De fato, ordinariamente¹⁷ a legislação prevê 3 escalonamentos para as multas tributárias. Em caso de simples mora, a multa é graduada conforme o atraso e está limitada ao percentual de 20% (art. 61 da Lei 9.430/1996). Caso verificada, por meio de lançamento de ofício (auto de infração), falta de pagamento ou recolhimento, falta de declaração ou declaração inexata, a multa será, em regra, aplicada no percentual de 75%, independentemente da intenção do agente (art. 136 do CTN e art. 44, I, da Lei 9.430/1996). Mas se, para além de tal situação, for(em) verificado(s) simulação, fraude ou conluio, a multa é então duplicada e atinge o percentual de 150% (art. 44, I e §1º, da Lei 9.430/1996).

No caso, especificamente quanto à operação que deu origem à autuação fiscal, a conclusão da autoridade autuante é de que “O Bertin FIP não passou de mera formalidade jurídica sem qualquer outro propósito que não o de evitar a tributação do ganho de capital”, ou “a própria existência do fundo não tinha razão de ser” -- isto é, de que a transferência das ações para o FIP não passou de uma simulação. O Termo de Verificação Fiscal traz, ademais, referências a diversos outros negócios praticados posteriormente (transferência das cotas do FIP, incorporação de ações, etc) e que não deram ensejo a uma autuação per se, mas apenas foram mencionados como elementos para indicar uma suposta “tramoia”, nos dizeres da própria fiscalização. Fato é que, quanto à operação autuada, a acusação é, essencialmente, de simular a transferência das cotas para o FIP.

Com a devida vênia, entendo que o raciocínio da autoridade fiscal autuante confunde simulação com fraude, quando na verdade trata-se de institutos jurídicos substancialmente diversos. Isso porque apenas na fraude está presente o dolo, ou seja, embora ambas sejam atos intencionais (elemento subjetivo), apenas na fraude o que se pretende é ilícito (elemento objetivo), é dizer, apenas na fraude a intenção está direcionada à prática de ato ou omissão contrários ao direito.

¹⁷ Há outras multas por situações específicas tais como a multa isolada em caso de falta de recolhimento de antecipações mensais (art. 44, II, Lei 9.430/1996), multa agravada pelo não atendimento à fiscalização (art. 44, par. 2º da Lei 9.430/1996) e multas por desatendimento a obrigações acessórias.

Dá porque alguns diferenciam a *simulação por vício de causa* (que é a simulação propriamente dita, isto é, planejamento tributário inoponível ao fisco, mas que está no campo da qualificação dada pelo contribuinte à conduta, sem envolver falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos), da *simulação por vício de vontade* (a qual envolve a manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos e está no campo da sonegação ou a fraude penais) (cf. voto condutor do acórdão 1401-001.675, Relator Ricardo Marozzi Gregorio).

De qualquer forma, não basta a intenção de reduzir a tributação. Para a configuração do dolo é necessário, sim, que o contribuinte, ao buscar tal resultado, adote conduta que afronte norma que proíba ou obrigue, ou seja, que contrarie uma **norma imperativa**, praticando assim um **ilícito típico**.

É neste sentido que os artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964 trazem as condutas típicas da sonegação, fraude e conluio, todas elas supondo a inequívoca constatação de dolo, elemento essencial do tipo.

Se a pessoa deve agir de determinada forma e não o faz, e/ou se não pode agir de determinada maneira e o faz, aí sim, estamos diante de atitudes que afrontam regras imperativas e que, portanto, podem ser tidas como dolosas (i.e., intencionais para a prática de um ilícito). Por outro lado, não é possível falar em dolo se a conduta que se adota está na esfera da facultatividade, ou seja, se a pessoa pode ou não praticar determinado ato, qualquer atitude que ela tome estará, a princípio, em conformidade com o direito, não havendo aí qualquer ilícito.

E dizemos a princípio porque, de fato, a depender do resultado obtido, é possível que a conduta adotada, muito embora não contrarie regra imperativa, revele-se, naquele caso concreto, contrária ao ordenamento jurídico. Em um tal caso, nem por isso a conduta poderá ser tida por dolosa (porque, reitera-se, ela não afronta diretamente nenhuma regra do ordenamento) não obstante também não possa mais ser qualificada como legítima (porque o resultado obtido se revelou contrário ao ordenamento jurídico). Tem-se, aí, o conceito de *ilícito atípico* (ATIENZA, Manuel. e MANERO, Juan Luiz. *Ilícitos Atípicos*. 2 ed. Madrid: Trotta, 2006).

No caso em questão, mesmo que por hipótese se pudesse falar em simulação, não se verifica norma imperativa que tenha sido infringida. No máximo, o **resultado** obtido com o **conjunto de atos praticados** é que pode ser considerado contrário ao direito, mas isso, vale reiterar, não significa que houve dolo (prática de ato frontalmente contrário ao direito) mas, quando muito, que os **efeitos** (e não os atos em si) de tais negócios ilegítimos devem ser anulados para fins fiscais.

Na verdade, na maioria dos casos de planejamento tributário considerado "abusivo" (porque simulado), quem simula acredita piamente que a situação jurídica simulada é, na verdade, lícita e legítima, e muitas vezes até possui pareceres jurídicos e contábeis que assim o afirmem e respaldem. É uma situação bem diferente de alguém que pratica um ilícito e confia apenas na impunidade ou em eventuais isenções de pena e excludentes de ilicitude, eis que, neste caso, e apenas aqui, a pessoa sabe que praticou um ilícito, enquanto que, na simulação, não necessariamente.

A intenção de quem simula é meramente criar uma situação que, materialmente (isto é, na prática) não existe -- seja simplesmente por simular (simulação absoluta), seja para ocultar uma outra situação (simulação relativa). Isso não é, no ordenamento jurídico brasileiro, um ilícito, já que não há norma que proíba simular uma situação, nem norma que obrigue não simular.

O que há, sim, são apenas **consequências** para o ato simulado. Por exemplo, no âmbito civil, o art. 167 do Código Civil prevê a nulidade do ato simulado, subsistindo o dissimulado se válido na substância e na forma. Já no âmbito tributário, artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional estabelece a possibilidade de o fisco rever o lançamento, veja-se.

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: (...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

Assim, no âmbito tributário, a simulação, quando provada pelas autoridades fiscais, autoriza, tão somente, a revisão de ofício do lançamento, nos termos do artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional, e não o passo além que é a exasperação da multa de ofício.

É dizer, a autoridade fiscal poderá, uma vez identificada a simulação, requalificar os atos jurídicos para aqueles que entenda ser os atos materialmente praticados e, por consequência, lançar eventual diferença de tributos. E, vale observar, a simulação é um dos casos -- aí sim juntamente com o dolo e a fraude -- que autorizam o deslocamento da decadência do prazo previsto no artigo 150, par. 4º do CTN, para aquele do artigo 173, I (primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado).

Ao assim fazê-lo, a autoridade fiscal anula os **efeitos nocivos** de um ato que, em si, não é, nem passou a ser, ilícito, fazendo com que aquele **resultado fiscal** obtido pelo contribuinte, contrário ao ordenamento, deixe de existir. Com isso, o ato, que permanece lícito como sempre foi, deixa de ser ilegítimo, passando a estar plenamente de acordo com o ordenamento jurídico.

Ressalte-se que a autoridade fiscal não anula, e nem poderia¹⁸, o ato jurídico como um todo. De fato, não vemos na prática nenhum auto de infração pretendendo dizer que a compra e venda não ocorreu, ou que a reorganização societária deve ser desfeita porque nula. O que a autoridade fiscal faz é *requalificar* o ato, isto é, confere a ele outro efeito tributário, anulando aquele resultado que o contribuinte pretendeu obter mas que se revelou, nas circunstâncias do caso, contrário ao ordenamento jurídico.

Nesse ponto, observo que dizer que um ato será nulo ou que ele autorizará a revisão do lançamento de tributos é algo muito menor do que dizer que esse ato é um ilícito.

De fato, a depender da linha que se adote -- e não cabe aqui discorrer sobre todas possíveis acepções -- a simulação é, no máximo, um ilícito atípico, o qual, por tal natureza, não pode ensejar o agravamento da multa, por ser esta uma penalidade aplicável apenas a ilícitos tipificados (GERMANO, Livia De Carli. "Planejamento tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos". São Paulo: Saraiva, 2013, pgs. 83 e 127).

Diferentemente, para que se possa cogitar a qualificação da multa, é necessário identificar especificamente qual(is) das ações ou omissões previstas nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/1964 foram praticadas, sendo indispensável, ainda, a comprovação do dolo e, portanto, e necessariamente, do ilícito praticado. No caso, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara,

¹⁸ Código Civil - Lei 10.406/2002

"Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes."

deixando explícitos seus atos e negócios de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, agindo na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido -- o que, não por acaso, encaixa-se textualmente na definição de "divergência de qualificação jurídica dos fatos".

Em síntese, compreendo que o caso em questão não envolve a prática de um ilícito, mas apenas conflito entre diferentes possíveis qualificações dadas a um mesmo fato -- isto é: para a contribuinte, a interposição do FIP na operação seria suficiente para permitir a produção dos respectivos efeitos tributários enquanto que, para a autoridade autuante, não.

Em tal circunstância, mesmo que por hipótese se concluísse pelo intuito de simulação, definitivamente não restou comprovado o dolo do sujeito passivo (entendido como consciência da prática de um ilícito) e, sendo este imprescindível à caracterização das hipóteses de sonegação, fraude e conluio, é o caso de se cancelar a qualificação da multa de ofício, mantendo-a no patamar de 75%.

Daí porque, sendo vencida quanto à impossibilidade de manutenção da cobrança do tributo, compreendo que a multa de ofício aplicável ao caso seria de 75%.

Responsabilidade tributária

Por fim, quanto à responsabilidade tributária, diferentemente do i. Relator, compreendo que o artigo 124, I, do CTN é capaz, sim, de, isoladamente, levar à responsabilização pelos tributos devidos por terceiros. A posição por mim adotada pode ser encontrada no teor do voto condutor do acórdão 1401-002.654, do qual reproduzo a ementa que já resume a tese:

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 124 DO CTN. INTERESSE COMUM.

O artigo 124 do CTN trata de solidariedade que pode atingir o contribuinte (pessoa que tem relação com o fato gerador) e o responsável (pessoa assim indicada por lei), a depender da configuração do interesse comum (inciso I) ou da indicação da expressa previsão em lei (inciso II). No caso do artigo 124, I, o interesse comum ali referido é jurídico e não meramente econômico. O interesse jurídico comum deve ser direto, imediato, na realização do fato gerador que deu ensejo ao lançamento, e resta configurado quando as pessoas participam em conjunto da prática dos atos descritos na hipótese de incidência. Essa participação em conjunto pode ocorrer tanto de forma direta, quando as pessoas efetivamente praticam em conjunto o fato gerador, quanto indireta, em caso de confusão patrimonial, quando ambas dele se beneficiam em razão de sonegação, fraude ou conluio. Havendo provas de omissões na contabilidade e da interposição de pessoas, revelando que o imputado responsável era na verdade administrador e proprietário de fato da contribuinte, é de se manter sua responsabilização com base no artigo 124, I, do CTN.

Não obstante, como dito ali, para a responsabilização puramente com base no artigo 124, I, do CTN é necessária prova do "interesse comum", no sentido jurídico do termo -- ou porque a pessoa que se pretende responsabilizar participou em conjunto com o contribuinte do ato que resultou no fato gerador, ou porque restou caracterizada a confusão patrimonial, pela

efetiva prática de atos que revelem a utilização, pelo dito responsável, do patrimônio do contribuinte como se próprio fosse.

Não é o que se verifica no caso dos autos.

O Termo de Verificação Fiscal assim caracterizou a responsabilidade tributária ora em discussão:

197. Verifica-se, pois, que a Heber Participações era, à época dos fatos examinados, a sócia majoritária da Tinto Holding, detendo uma participação superior a 99,99% de seu capital social. Como tal, ela se beneficiava direta e majoritariamente da redução ilícita da carga fiscal da Tinto Holding, seja por ter recebido dividendos calculados sem levar em conta os tributos fraudulentamente evadidos pela investida (como evidencia a Ficha 38 da DIPJ do ano-calendário de 2009 da Tinto Holding, neste ano a empresa distribuiu R\$ 329.341.000,00 a título de dividendos), seja por ter reconhecido um resultado de equivalência patrimonial superior ao que seria lícitamente devido. Assim, a Heber Participações, na condição de sócia majoritária da Tinto Holding, beneficiou-se diretamente da ilícita redução tributária empreendida. Sua responsabilidade, portanto, decorre do artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Ser sócio majoritário não é causa para a responsabilização pelo art. 124, I, do CTN. É necessário mais (i.e., prova da confusão patrimonial, conforme definida acima), o que não ocorreu. O sócio majoritário pode ser chamado como patrimônio para responder por dívidas da sociedade, no limite do valor investido portanto, e não como responsável tributário.

Por tal razão, assim como o Relator, orientei meu voto para dar provimento ao recurso também quanto à responsabilidade tributária.

Essas são as razões pelas quais acompanhei as conclusões do i. Relator para, em resumo, dar provimento integral aos recursos especiais interpostos.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Declaração de Voto

Conselheira Cristiane Silva Costa

Apresento a presente declaração de voto para justificar as razões pelas quais entendo acompanhei o relator pelas **conclusões** quanto ao tema responsabilidade tributária.

Consigno, primeiramente, que foi discutida ao longo do processo administrativo a responsabilidade tributária de sócios, com fulcro no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional. Tanto assim que constou do acórdão recorrido, conforme se verifica dos trechos de ementa a seguir reproduzidos:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ADMINISTRADORA DE FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÃO FIP

Conclui-se que não há elementos para responsabilização tributária solidária com base no art. 135, III, e tampouco no 124, I do CTN, de administradora de FIP, que, formalmente, não detinha poderes de tomar as decisões que conduziram à autuação fiscal, por outro lado, não há informações concretas nos autos sobre se ofereceu consultoria à autuada e se a orientou a adotar a simulação identificada.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPRESA CONTROLADORA.

Cabe a responsabilização solidária com base no art. 124, I, do CTN, se a controladora detém 99,99% do capital acionário, o estatuto social determina que as decisões devem ser tomadas por no mínimo 75% do capital, e se os acionistas desta controladora, sociedade anônima fechada, são as mesmas pessoas que administram a autuada

No entanto, só foi devolvido a este Colegiado a discussão da **responsabilidade tributária da HEBER PARTICIPAÇÕES S/A**, conforme decisão da Presidente da CSRF:

ACOLHO PARCIALMENTE o agravo do responsável tributário **HEBER PARTICIPAÇÕES S/A** para DAR seguimento ao recurso especial relativamente à matéria "**1.11) Argumento de Inexistência de Solidariedade por Interesse Comum: Artigo 124, I, do CTN**", mas apenas em relação ao paradigma nº 1301-002.271.

Acrescento que o Presidente de Câmara expressamente negou seguimento ao recurso especial quanto ao tema "Ausência de Comprovação e Individualização da Conduta do Responsável: Artigo 135 do CTN (Tema analisado em conjunto com o item anterior "1.11")." (fls. 10.371), dentre outros. E a decisão do Presidente de Câmara, neste ponto, foi mantida pela Presidente da CSRF. Portanto, não restando devolvida a este Colegiado a discussão a respeito do artigo 135, III, do CTN. Assim, este Colegiado só detém competência para analisar a responsabilidade tributária de HEBER PARTICIPAÇÕES S/A.

De toda forma, acompanho o Relator para dar provimento ao recurso especial quanto à HEBER PARTICIPAÇÕES S.A.

Lembro o que consta do Termo de Verificação Fiscal, para atribuição de responsabilidade tributária à HEBER PARTICIPAÇÕES S.A.:

196. Além de todos os sujeitos passivos já antes identificados, deve-se imputar responsabilidade solidária em relação aos créditos tributários ora constituídos também à **Heber Participações S.A., CNPJ: 01.523.814/0001-73**. Como evidencia a alteração de contrato social da Tinto Holding citada no parágrafo 187, seu capital social era assim distribuído: (...)

197. Verifica-se, pois, que a Heber Participações era, à época dos fatos examinados, a sócia majoritária da Tinto Holding, detendo uma participação superior a 99,99% de seu capital social. Como tal, ela se beneficiava direta e majoritariamente da redução ilícita da carga fiscal da Tinto Holding, seja por ter recebido dividendos calculados sem levar em conta os tributos fraudulentamente evadidos pela investida (como evidencia a Ficha 38 da DIPJ do ano-calendário de 2009 da Tinto Holding, neste ano a empresa distribuiu R\$ 329.341.000,00 a título de dividendos), seja por ter reconhecido um resultado de equivalência patrimonial superior ao que seria lícitamente devido. Assim, a Heber Participações, **na condição de sócia majoritária da Tinto Holding, beneficiou-se diretamente da ilícita redução tributária** empreendida. Sua responsabilidade, portanto, decorre do artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional.

198. Por todo o exposto, é imputada a responsabilidade tributária solidária pelos créditos tributários ora constituídos a todos os cinco administradores antes identificados da Tinto Holding, à Administradora do Bertin FIP à época dos fatos (Citibank Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A.), bem como à sócia majoritária da Tinto Holding (Heber Participações S.A.). Dessa maneira, além da fiscalizada, todos os sete responsáveis solidários serão intimados das exigências fiscais consubstanciadas nos autos de infração de IRPJ e de CSLL, assim como do presente Termo de Verificação Fiscal. Ademais, cada um dos responsáveis solidários receberá uma via de seu respectivo Termo de Sujeição Passiva Solidária. (grifamos)

No entanto, a condição de **sócia majoritária** (com mais de 99,99% das ações da Tinto Holding) não é suficiente para a imputação da responsabilidade tributária, com fulcro no artigo 124, I.

Com efeito, é a disposição do Código Tributário Nacional:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

Tampouco é possível presumir que há responsabilidade tributária diante do fato de tal controladora *“ter reconhecido um resultado de equivalência patrimonial superior ao que seria lícitamente devido”*. Tais fatos descritos no TVF, portanto, são insuficientes à demonstração de interesse comum, para fins de atribuição de responsabilidade tributária.

Diante disso, voto pelo provimento ao recurso especial do quanto à responsabilidade tributária, acompanhando o D. Relator pelas conclusões.

(documento assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa

Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

Acompanhei o I. Relator em suas conclusões pelo conhecimento das matérias (i) "Ausência de Propósito Negocial", (ii) "Qualificação da Multa" e (iii) "Responsabilidade Tributária".

Isto porque, embora concorde com os apontamentos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, em contrarrazões, no sentido de que o recorrente *não demonstrou a similitude dos casos concretos cotejados*, relativamente à matéria “ausência de propósito negocial não autoriza a desconsideração de negócios jurídicos efetivamente praticados”, não vislumbro, no acórdão recorrido, acerca desta questão, conclusões decorrentes, tão só, *de particularidades da situação fática posta sob discussão, relativa ao planejamento tributário levado a cabo pela ora recorrente e a forma, momento e motivação conferida em relação a como se sucederam cada um dos fatos*.

Ao abordar o mérito da exigência, o voto condutor do acórdão recorrido traz no tópico “2.1 Fundo de Investimento em Participação. Objetivo” a análise acerca do propósito negocial alegado pela recorrente para constituição do Fundo de Investimento em Participação - FIP, confrontando estas alegações com os critérios postos pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM para instituição daquele instrumento, e concluindo que *o BERTIN FIP não atendeu aos critérios da CVM analisados, portanto, o objetivo de sua criação foi outro*.

A Conselheira Relatora prossegue examinando outros objetivos alegados para criação do FIP e conclui ser *uma falácia que a constituição do BERTIN FIP teve razões negociais*. No mais, reproduz a conclusão fiscal que fundamenta a autuação e refuta argumento subsidiário da Contribuinte acerca da mera ocorrência de permuta de ações, para retomar os efeitos da ausência de propósito negocial em face da alegação de inexistência de norma antielisiva que autorize a desconsideração de negócio realizado. Na sequência, responde a outras alegações acerca de *apuração de prejuízo na Associação* e do *desligamento da Tinto Holding, do BERTIN FIP*, afirma a sujeição passiva da autuada em face de outras alegações contrárias a esta imputação fundamentada na falta de propósito econômico do BERTIN FIP, e finaliza com a resposta à alegação de que a conclusão, na decisão de 1ª instância, acerca do fato de o BERTIN FIP ser desprovido de razões negociais e buscar economia de impostos, deveria estar associada à quantificação desta economia.

Apesar da abordagem centrada em aspectos específicos da operação sob exame, a análise foi conduzida pela Conselheira Relatora do acórdão recorrido para afirmar a inexistência de propósito negocial em face das diversas justificativas neste sentido apresentadas pelos então recorrentes. Ao final, frente à alegação de que a figura de “propósito negocial” não consta do ordenamento jurídico pátrio, consignou no voto condutor do acórdão recorrido que:

104. Como expôs a PFN, não se trata de desconsiderar negócio realizado, mas de identificar a sua essência e o verdadeiro fato gerador; o ato simulado não é oponível ao fisco, devendo receber o tratamento tributário que o verdadeiro ato, que foi dissimulado, produz.

105. Não há ingerência por parte da Administração Tributária nos negócios efetivados, que continuam válidos, mas são considerados a materialidade e a verdade real dos fatos na identificação do fato gerador e do verdadeiro sujeito passivo, conforme preceitua o CTN:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

(...)

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada, abstraindo-se:

I - da validade dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos; II dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos

106. A acusação da Citibank DTVM de que a descon sideração do FIP afronta o princípio da legalidade é desprovida de base, eis que foi devidamente avaliado que a interposição do FIP no lugar da atuada tratou-se de manobra para evadir tributação de ganho de capital.

Como se vê, frente à conclusão de que os atos praticados eram desprovidos de propósito negocial, a Conselheira Relatora conclui que houve simulação e arremata, na sequência, afirmando que:

119. A venda das ações da Bertin S/A foi efetuada diretamente pela atuada, tratando-se de uma simulação que a venda tivesse sido pelo BERTIN FIP.

120. Da mesma maneira, a atuada teria vendido 66% das cotas do BERTIN FIP à Blessed Holdings LLC em 24/12/2009, por US\$10.000,00, enquanto o valor seria R\$4,9 bilhões (valor integralizado na FB Participações). É evidente trata-se de simulação.

121. Pelo exposto, correta a responsabilização da Tinto Holding pela exigência tributária constituída de ofício.

No paradigma n.º 1302-001.150, por sua vez, o Conselheiro Relator trata de questionamentos fiscais acerca de amortização de ágio e, de fato, nos argumentos a seguir transcritos, aborda a ausência de propósito negocial e a caracterização de simulação naquele ambiente:

Os julgadores do CARF prestarão um grande serviço ao Estado e a sociedade brasileiras se imprimirem segurança jurídica e isonomia ao sistema, evitando que suas decisões fiquem ao sabor lotérico do entendimento de cada conselheiro sobre conceitos vagos não positivados como, por exemplo, “falta de propósito negocial”, que não passa de uma construção jurisprudencial alienígena sem respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Da mesma forma, não me impressiona os efeitos tributários que se tenta dar a um mero pronunciamento técnico da CVM sobre ágio gerado em operações internas, se não vejamos o teor do item 20.1.7 do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP n.º 01/2007, *in verbis*:

[...]

Nota-se, hoje, que alguns tentam elevar tal pronunciamento da CVM a um status de norma tributária proibitiva do reconhecimento do chamado ágio interno ao grupo econômico, o que, por si só, já seria absurdo. A análise feita pela CVM é de cunho estritamente econômico, pois sequer embasa seu entendimento em qualquer norma jurídica, muito pelo contrário, afirma que, ainda que respeitada a Lei, economicamente é inconcebível o reconhecimento do ágio interno. Como já dito anteriormente, “falta de substância econômica” assim como “falta de propósito negocial” não são institutos jurídicos nacionais, logo não maculam o ato jurídico seja lá qual for o conceito que os seus aplicadores lhes deem, logicamente, desde que não se configurem como um vício do negócio jurídico, segundo o nosso ordenamento legal.

[...]

No que tange ao enquadramento da conduta da recorrente como simulação, inicialmente, ressalto que a simulação em matéria fiscal foi bem enfrentada no Parecer

CST 46/87, do qual retiro duas conclusões, quais sejam, que as operações simuladas são:

- a) ilícitas na medida em que pretendem encobrir ato de natureza jurídica com efeitos tributários mais onerosos para o contribuinte;
- b) devem prevalecer os efeitos do negócio dissimulado.

O referido parecer analisou uma situação em que o contribuinte remetia dividendos travestidos de devoluções de capital, para escapar da tributação que havia à época sobre a remessa de dividendos. Note-se, assim, que estávamos diante de um caso de simulação relativa, pois havia o ato simulado – devolução de capital – e o ato dissimulado – remessa de dividendos (simulação sobre a causa do negócio jurídico).

Como bem sustenta Beleza dos Santos (A Simulação em Direito Civil, ed. Lejus, p. 211): “*Para que exista a simulação relativa é portanto necessário que, em virtude de um conluio das partes, se simule um ato aparente para enganar terceiro e que sob essa aparência se dissimule outro correspondente à vontade real e séria das partes*”.

Qual o conluio demonstrado nos autos? Será que fazer jus aos benefícios dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 podem ser tomados como enganar o Fisco? Qual o ato dissimulado?

[...]

Sustenta, então, a autoridade fiscal que a simulação estaria configurada na utilização da BERTOLINO apenas para adquirir as ações de MTE com ágio e depois ser incorporada, possibilitando a geração de despesas com amortização do ágio, pois “*a RECORRENTE teria deixado de explicar o motivo pelo qual o fundo de investimento optou por efetuar o investimento, não diretamente, como previsto no Acordo pactuado, mas sim indiretamente, por meio de holding brasileira*”.

Há que se distinguir o conceito de motivo e causa do negócio jurídico. A futura incorporação da BERTOLINO e o aproveitamento da despesa de amortização do ágio podem ser até o motivo do aporte de capitais na BERTOLINO, mas não a sua causa. *Causa é o fim que o agente procura e o leva a prática do ato, sem se cogitar do fim, que antes tivera, e do fim, ou fins, ulteriores, que com o ato entende alcançar. Motivos são as pré-intenções que dão ensejo ao negócio.* O que é essencial ao negócio jurídico é a causa, sendo *que o acordo sobre a causa pode ser simulante: dissimula-se a doação, simulando-se o pagamento; dissimula-se o pagamento, doandose; vendese, simuladamente, quando, em verdade, se doou* (Pontes de Miranda, in *Tratados de Direito Privado*, Tomo 3, ed. Bookseller, p. 124/126/127).

No caso em tela, a 1700480 ONTARIO INC queria aportar capital na BERTOLINO, para constituir uma subsidiária no Brasil, não restando demonstrado qualquer simulação quanto a causa do negócio, ou seja, sobre a existência de um negócio dissimulado.

Não se nega que o Acordo para Subscrição e Aquisição de Ações, celebrado com os sócios da MTE, já autorizava a 1700480 ONTARIO INC a ceder seus direitos a uma subsidiária integral (cláusula 14.2 do Acordo para Subscrição e Compra de Ações), mas isso não transforma tal potencial motivo em razão determinante ou condição do aporte de capital feito na BERTOLINO. Todavia, ainda que fosse a razão determinante, não teria o condão de alterar a causa – *Uma doação não deixa de ser donandi causa, porque há o motivo.*

Por outro lado, a *simulação é absoluta quando não se quis outro ato jurídico nem aquele que se simula* (Pontes de Miranda, in *Tratados de Direito Privado*, Tomo 4, ed. Bookseller, p. 441). Assim, *in casu*, a simulação absoluta poderia se configurar se restasse provado que nunca houve a vontade de efetivamente se constituir a BERTOLINO. De plano, isso resta afastado diante do fato de que GYGAX – empresa derivada da cisão da BERTOLINO continuou operando.

Todavia, na sequência, o voto condutor do referido paradigma aborda, precisamente, o ponto em que se contrapõe ao entendimento norteador do acórdão recorrido:

Por esse mesmo motivo, afasta-se também a alegação de falta de propósito negocial na constituição da BERTOLINO. De qualquer forma, falta de propósito negocial não configura, por si só, em simulação, se não vejamos como dispõe o § 1º do art. 167 do Código Civil, in verbis:

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

O conceito de propósito negocial é vago e não se enquadra em qualquer dos incisos, nem mesmo no inciso II, pois ainda que os sócios não tivessem a intenção de perpetuar a empresa, isso não torna a sua cláusula de constituição menos verdadeira. O propósito negocial pode ser, exatamente, o de realizar uma reorganização societária para se valer das normas permissivas criadas pelo Estado. O entendimento de que o contribuinte pode se reorganizar desde que não seja exclusivamente para reduzir carga tributária (causa extra-tributária) é apenas uma teoria sem amparo no Direito posto. A finalidade da sociedade empresária é maximizar seus lucros, pelo aumento do faturamento e redução de custo, o que é legítimo desde que suas condutas sejam lícitas.

É sob esta ótica que vislumbro demonstrada a divergência arguída: enquanto no acórdão recorrido concluiu-se que os atos praticados, por serem desprovidos de propósito negocial, caracterizariam simulação, no paradigma afirma-se que a falta de propósito negocial, por ser conceito vago, não se presta a caracterizar simulação.

Não se trata, portanto, de cogitar se o Conselheiro Relator do paradigma atribuiria os efeitos fiscais pretendidos pela Contribuinte em face da operação por ela realizada. Apenas que o voto condutor do acórdão recorrido, para negar efeitos fiscais à operação em tela, pauta-se em premissa claramente contrária àquela abstratamente firmada no voto condutor do acórdão paradigma.

Não tenho reparos, assim, ao entendimento expresso no despacho de e-fls. 10847/10893 que, neste ponto, acolheu o agravo para dar seguimento ao recurso especial:

Tema/Matéria: "1.6 Ausência de Propósito Negocial Não Autoriza a Desconsideração de Negócios Jurídicos Efetivamente Praticados".

Este tema foi suscitado somente pelo contribuinte, não constando dos agravos dos responsáveis tributários.

Desde o recurso especial, a suposta divergência foi descrita pela recorrente como segue (e-fls. 9139/9142, grifos no original):

129. Como se verifica do v. acórdão recorrido, a partir da interpretação dos artigos 116 e 118 do CTN, e 167 do Código Civil, a 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF consignou que a suposta ausência de propósito negocial configuraria simulação e seria suficiente para desconsiderar o BERFIN FIP no contexto da Associação entre os Grupos JBS e BERTIN, embora legalmente constituído e com autorização da CVM para operar.

130. Assim, no v. acórdão recorrido, o BERTIN FIP foi simplesmente desconsiderado no contexto da Associação entre os Grupos JBS e BERTIN, ao argumento de que supostamente não teria havido propósito negocial na sua constituição e, por essa razão, teria havido simulação, de modo que, em última instância, a Recorrente teria alienado diretamente a "BERTIN S.A." para a JBS.

[...]

133. Por relevante, merece destaque os seguintes trechos do voto condutor do v. Acórdão n.º 1302-001.150 (doc. 11), em que fica claro o posicionamento da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF, no sentido de que a alegação de suposta ausência de propósito negocial não configura, por si só, simulação e também não justifica a desconsideração dos negócios jurídicos efetivamente praticados pelo contribuinte, divergindo, desse modo, do entendimento que prevaleceu no v. acórdão recorrido. Confira-se:

[...]

134. Portanto, o v. Acórdão n.º 1302-001.150 (doc. 11), indicado como paradigma, comprova cabalmente o dissídio jurisprudencial, pois, diferentemente do que restou decidido no v. acórdão recorrido, veiculou o entendimento de que a alegação de ausência de propósito negocial não configura simulação e também não enseja a desconsideração dos negócios jurídicos praticados.

Não obstante, o despacho agravado negou seguimento ao recurso especial, neste ponto, ressaltando, inicialmente, que o paradigma trazido seria excessivamente genérico (e-fls. 10399/10400):

Outrossim, a admissão de divergência com paradigma com escopo tão genérico e abrangente como esse, seria mesmo que se admitir que tais paradigmas poderiam válidos para fins de demonstração da divergência para qualquer decisum em que haja qualquer referência a esses conceitos genéricos, bastando que em um julgado se dê razão ao contribuinte e no outro, não, o que seria um absurdo. Acontece que tais conceitos não estão soltos e descontextualizados e isso faz uma grande diferença. [...]

Na sequência, o despacho agravado conclui também pela inexistência de similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma, sendo representativo o seguinte excerto (e-fl. 10403, grifos no original):

[...]

Isso acontece porque a recorrente pretende simplesmente apontar divergência de fatos como se fosse divergência de normas. Ora, na medida em que se demonstrou que o entorno das respectivas operações são distintos, envolvendo inclusive matérias distintas, não se pode cogitar de divergência jurisprudencial.

Em resumo, trata-se mesmo de divergência decorrente da interpretação de fatos não assemelhados e submetidos a cada colegiado.

Enquanto o acórdão recorrido, no seu contexto fático particular, concluiu por não haver propósito negocial na operação de simulação envolvendo determinada empresa veículo interposta (Fundo de investimento) apenas para diferir a tributação de uma receita (ganho de capital numa operação de alienação de investimentos) e manter a autuação; já o acórdão paradigma concluiu haver propósito negocial em uma operação distinta, envolvendo uma glosa de despesa pela amortização do ágio obtido na aquisição de um investimento, e assim cancelou a autuação.

A Agravante combate tais conclusões nos seguintes termos (e-fls. 10490/10491, grifos no original):

114. A Agravante bem cuidou de demonstrar as semelhanças entre os acórdãos confrontados nesse ponto, de modo a deixar claro que “o v. Acórdão n.º 1302-001.150 (doc. 11), indicado como paradigma, comprova cabalmente o dissídio jurisprudencial, pois, diferentemente do que restou decidido no v. acórdão recorrido, veiculou o entendimento de que a alegação de ausência de propósito negocial não configura simulação e também não enseja a desconsideração dos negócios jurídicos praticados” (e-fl. 10065). Vejamos:

[...]

115. Há um evidente esforço argumentativo que propiciar a aproximação entre os julgados confrontados, a demonstrar a similitude fática e de interpretação jurídica: “(I) de um lado, o v. Acórdão n.º 1302-001.150 (doc. 11), indicado como paradigma, adota a tese de que o planejamento com propósito meramente tributário é legítimo e não autoriza a desconsideração dos negócios jurídicos praticados pelo contribuinte; e (II) de outro lado, o v. acórdão recorrido consigna que o planejamento com propósito meramente tributário não é oponível ao Fisco” (e-fl. 10066).

116. Ademais, com o devido respeito, é indevido o argumento utilizado na decisão ora agravada de que seria genérica e abstrata qualquer confrontação relacionada à interpretação do que seja “propósito negocial”. Com efeito, a prevalecer esse entendimento que ora se combate, seria igualmente inviável comprovar divergências relacionadas a simulação, já que qualquer conjectura, mesmo em decisões, poderia figurar como mera ilação, ou mesmo a direitos do contribuinte considerados *in abstracto*, como forma de efetivar garantias

No que diz respeito a ser excessivamente genérico o paradigma apontado pela interessada, o que deve ser verificado é, não obstante sua abordagem possa ser tida como genérica, se o paradigma efetivamente caracteriza a divergência jurisprudencial pretendida, em confronto com o acórdão recorrido. Nessa linha, faz-se necessário reexaminar a similitude fática pretendida pela recorrente/agravante, ou sua ausência, conforme o despacho agravado.

Não há dúvidas de que as autuações, em um e outro caso, versaram sobre matérias e legislações diversas. O paradigma tratou de glosa de despesas com amortização de ágio em operações de reorganização societária, enquanto o acórdão recorrido cuidou ganho de capital na alienação de participações societárias.

Mas, diante da divergência alegada, a diferença de matérias não se mostra determinante. É que, em um e outro casos, foi discutida a falta de propósito negocial de determinada operação.

Confirmam-se os seguintes excertos do voto condutor do acórdão paradigma n.º 1302-001.150 (e-fls. 8604 e segs., grifos não constam do original):

[...]

Como se pode depreender, no acórdão paradigma, o Colegiado entendeu que a falta de propósito negocial, por si só, não configura simulação, capaz de tornar inoponíveis ao Fisco os atos praticados pelo contribuinte. Observe-se, por relevante, que não estavam presentes naquele caso outras circunstâncias que poderiam ser associadas à falta de propósito negocial (tais como, por exemplo, a falta de pagamento do ágio, irregularidades no documento comprobatório do valor do ágio, entre outras por vezes questionadas pelo Fisco).

Por outro lado, o acórdão recorrido decidiu que seriam inoponíveis ao Fisco os efeitos da alienação de participações societárias feitas por intermédio do BERTIN FIP. E isso porque, no entender do Colegiado, tal fundo de investimentos decorreria de ato simulado, sendo sua constituição desprovida de qualquer propósito negocial a não ser a economia tributária. Esse entendimento já fica destacado na própria ementa do acórdão recorrido, na qual todos os aspectos destacados convergem para a falta de propósito negocial do BERTIN FIP e, em consequência, da simulação:

VENDA DE AÇÕES DE EMPRESA CONTROLADA. FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES FIP. ATO SIMULADO. SUJEITO PASSIVO. HOLDING CONTROLADORA.

O sujeito passivo a ser tributado por ganho de capital na venda das ações de empresa controlada é a holding detentora e não o FIP constituído alguns dias antes da operação mediante a conferência das ações da empresa vendida, pois ato simulado não é oponível ao fisco, devendo receber o tratamento tributário que o verdadeiro ato dissimulado produz.

FIP. AUSÊNCIA DE FINALIDADE NEGOCIAL.

Desprovido de finalidade negocial o Fundo de Investimento em Participação FIP, constituído por uma única investidora, com um único investimento ao qual não foi aportado qualquer investimento adicional ou ato de gestão visando seu crescimento/desenvolvimento ou saneamento e cuja permanência no FIP durou alguns dias.

FIP. DESCONSIDERAÇÃO. LEGALIDADE.

É desprovida de base a acusação de que a desconsideração do FIP afronta ao princípio da legalidade, dado que foi devidamente avaliado que a interposição do FIP no lugar da autuada tratou-se de manobra para evadir tributação de ganho de capital.

O voto condutor do acórdão recorrido desconstitui todas as alegadas razões extratributárias aduzidas pela interessada para a constituição do BERTIN FIP, concluindo que esse fundo não teve propósito negocial e, daí, que se trataria de ato simulado, cujos efeitos seriam inoponíveis ao Fisco. Confirmam-se os seguintes excertos (grifos não constam do original):

71. Quanto ao propósito negocial do FIP, a recorrente anexou Parecer Econômico da Consultoria Tendências, em apoio à argumentação que desenvolveu de que a criação do FIP teve propósitos e justificativas negociais.

[...]

77. Evidencia-se que o BERTIN FIP não atendeu aos critérios da CVM analisados, portanto, o objetivo de sua criação foi outro.

78. Deve-se concordar com a PFN que houve "ausência de comunhão de investidores no BERTIN FIP, visto que os recursos que o integram não são oriundos da agregação de investimentos de diferentes interessados. O mencionado FIP foi criado por uma única pessoa jurídica a TINTO HOLDING com o objetivo de servir às reorganizações societárias que adviriam da associação entre o GRUPO BERTIN e o GRUPO JBS. Nota-se, ademais, que não foi constituído para atender à finalidade prevista na regulamentação que lhe conferiu a CVM, haja vista que foi criado para promover alienação, e não a aquisição, de participações societárias, nem, tampouco, fomentar o desenvolvimento das empresas adquiridas (...) eventual ganho obtido com a alienação das ações da Bertin S.A. não adveio do trabalho de gestão desenvolvido pelo fundo junto à empresa, mas da arquitetura criada pela contribuinte e a contraparte".

[...]

84. Do exposto neste tópico, evidencia-se que nenhuma contribuição foi proporcionada pela constituição do BERTIN FIP para intermediar a operação, no sentido de facilitar o entendimento.

85. Em síntese, é uma falácia que a constituição do BERTIN FIP teve razões negociais.

[...]

95. Excluindo o BERTIN FIP, por ter sido interposto em ato de simulação e sem motivo negocial, mas unicamente para obter vantagem na tributação, efetuou o lançamento de ofício do IRPJ e CSLL devidos sobre o ganho de capital de R\$3,1 bilhões, pois o verdadeiro sujeito passivo é a Tinto Holding detentora de 100% do BERTIN FIP, à época dos fatos.

[...]

104. Como expôs a PFN, não se trata de desconsiderar negócio realizado, mas de identificar a sua essência e o verdadeiro fato gerador; o ato simulado não é

oponível ao fisco, devendo receber o tratamento tributário que o verdadeiro ato, que foi dissimulado, produz.

Deve-se, assim, reconhecer que assiste razão à Agravante, no sentido de que as diferentes situações fáticas com que se defrontaram o acórdão recorrido e o paradigma não são relevantes para os fins da demonstração da alegada divergência jurisprudencial. Diante de atos sem propósitos negociais (a não ser a economia tributária) o acórdão recorrido considerou a ocorrência de simulação e a inoponibilidade de tais atos ao Fisco. Em sentido contrário, o acórdão paradigma entendeu que aquela constatação, por si só, não seria capaz de caracterizar simulação, devendo ser tidos por válidos os atos praticados.

Demonstrado o dissídio jurisprudencial, o despacho agravado deve ser reformado, dando-se seguimento ao recurso especial do contribuinte, para esta matéria "**1.6 Ausência de Propósito Negocial Não Autoriza a Desconsideração de Negócios Jurídicos Efetivamente Praticados**".

Quanto à qualificação da penalidade, observa-se no voto condutor do acórdão recorrido que a simulação decorrente da ausência de propósito negocial também motivou sua manutenção, como expresso no excerto a seguir transcrito:

129. Na análise realizada no presente voto, concluiu-se que houve a prática da simulação, dado que o FIP foi constituído para finalidades que não coadunavam com os objetivos para os quais a legislação o instituiu.

130. Também se evidenciou que a par da utilização do instituto do diferimento, pela interposição do FIP para fazer as vezes da Tinto Holding, verdadeira vendedora da Bertin S/A, ocorreram imediatamente cessões das cotas do FIP para empresa situada em paraíso fiscal, e finalmente a cessão total, de onde se evidencia que não havia o ânimo do oferecimento à tributação, nem mesmo quando da dissolução do FIP, prevista para 10 (dez) anos.

131. Estando presentes o dolo, a simulação e a sonegação, cabe confirmar como pertinente a qualificação da multa de ofício.

Assim, é irrelevante a existência de algum vício na caracterização da divergência suscitada pela Contribuinte em face dos paradigmas indicados. Se cabe a este Colegiado decidir sobre a validade da interposição do FIP na operação sob análise e, inclusive, se a ausência de propósito negocial caracteriza simulação, este litígio abarca não só o principal exigido, mas também a multa qualificada sobre ele aplicada e mantida sob aquele fundamento.

Por fim, com respeito à imputação de responsabilidade tributária a Heber Participações S/A, para além de o voto condutor do acórdão recorrido também afirmar sua manutenção porque *houve a comprovação da simulação e conduta dolosa, que levou à sonegação de IRPJ e CSLL devidos; não se trata de simples inadimplemento de obrigação tributária*, conectando esta discussão às precedentes, não tenho reparos à conclusão assim exposta no despacho de fls. 10847/10893 que acolheu o agravo neste ponto, para dar seguimento ao recurso especial dessa responsável:

O responsável tributário **HEBER PARTICIPAÇÕES S/A** somente tratou das questões atinentes ao art. 124, I, do CTN. Os paradigmas por ele indicados foram os acórdãos nº 1402-002.603 (inteiro teor às e-fls. 7242 e segs.) e nº 1301-002.271 (inteiro teor às e-fls. 7277 e segs.).

Em apertada síntese, o despacho agravado negou seguimento ao recurso especial desse responsável tributário por entender ausente a similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas, ressaltando que os paradigmas não tratavam de simulação, ao contrário do recorrido.

O Agravante reitera seu entendimento de que a divergência jurisprudencial estaria, sim, comprovada, nos seguintes termos (e-fls. 10798/10799, grifos no original):

23. Em seu recurso especial, a Agravante demonstrou que “o v. Acórdão recorrido se mostra absolutamente discrepante com o que restou decidido nos acórdãos indicados como paradigmas (docs. 05 e 06), que defendem a impossibilidade de responsabilização solidária prevista no inciso I do artigo 124 do Código Tributário Nacional diante do mero interesse econômico de sócios e administradores” (e-fl. 10219). Para tanto, procedeu com o adequado cotejo analítico dos entendimentos confrontados. Não se há de falar em ausência de divergência *in casu*.

24. Os acórdãos paradigmas nº 1402-002.603 e nº 1301-002.271, que tratam da responsabilidade por interesse comum estabelecido pelo art. 124, inciso I, do CTN, merecem ser reconhecidos para fins de recebimento e julgamento do recurso especial pela Câmara Superior de Recursos Fiscais. Vejamos:

[...]

25. Na aplicação do art. 124, inciso I, do CTN é requisito que haja interesse comum do responsável solidário e sua atuação conjunta ou participação para a realização do fato gerador, ademais, é imprescindível que haja o esforço e a comprovação probatória no termo de verificação de que houve efetiva participação do indicado como responsável solidária para que este possa ser incluído como sujeito passivo na obrigação tributária.

26. No caso em concreto, é possível concluir que há efetiva presunção por parte dos fiscais em relação à participação dos administradores e sócios da TINTO HOLDING LTDA. na realização dos atos jurídicos de incorporação junto à FB PARTICIPAÇÕES S.A, considerado como hipótese de incidência tributária do IRPJ e CSLL.

Destaque-se, inicialmente, que a responsabilidade tributária imputada à pessoa jurídica **HEBER PARTICIPAÇÕES S/A** se fundou exclusivamente no art. 124, I, do CTN, diante da constatação de que essa pessoa jurídica era detentora de 99,99% das quotas do contribuinte Tinto Holding Ltda. Na qualidade de controladora, o acórdão recorrido concluiu que todas as decisões tomadas pela controlada eram, na verdade, tomadas pela controladora. Nisso residiria, segundo o acórdão recorrido, o interesse comum (realização conjunta do fato gerador) exigido pelo mencionado dispositivo legal. Confira-se o seguinte excerto do voto condutor (e-fls. 4398/4400, grifos não constam do original):

2.8.2 Pessoa Jurídica controladora e sócios/diretores.

150. Advogam a reforma do Acórdão porque a imputação de responsabilidade solidária a terceiros foi genérica e o trabalho fiscal está comprometido, por ofensa ao art. 142 do CTN, que exige a precisa identificação do sujeito passivo; e porque manteve a responsabilização solidária dos Recorrentes, com base nos arts. 124, I e 135, I e III do CTN, sem descrever e muito menos comprovar qualquer conduta dolosa, e ao arrepio da Súmula 430 do STJ, pois a responsabilização foi devido a simples (e teórico) inadimplemento do tributo e por ser a Recorrente sócia da empresa autuada.

[...]

151. **A pessoa jurídica controladora (99,99%) foi responsabilizada solidariamente com base nos art. 124, I do CTN.**

152. Mas, houve a comprovação da simulação e conduta dolosa, que levou à sonegação de IRPJ e CSLL devidos; não se trata de simples inadimplemento de obrigação tributária.

153. **Quanto ao art. 124, I do CTN, que exige a comprovação de "interesse jurídico comum", ou seja a realização conjunta do fato gerador, analisa-se nos itens do voto, a seguir.**

2.8.2.1 Princípio da individualização da pena.

154. Art. 5º, XLVI da CF de 1988, trata do princípio da individualização da pena, que garante que, independentemente da prática da mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida; os litigantes reclamam que a multa de 150% aplicada e em relação à qual também foram solidariamente responsabilizados, deve se limitar a 75%, porque a qualificada fere o citado princípio.

155. Cabe esclarecer que as multas de ofício são definidas por lei, cabendo à autoridade administrativa aplicar a penalidade dentro dos limites da lei; não há possibilidade de discricionariedade na graduação do percentual da multa, por parte da autoridade administrativa.

2.8.2.2 **PJ Controladora. Heber Participações S/A.**

156. Consta da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica DIPJ 2010/2009, Ficha 60 Identificação de sócios ou Titular: **99,99% - Heber Participações S/A**; 0,01% Silmar Roberto Bertin; confirmado pela 55ª alteração e consolidação do contrato social, de 31/08/2009, págs. 53/63; neste instrumento consta:

Cláusula 6ª - será necessária a aprovação dos sócios, representando 75% (setenta e cinco) por cento, do capital, o que será feito pela aposição das assinaturas dos sócios, para a validade dos atos adiante enumerados:

a) venda, alienação ou oneração de bens imóveis da sociedade; b) transformação, cisão, incorporação ou fusão da sociedade em outras; c) participação da sociedade em outras sociedades:

d) aprovação das contas e balanços da sociedade; e) desenvolvimento de atividades substancialmente diversas daquelas contidas expressamente ou implicitamente, nos objetivos sociais; f) destinação dos lucros da sociedade, na hipótese de ser suspensa a distribuição em determinado exercício social; g) aumento do capital social.

157. **E se a Heber Participações detinha 99,99%, obviamente, todas decisões eram suas.**

158. Cite-se Maria Rita Ferragut [...]

159. **À vista do exposto, fica claro que cabe manter a responsabilidade solidária da controladora Heber Participações, nos termos do art. 124, I do CTN.**

[...]

O segundo paradigma, acórdão nº 1301-002.271 (e-fls. 7277 e segs.) decidiu como segue, no que se refere ao art. 124, I, do CTN (grifos não constam do original):

Passo, a seguir, à análise dos argumentos que se encontram exclusivamente no recurso voluntário interposto pelo Sr. Rafi Kahtalian, a quem foi imputada responsabilidade pelos créditos tributários dos presentes autos, nos termos dos arts. 124, I e 135, III, ambos do Código Tributário Nacional.

[...]

No que toca ao art. 124, I, a autoridade julgadora em primeira instância considerou que o interesse comum do Sr. Rafi Kahtalian, no caso, seria o interesse na ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias de sua empresa, que deixaram de ser adimplidas. Deve-se entender, com isso, que, ao pagar menos tributos, a empresa disporia de mais lucros a serem distribuídos aos sócios, e esse seria o interesse em comum do Sr. Rafi.

Não é como penso. Em primeiro lugar, tenho me manifestado, em outros casos, no sentido de que o art. 124 do CNT tem por objeto a solidariedade, ou seja, ele fixa as condições para que a obrigação seja solidária. Por si só, o art. 124 seria insuficiente para atribuir responsabilidade tributária que não estivesse prevista

em outro dispositivo legal. Sua função seria a de atribuir solidariedade a uma responsabilidade já fixada alhures. A única exceção que faço a esse entendimento é a situação em que os interesses da pessoa jurídica e da pessoa física se confundem, em verdadeira confusão patrimonial. Em outras palavras, quando aquele que detém de fato poderes de administração (sócio ou não) usa seus poderes indiscriminadamente em benefício próprio, desviando recursos da pessoa jurídica para a pessoa física, aumentando seu patrimônio particular ou mediante outras práticas em que os interesses e patrimônios se confundam. Apenas nesses casos tenho admitido a responsabilização solidária com base exclusivamente no art. 124, I, do CTN. Não encontro essa situação nos autos. Toda a extensa descrição atinente às notas fiscais inidôneas (fls. 5141 a 5247) demonstra e comprova que esses documentos fraudulentos foram usados para aumentar indevidamente os custos da empresa, mas nada refere quanto ao destino dos recursos que teriam sido empregados para os pagamentos, se é que pagamentos houve efetivamente.

Adicionalmente ao acima exposto, qualquer sócio, administrador ou não, tem interesse nos lucros da empresa da qual participa. Mas daí não se pode concluir que qualquer ato (ainda que lícito) no sentido de aumentar os lucros tenha o condão de caracterizar o interesse comum e, por consequência, atrair a solidariedade. Por mais esse motivo, entendo que o art. 124 tem que estar conjugado a outro dispositivo legal.

Em síntese, o segundo paradigma manifestou o entendimento de que o art. 124, I, do CTN, isoladamente, seria insuficiente para a imputação de responsabilidade tributária ao sócio administrador, devendo estar associado a outro dispositivo legal (no caso do paradigma, o art. 135, III, do CTN). A única exceção admitida a esse raciocínio seria o caso de confusão patrimonial, circunstância ausente lá (paradigma) como cá (recorrido).

Tem-se, assim, por caracterizada a divergência jurisprudencial quanto a este segundo paradigma. O acórdão recorrido decidiu pela imputação de responsabilidade tributária com base exclusivamente no art. 124, I, do CTN, enquanto o segundo paradigma considerou esse dispositivo legal, tido isoladamente, como insuficiente, ausentes, em ambos os casos, alguma confusão patrimonial.

O agravo do responsável tributário **HEBER PARTICIPAÇÕES S/A** deve ser acolhido, dando-se seguimento ao seu recurso especial quanto a este tema "**1.11) Argumento de Inexistência de Solidariedade por Interesse Comum: Artigo 124, I, do CTN**", exclusivamente pelo segundo paradigma (acórdão nº 1301-002.271). Ressalte-se a utilidade do recurso para este sujeito passivo, visto que esse dispositivo legal foi o único fundamento para a responsabilidade tributária que lhe foi imputada. *(destaques do original)*

Estas as razões, portanto, para CONHECER destes itens do recurso especial da Contribuinte, acompanhando as conclusões do I. Relator.

Acrescento, ainda, que também acompanhei o I. Relator em suas conclusões acerca da exclusão de responsabilidade de Heber Participações S/A porque, embora admita o art. 124, I, do CTN como fundamento para inclusão de um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária – em especial quando o contribuinte realiza fatos geradores em conjunto com sócio ou terceira pessoa, física ou jurídica, que não desfruta, em razão da anormalidade das operações, da proteção ao seu patrimônio assegurada por vínculo contratual ou de representação regular –, no presente caso a acusação fiscal se pauta, apenas, no fato de a responsável ser controladora da autuada, a infração ter sido cometida de forma dolosa e aquela pessoa jurídica ter se beneficiado *direta e majoritariamente da redução ilícita da carga fiscal da Tinto Holding, seja por ter recebido dividendos calculados sem levar em conta os tributos fraudulentamente evadidos pela investida [...] seja por ter reconhecido um resultado de equivalência patrimonial superior ao que seria lícitamente devido.*

Neste sentido já me manifestei no voto condutor do acórdão que apreciou recursos de ofício e voluntário interpostos nos autos do processo administrativo nº 10980.722164/2012-09, não só quanto à exclusão da responsabilidade de sociedade de participação controladora da contribuinte autuada, como também no que se refere à possibilidade de imputação de responsabilidade tributária a outra pessoa jurídica com fundamento no art. 124, I do CTN. Para maior clareza, reproduzo abaixo os excertos nos quais tais temas são tratados, com destaque dos fundamentos que conduzem, também aqui, à exclusão da responsabilidade tributária de Heber Participações S/A:

CBL – Cia Brasileira de Logística S/A apresenta em seu recurso voluntário os mesmos argumentos deduzidos em impugnação, apenas retificando seu objeto social para as atividades de *armazenagem e operação portuária* e asseverando que *não realiza comercialização de produtos agrícolas*.

Disse a autoridade julgadora de 1ª instância, com amparo na acusação fiscal:

Na impugnação que apresentou contra a responsabilidade solidária que lhe foi irrogada, além das alegações comuns a outras impugnações, já apreciadas, a pessoa jurídica CBL – COMPANHIA BRASILEIRA DE LOGÍSTICA S/A argumenta que, nas poucas vezes em que foi citada no Termo de Confusão Patrimonial, trata-se de operações totalmente legais e registradas que foram retiradas de Livro Caixa ou registros imobiliários. Enfatiza que atua em segmento comercial diverso da autuada, razão pela qual não há centralização gerencial. Reclama que a Solo Agrícola foi atuada em razão de suposta irregularidade tributária na venda de soja para exportação, enquanto opera no ramo de geração de energia elétrica (?).

A alegação não procede. Com efeito, restou evidenciado que as receitas da autuada – fatos geradores dos tributos exigidos nestes autos – decorrem integralmente da venda de grãos existentes no interior das instalações da impugnante CBL – COMPANHIA BRASILEIRA DE LOGÍSTICA S/A, e que lá não foram depositados pela autuada Solo Agrícola Ltda. Ademais, parcelas expressivas dos valores arrecadados foram transferidos diretamente das contas da autuada para a impugnante CBL – COMPANHIA BRASILEIRA DE LOGÍSTICA S/A, o que autoriza a convicção inabalável de que esta tinha interesse comum – talvez a principal interessada – na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, situação determinante da solidariedade, nos termos do art. 124 do CTN.

Confiram-se abaixo os valores que, segundo a escrituração da autuada, teriam sido repassados à CBL, diretamente ou em pagamento de obrigações suas:

[...]

É inequívoco, portanto, que a impugnante CBL – COMPANHIA BRASILEIRA DE LOGÍSTICA S/A deve ser mantida na condição de responsável solidária dos débitos da autuada.

Estes fatos não foram contraditados na defesa da recorrente. Volta a insistir que atua em segmento comercial diverso da autuada principal, mas nada traz especificamente para esclarecer as *inúmeras operações financeiras* realizadas entre a Solo Agrícola Ltda e ela, como acusado no Termo de Confusão Patrimonial, e detalhado nos documentos acima referenciados. No mais, cabe apenas esclarecer que:

- Falta de fundamentação no Termo de Sujeição Passiva Solidária: referido termo prestou-se a cientificar a recorrente dos atos processuais lavrados no procedimento fiscal, dentre os quais o Termo de Verificação Fiscal e o Termo de Confusão Patrimonial, no qual estas pessoas são responsabilizadas em razão da *inexistência de “autonomia patrimonial” entre as SOCIEDADES do Grupo Interalli*, e tendo em conta a *inexistência de bens e direitos do autuado suficientes para garantia do crédito tributário, com base nos artigos 124 e 135*

da Lei nº 5.172/66 combinado com o art. 50 da Lei 10.406/02, como exposto também no Termo de Verificação Fiscal;

- Disposições do art. 50 do Código Civil: referido dispositivo legal não impede o Fisco de produzir prova a ser levada ao Poder Judiciário em sede de execução fiscal;
- **Impossibilidade de caracterização de grupo econômico com fundamento no art. 124, I do CTN: a acusação fiscal extensamente aborda as investigações policiais no sentido de que a responsável operou irregularmente com grãos de reserva técnica, e restou constatada a venda destes produtos pela atuada sem que outra origem externa lhes fosse atribuída. Expressamente são apontadas as autorizações assinadas por Fabrício Slaviero Fumagalli para movimentação das cargas de produtos agrícolas, dirigidas à CBL, autorizando a transferência dos produtos para as adquirentes que transacionaram com a atuada, evidenciando o domínio sobre as tomadas de decisões e sobre os frutos da lucratividade decorrente do grupo econômico, montando mediante “confusão patrimonial” com a finalidade precípua de obstaculizar o trabalho do Fisco. Além disso, a circulação de valores entre as empresas está demonstrada, a caracterizar a realização conjunta da situação que configura o fato gerador, suscitada pela recorrente como necessária para a imputação de responsabilidade.**

Estas as razões, portanto, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário de CBL – Cia Brasileira de Logística S/A.

Firenze Energética S/A apresenta recurso voluntário com argumentos semelhantes aos deduzidos por CBL – Cia Brasileira de Logística S/A. Apenas destaca que atua na produção de energia elétrica e não tem qualquer vínculo com comércio de produtos agrícolas. Ressalta que não é mencionada no Termo de Confusão Patrimonial, e que a decisão recorrida estabeleceu sua responsabilidade em face de créditos tributários de mais de R\$ 16 milhões em razão de uma dívida sua, com a atuada, de R\$ 686.685,35. Acrescenta que seu imobilizado representará cerca de R\$ 40 milhões, mostrando-se insignificante o mútuo contraído com a atuada; observa que não poderia contribuir para a realização conjunta do fato gerador porque atua em outro ramo de atividade; e finaliza recordando o reconhecimento da espontaneidade da atuada principal.

A autoridade julgadora de 1ª instância assim argumentou para rejeitar a impugnação desta responsável:

Na impugnação que apresentou contra a responsabilidade solidária que lhe foi irrogada, além das alegações comuns a outras impugnações, já apreciadas, a pessoa jurídica FIRENZE ENERGÉTICA S/A tece considerações acerca de sua atividade social e afirma que sua única unidade geradora de energia está localizada em Nortelândia, Estado do Mato Grosso, a mais de dois mil quilômetros de distância, e enfatiza a inexistência de vínculo com o comércio de produtos agrícolas. Afirma que a inexistência de responsabilidade solidária é tão evidente que sequer há alguma menção a seu respeito no Termo de Confusão Patrimonial.

Voltando os olhos para o Livro Caixa da atuada, constato às fls. 181 que no dia 21/10/2008, a atuada recebeu a importância de R\$ 1.078.000,00, relativa a venda de soja para a empresa OLFAR e no dia seguinte, 22/10/2008, transferiu a importância de R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) para a impugnante FIRENZE ENERGÉTICA S/A. Evidente, portanto, que o valor transferido tem origem em operação que constitui fato gerador dos tributos lançados nestes autos. Pois bem, a escrita da atuada registra o retorno de apenas parte pouco significativa desse valor, no importe total de R\$ 213.314,65, em quatro parcelas, no período de 05/02/2009 a 03/07/2009, conforme se vê às fls. 186 e 190.

É inegável, portanto, que a impugnante FIRENZE ENERGÉTICA S/A comungou com a atuada o interesse na situação que constituiu fato gerador dos tributos

lançados, determinando assim sua inclusão na condição de responsável solidário, a teor do que se contém no art. 124 do Código Tributário Nacional, por cuja manutenção voto neste momento.

A acusação fiscal, porém, relativamente a esta recorrente, não enuncia fatos caracterizadores do *interesse comum na situação que constitua o fato gerador*. A evidência trazida pela autoridade julgadora denota que a responsável compartilhou dos recursos de caixa auferidos pela atuada nas operações questionadas pela Fiscalização, mas, de fato, nada impede que este valor tenha sido reconhecido como empréstimo em sua contabilidade.

Em verdade, a autoridade fiscal incluiu a recorrente no rol de responsáveis tributários porque ela integra o grupo Interalli, e foi demonstrada a confusão patrimonial entre seus membros, especialmente em razão do [...].

Todavia, embora referido documento deixe patente a atuação de Anderson Fumagalli, Cristiano Slaviero Fumagalli, Fabrício Slaviero Fumagalli e Felipe Slaviero Fumagalli como sócios de fato da atuada e das demais empresas do grupo, com poderes para deslocar patrimônio entre elas para satisfazer seus interesses particulares, de modo a ensejar a aplicação do art. 50 do Código Civil durante a execução fiscal dos créditos tributários devidos pelas empresas do grupo, a atribuição de responsabilidade tributária no âmbito administrativo é estipulada como meio de garantia do direito de defesa contra a exigência fiscal.

Por esta razão, a formalização de Termo de Sujeição Passiva deve decorrer do vínculo do responsável com a situação que constitua o fato gerador ou da prática de atos que procurem ocultar os verdadeiros representantes da pessoa jurídica. Desta forma, assegura-se o direito de defesa àqueles que de alguma forma contribuíram para a prática do fato gerador, e aos que efetivamente representam a pessoa jurídica.

Se a confusão patrimonial não se verifica na prática do fato gerador, não há razão para debatê-la no âmbito administrativo, exclusivamente com vistas a validar a prova por meio da qual se pretenderá judicialmente a aplicação do art. 50 do Código Civil.

Por estas razões, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário de Firenze Energética S/A, apenas porque não demonstrada sua responsabilidade por interesse comum nas situações que constituem os fatos geradores que motivaram a autuação, sem adentrar aos demais aspectos que poderiam caracterizar a alegada confusão patrimonial, porque externos ao lançamento tributário.

[...]

Parkville Administração e Participação Ltda não foi cientificada por via postal porque desconhecida no endereço informado como seu domicílio fiscal (fl. 1937/1938), mas postou recurso voluntário em 12/12/2012 (fls. 1986/1992) com argumentos semelhantes aos deduzidos por CBL – Cia Brasileira de Logística S/A. Aduz que não há identidade comercial ou centralização gerencial entre elas, e que o interesse comum *ocorre quando as empresas integrantes do grupo econômico ocultam ou registram indevidamente negócios jurídicos com benefício econômico comum*. Finaliza recordando o reconhecimento da espontaneidade da atuada principal.

A autoridade julgadora de 1ª instância manteve a acusação fiscal em razão das seguintes constatações:

Na impugnação que apresentou contra a responsabilidade solidária que lhe foi irrogada, além das alegações comuns a outras impugnações, já apreciadas, a pessoa jurídica PARKVILLE ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA afirma que desde sua constituição dedica-se ao seu objeto social e não tem vínculo com exportação de produtos agrícola. Também afirma que, nas poucas vezes em que é citada no Termo de Confusão Patrimonial é com base em operações totalmente legais e registradas extraídas de Livro Caixa ou registro imobiliários.

Voltando os olhos para o Livro Caixa da atuada, constato às fls. 188 que no dia 07/05/2009 a atuada (Solo Agrícola Ltda) recebeu da empresa Nidera, pela venda de soja que lhe fez, a importância de R\$ 1.734.600,00, da qual aplicou R\$ 550.000,00 em CDB no Banco Real no mesmo dia. Pouco após, no dia 15/05/2009, resgatou o CDB e transferiu para a impugnante PARKVILLE ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA a importância de R\$ 660.000,00. Também vejo às fls. 191 que, pouco tempo após, em 10/08/2009, foi transferida a importância de R\$ 350.000,00. Em seguida, no dia 17/08/2009, foi transferida a importância de R\$ 200.000,00. Também vejo às fls. 192 que, em 25/09/2009, foi transferida a importância de mais R\$ 200.000,00 e, em 02/10/2009, mais a importância de R\$ 150.000,00.

Já no ano de 2010, o Livro Razão da atuada acusa um extenso conta corrente entre ela e a impugnante Parkville, conforme se vê às fls. 1.026-1.027, cabendo destacar que a atuada lhe transferiu a importância de R\$ 800.000,00 em 01/06/2010, pouco após venda feita à empresa Nidera Sementes Ltda.

Tem-se, portanto, ratificada a assertiva fiscal (fls. 1.562-1.563) de que a atuada transferiu para a impugnante Parkville Administração e Participações Ltda, a expressiva importância de R\$ 2.360.000,00. E em tendo recebido esses recursos, é inegável seu interesse na situação que constituiu o fato gerador dos tributos lançados, fator determinante de sua inclusão no polo passivo da relação obrigacional, na condição de sujeito passivo solidário, por cuja manutenção voto neste momento.

Em que pese a evidência acima relatada e também referenciada no Termo de Confusão Patrimonial, denota-se, daí, apenas o escoamento dos recursos obtidos na operação comercial em favor de uma das empresas de administração patrimonial nas quais foi distribuído o patrimônio pessoal da família [...]. Em outras palavras, esta pessoa jurídica nada mais é do que a extensão patrimonial das pessoas físicas já responsabilizadas pelo crédito tributário.

Esta personalidade atribuída aos bens daquelas pessoas físicas impede a afirmação de que esta responsável teve interesse comum, com os demais agentes, na situação que constitui o fato gerador. Certamente foi beneficiária dos resultados daí auferidos, e representa uma parte do patrimônio do grupo que praticou os fatos jurídicos tributários. Mas este patrimônio deve ser alcançado mediante a constrição daqueles que são responsáveis pelo crédito tributário, e não integrando esta pessoa jurídica no pólo passivo da obrigação tributária. Esta posição é reservada àqueles que praticam o fato jurídico tributário.

Em consequência, valem aqui os argumentos antes expostos na apreciação do recurso voluntário de Firenze Energética S/A acerca da finalidade do Termo de Sujeição Passiva, bem como a conclusão de que, se a confusão patrimonial não se verifica na prática do fato gerador, inexistente razão para debatê-la no âmbito administrativo, exclusivamente com vistas a validar a prova por meio da qual se pretenderá judicialmente a aplicação do art. 50 do Código Civil.

Por tais motivos, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário de Parkville Administração e Participações Ltda, **apenas porque não demonstrada sua responsabilidade por interesse comum nas situações que constituem os fatos geradores que motivaram a autuação, sem adentrar aos demais aspectos que poderiam caracterizar a alegada confusão patrimonial, porque externos ao lançamento tributário. (negrejei)**

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA