



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	18470.730525/2019-11
ACÓRDÃO	2402-012.809 – 2ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	8 de agosto de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	ADALBERTO SALGADO JUNIOR
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2014

INTEGRALIZAÇÃO DE COTAS EM FUNDOS DE INVESTIMENTO POR MEIO DA ENTREGA DE ATIVOS FINANCEIROS. GANHO DE CAPITAL.

A integralização de cotas em fundos de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, uma vez que implica na transferência de um bem ou direito para o domínio de outrem, nos termos do disposto no parágrafo 3º do art. 3º da Lei 7.713/88, sujeita-se a tributação do imposto de renda sobre o ganho de capital auferido na data da transferência dos ativos financeiros ao fundo.

NÃO APRECIÇÃO DE TODOS OS ARGUMENTOS DA RECORRENTE. NULIDADE. NÃO HÁ NECESSIDADE DE ANÁLISE DE TODOS OS ARGUMENTOS, QUANDO OS FUNDAMENTOS SÃO SUFICIENTES PARA DECISÃO.

A decisão combatida não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça de defesa, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

INTEGRALIZAÇÃO. CDB. VALOR DE MERCADO. ATENDIMENTO DA INSTRUÇÃO CVM nº 438/2006

A integralização de quotas de fundo de investimento deve ser realizada por seu valor de mercado, devendo obedecer a Instrução Normativa CVM nº 438/2006 quanto aos critérios de apuração de valor de mercado na ausência de mercado de negociação para um determinado ativo, com a adoção de técnicas de precificação previstas para o tipo em questão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por (i) maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade suscitada no recurso voluntário interposto. Vencidos os Conselheiros João Ricardo Fahrion Nüske (Relator) e Gregório Rechmann Junior, que a acataram; e (ii) no mérito, por voto de qualidade, negar-lhe provimento. Vencidos os Conselheiros João Ricardo Fahrion Nüske (Relator), Gregório Rechmann Junior e Matheus Soares Leite, que deram-lhe provimento. Designado redator do voto vencedor o Conselheiro Marcus Gaudenzi de Faria. Manifestou interesse em apresentar declaração de voto o Conselheiro Matheus Soares Leite. A Conselheira Luciana Vilardi Vieira de Souza Mifano declarou-se impedida de participar do referido julgamento, sendo substituída pelo Conselheiro Matheus Soares Leite.

Sala de Sessões, em 8 de agosto de 2024.

Assinado Digitalmente

João Ricardo Fahrion Nüske – Relator

Assinado Digitalmente

Marcus Gaudenzi de Faria – Redator designado

Assinado Digitalmente

Francisco Ibiapino Luz – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Rodrigo Duarte Firmino, Gregório Rechmann Junior, Marcus Gaudenzi de Faria, Joao Ricardo Fahrion Nuske, Matheus Soares Leite (suplente convocado(a)), Francisco Ibiapino Luz (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto nos autos do processo nº 18470.730525/2019-11, em face do acórdão nº 16-96.825, julgado pela 11ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJSPO), em sessão realizada em 29 de junho de 2020, na qual os membros daquele colegiado entenderam por julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ de origem que assim os relatou:

Contra o contribuinte, acima identificado, foi lavrado Auto de Infração de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF, fls. 772/780, relativo ao ano-calendário 2014, para formalização de exigência e cobrança de crédito tributário no valor total de R\$ 49.979.407,26, conforme abaixo:

Imposto	R\$ 22.648.936,09
Juros de Mora (calculados até 09/2019)	R\$ 10.343.769,11
Multa Proporcional	R\$ 16.986.702,06

A infração apurada pela Fiscalização, relatada na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, foi:

Omissão de Ganhos de Capital na Alienação/Integralização de Ativos (CDB) em Fundo de Investimento

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
29/12/2014	150.992.907,28	75,00

Conforme o Termo de Verificação Fiscal, o Autuado deixou de recolher o IRPF incidente sobre o ganho de capital auferido quando do aporte de Certificados de Depósitos Bancários (CDB) emitidos pelo Banco Pan S.A., na integralização de cotas no Positivo Fundo de Investimento Multimercado Longo Prazo Crédito Privado - Positivo FIM.

DA IMPUGNAÇÃO

Devidamente intimado do auto de infração, o contribuinte apresentou impugnação por meio do instrumento de fls. 847/916, alegando, em síntese, que:

I - DOS FATOS

II - PRELIMINAR

II.1 - Nulidade do Lançamento - Erro na Fundamentação Legal, Identificação da Sistemática de Tributação, da Alíquota Aplicável e do Sujeito Passivo da Obrigação Tributária

A Autoridade Fiscal considerou a situação retratada nos autos como sendo uma alienação de bens ou direitos e, assim, aplicou a legislação tributária concernente ao ganho de capital em tais operações, exigindo o recolhimento de IRPF pelo Impugnante. Ocorre que, diversamente da conclusão fiscal, a operação em foco - alienação de título de renda fixa - não está sujeita às disposições legais gerais atinentes à alienação de bens e direitos, mas, sim, aos dispositivos que tratam especificamente da hipótese de tributação de eventual alienação de aplicação financeira de renda fixa, consoante artigo 65 da Lei nº 8.981/95.

A Autoridade Fiscal não só se equivocou quanto à fundamentação legal aplicável à exação fiscal, mas também errou a sistemática de tributação, a alíquota e o sujeito passivo da obrigação.

Consoante previsto no citado artigo 65 da Lei nº 8.981/95, o rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa "sujeita-se à incidência do Imposto de Renda na fonte". Embora se pudesse alegar que se estaria diante da mesma materialidade, é evidente que o Imposto de Renda na Fonte corresponde à modalidade diversa de tributação, a qual não se confunde com a tributação direta pelo IRPF.

O Impugnante sequer poderia ser indicado como sujeito passivo do lançamento em questão, por absoluta ausência de previsão legal nesse sentido.

Corroborando tal conclusão, o artigo 76 também da Lei nº 8.981/95 estabelece que o IR/Fonte sobre os rendimentos de aplicação de renda fixa será definitivo nos casos em que percebidos por pessoa física, tal qual o caso.

Corroborando-se o exposto, há decisão do E. CARF, que confirma que os rendimentos na alienação de aplicações financeiras de renda fixa não se sujeitam à hipótese de alienação de bens e direitos, sujeitando-se, assim, à situação específica de tributação na fonte.

Logo, é patente a nulidade do lançamento fiscal, uma vez que há, sem dúvida, a presença de vícios insanáveis em sua constituição, seja o erro na fundamentação legal adotada; sejam os erros na identificação do tributo, da alíquota aplicável e, principalmente, do sujeito passivo da obrigação tributária.

O equívoco perpetrado com relação à fundamentação e constituição do lançamento fiscal em foco não pode, certamente, ser retificado durante o curso deste processo administrativo fiscal, sendo vício substancial do ato administrativo e, portanto, insanável.

Ante o exposto, diante da manifesta incongruência entre os fatos descritos na autuação e a fundamentação adotada, além do equívoco na eleição da sistemática de tributação, alíquota aplicável e sujeito passivo da obrigação, é evidente que o lançamento fiscal não pode subsistir, de forma que o Impugnante aguarda que esta C. Turma Julgadora determine o cancelamento integral da autuação fiscal, por evidente nulidade.

III - DIREITO

III.1 - Da Improcedência das Acusações Fiscais - Regularidade do Aporte dos CDB na Integralização de Cotas do Fundo de Investimento

Os ativos em questão não possuíam um valor de mercado, tendo em vista a disputa judicial iniciada pelo próprio emissor para questionar a legitimidade destes títulos, de forma que a integralização se deu pelo único valor mensurável naquele momento, qual seja, o valor de aquisição.

A Autoridade Fiscal discorre extensamente sobre a operação de marcação a mercado realizada no dia seguinte à integralização, pela administradora do Positivo FIM, a ICLA Trust DTVM S.A., bem como sobre os regramentos específicos de tal método, com o intuito de justificar que este seria, então, o valor a ser considerado para fins de cálculo de eventual ganho de capital no momento do aporte no Positivo FIM.

III. 1.1- Contexto da Autuação e a Legislação Utilizada como Fundamento no TVF

Segundo disposição contida no regulamento do próprio fundo de investimento, o aporte dos CDB na integralização das cotas do Positivo FIM deveria ser realizado com base em seu valor de mercado, fato reconhecido no TVF.

Além da ausência de mercado secundário com base no qual se poderia avaliar estes títulos, o próprio banco emissor dos CDB havia ajuizado ação judicial a fim de se questionar a taxa de remuneração fixada, visando o reconhecimento da nulidade integral dos títulos. Por tais motivos, no momento da integralização, o único valor atribuível aos CDB, conservadoramente, correspondia ao montante pelo qual estavam registrados pelo Impugnante, haja vista (i) a ausência de comparação em parâmetros de mercado; e, principalmente, (ii) o questionamento judicial das taxas de remuneração aplicáveis.

III.1.2. - Critérios Adotados para Marcação a mercado - Divergência quanto à Valoração a Mercado para Fins de Cálculo do Suposto Ganho de Capital

A Autoridade Fiscal se equivoca ao buscar aplicar o resultado da marcação como se representasse o valor de mercado dos CDB, embora reconheça, em diversas passagens do TVF, que a marcação a mercado decorreu, no caso, de mera adoção de critérios matemáticos.

Não se está aqui questionando a obrigatoriedade da realização da marcação a mercado, mas unicamente buscando atribuir-lhe a correta dimensão e significação, especialmente no contexto da presente exação fiscal, que se pauta exclusivamente na referida marcação para sustentar o ganho de capital evidentemente inexistente (e desatrelado de qualquer materialidade que ensejasse a incidência do imposto de renda).

É imprescindível que se entenda que a marcação a mercado dos referidos títulos, realizada pela administradora do fundo posteriormente à integralização, não se confunde com o valor de mercado (i.e. o valor que seria obtido em livre negociação com terceiros) indicado na legislação tributária para fins de apuração de eventual ganho de capital na operação. Trata-se, na verdade, de mero instrumento financeiro para equalização dos valores das cotas e seus rendimentos, conforme exigência da CVM.

A própria nota técnica aponta, de início, que a marcação a mercado consiste no registro do ativo pelo preço transacionado no mercado "ou, quando este não é observável, pela melhor estimativa de preço". Em outras palavras, a marcação a

mercado não retrata necessariamente o valor de mercado do ativo, mas, sim, sua estimativa em eventual negociação.

A similaridade no prazo de vencimento destes títulos obviamente não é suficiente para se aferir o valor de mercado dos CDB em questão, mormente porque a nota técnica desconsidera um critério essencial à marcação a mercado, conforme orientação da própria CVM: o risco. Esse contexto, reitera-se, é reconhecido pela própria administradora do Positivo FIM, que atesta, na nota técnica, não ter considerado a disputa judicial existente em relação à taxa de remuneração dos CDB, para fins da marcação a mercado.

Portanto, além da impossibilidade de um simples cálculo matemático ser suficiente à aferição do valor de mercado de um ativo (estimado, inclusive), é evidente que ao deixar de considerar todas as características específicas dos títulos em questão (como o impacto da contestação judicial dos CDB pelo próprio emissor), a marcação a mercado in casu não ponderou adequadamente o fator risco na equação realizada, sendo imprestável os valores apurados pela administradora do Fundo para fins tributários.

Ainda que seja possível realizar a marcação a mercado de um ativo que, como os CDB em questão, não possua mercado secundário com liquidez imediata, é evidente que a precificação marcada não significa, por si só, o valor de mercado que seria obtido em eventual negociação do ativo com terceiros em condições comutativas. Em outras palavras, não há certeza que a marcação a mercado corresponda ao valor de mercado, principalmente na situação em que o cálculo desconsidera fator crítico à análise (o risco).

III.1.3 - Contexto Fático - Disputa Judicial com Banco PAN - Inexistência de Valor de Mercado à Época da Integralização

Por mais que a decisão em comento tenha autorizado a negociação dos CDB, manteve o dever de controle e cientificação aos eventuais adquirentes sobre o embate judicial sobre aqueles títulos. Assim, qualquer pessoa que adquirisse os CDB não só seria cientificado da existência da ação judicial, mas, principalmente, passaria a estar sujeito às eventuais implicações de uma decisão judicial sobre o tema, como, por exemplo, decretando a nulidade dos títulos. Nestes termos, não obstante a ausência de um óbice formal à negociação dos CDB, havia (e ainda há) um óbice prático, pois a simples existência da discussão judicial e o "gravame" sobre os títulos trazidos pela decisão em vigor afastam qualquer interesse de terceiros na sua aquisição, tornando-os praticamente ilíquidos.

Dentro deste contexto litigioso narrado e da incerteza sobre a liquidez dos títulos, foram realizadas, antes do aporte dos títulos no Positivo FIM algumas negociações com os detentores dos títulos discutidos na ação judicial, que culminaram em acordos firmados em valores significativamente inferiores ao da curva do papel.

Corroborando-se o exposto, em dezembro de 2013, o próprio Impugnante firmou acordo com o Banco Pan para recompra de alguns dos CDB emitidos, entretanto, por um valor substancialmente inferior à curva do papel naquele momento.

Ora, enquanto o título originariamente previa, na data de seu vencimento, um retorno de R\$ 420 milhões, ou, no momento da negociação, uma marcação na curva de mais de R\$ 136 milhões (valor na curva), a recompra foi negociada por apenas R\$ 50 milhões, ou seja, muito abaixo do esperado. Ou seja, um deságio de aproximadamente 63%.

Resta demonstrado que os valores atribuídos aos CDB, quando da integralização no Positivo FIM (dezembro/2014), não poderiam ser precificados na forma como indicada pela Autoridade Fiscal, pois, aplicando-se as mesmas condições comutativas praticadas nas negociações com terceiros, que seguiam a tendência de vertiginosa desvalorização dos títulos diante da discussão judicial que os envolve, tornavam-se praticamente ilíquidos.

Em verdade, para a correta avaliação dos CDB detidos pelo Impugnante, era necessário que a análise fosse feita com base no contexto fático existente à época da integralização no fundo de investimento, o qual, como demonstrado, afastava qualquer hipótese de liquidez dos títulos e, portanto, tornava o custo contábil (histórico) o único valor atribuível naquele momento.

III.1.4 - Conclusão - Inexistência de Ganho de Capital na Integralização das Cotas do Positivo FIM com os CDB detidos pelo Impugnante

Pelo exposto, sendo insubsistente a premissa da Autoridade Fiscal para apuração do alegado ganho de capital, é evidente que a própria acusação fiscal não merece prosperar. Assim, deve esta C. Turma Julgadora reconhecer a improcedência do lançamento fiscal, cancelando-se integralmente a exação objeto dos presentes autos.

III.2 -Ad Argumentandum - Da Integralização das Cotas com CDB Realizada em 2017 - Deterioração do Valor de Mercado dos Ativos

Enquanto a Autoridade Fiscal, pautada na marcação a mercado, estima um valor de mercado cerca de 70% maior que a marcação na curva, a recompra pelo Banco Pan e a análise da auditoria acima explicitada refletem, respectivamente, valores 63% e 74% menor que a curva do papel (tratando de CDB similares aqueles ora em análise), motivo pelo qual, evidente que não se pode admitir o entendimento e a precificação realizados pelo Sr. Agente Fiscal.

III.3 -Ad Argumentandum - Consideração do Valor da Curva para Fins de Cálculo de Ganho de Capital

Nestes termos, ad argumentandum, caso não sejam aceitas as razões de defesa anteriormente aduzida, é evidente que o único valor pelo qual a Autoridade Fiscal poderia sustentar o presente lançamento fiscal seria com base no valor da curva

do papel, que correspondia ao retorno obtido caso os ativos fossem liquidados naquela oportunidade.

III.4 - Ad Argumentandum - Demais Argumentos que Sustentam a Insubstância da Exação Fiscal

Diante do que foi exposto nos tópicos anteriores, é possível concluir que os fundamentos adotados pela Autoridade Fiscal na formalização dos autos de infração - desconsideração do valor indicado pelo Impugnante no aporte dos CDB no Positivo FIM e utilização da marcação a mercado como método para suportar o suposto ganho de capital - são totalmente improcedentes.

III.4.1 - Inexistência de Obrigação Legal de Realizar o Aporte dos Ativos a Valor de Mercado

Caso a integralização das cotas do Positivo FIM tivesse descumprido o regulamento do Positivo FIM, cumpriria exclusivamente à CVM aplicar as eventuais sanções cabíveis, mas sob nenhuma hipótese caberia ao Fisco alterar a realidade dos fatos para tributar alegado ganho de capital.

Nem se alegue, por oportuno, que o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 07/2007 poderia, de alguma forma, sustentar a situação esdrúxula narrada acima. Isso porque o referido ato também carece de embasamento legal.

Conforme o mencionado jurista, a legislação fiscal não trazia qualquer restrição quanto à possibilidade de ativos financeiros serem contribuídos a fundos de investimento pelo seu valor contábil, de forma que a restrição imposta pelo ato declaratório extrapola os ditames da lei e, portanto, não há como ser aceita.

Deve-se destacar, por oportuno, que em diversas oportunidades o E. CARF já decidiu que atos infra legais emitidos pela Receita Federal do Brasil não podem restringir direitos ou impor obrigações que não previstas em lei e que acarretem em um recolhimento maior de tributos.

De todo o exposto, conclui-se que o aporte dos CDB no Positivo FIM, ainda que tivesse sido realizado propositadamente pelo "valor contábil", evidentemente não poderia ser questionada pela Autoridade Fiscal, haja vista a inexistência, à época, de obrigação legal nesse sentido.

III.4.2 - Inexistência de Disponibilidade que Suporte a Incidência de IRPF no Momento do Aporte

Enquanto não houver o resgate da participação que o Impugnante detém no fundo de investimento, de certo que eventual ganho não possui a necessária disponibilidade jurídica que pressupõe a sua tributação. Enquanto o ganho de capital se mantiver dentro do fundo de investimento, este não passa de um rendimento potencial, que não representa acréscimo ao patrimônio do cotista e, portanto, não está sujeito ao recolhimento do Imposto de Renda.

III.4.3 - Da Não Tributação das Operações de Permuta

Diante da ausência de disponibilidade econômica de renda no momento da integralização das cotas, conforme exposto no item acima, e tendo em vista que a posição patrimonial do cotista permaneceu inalterada, pode-se dizer que o aporte dos CDB levado a efeito assemelha-se a uma permuta, entre tais ativos e as cotas do Positivo FIM, ou seja, inexistente realização de qualquer ganho passível de tributação.

IV - DO PEDIDO

Requer, diante do exposto, o conhecimento e provimento da impugnação apresentada e o cancelamento integral do auto de infração e, caso não seja determinado o cancelamento integral dos lançamentos tributários, requer, subsidiariamente, que, caso o julgamento não se dê por unanimidade de votos, haja a aplicação do artigo 112 do CTN, afastando-se a multa de ofício aplicada.

Em julgamento a DRJ firmou a seguinte posição:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2014

Ementa:

INTEGRALIZAÇÃO DE COTAS EM FUNDOS DE INVESTIMENTO POR MEIO DA ENTREGA DE ATIVOS FINANCEIROS. GANHO DE CAPITAL.

A integralização de cotas em fundos de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, uma vez que implica na transferência de um bem ou direito para o domínio de outrem, nos termos do disposto no parágrafo 3º do art. 3º da Lei 7.713/88, sujeita-se a tributação do imposto de renda sobre o ganho de capital auferido na data da transferência dos ativos financeiros ao fundo.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada, o contribuinte apresentou recurso voluntário, sob alegação de, em síntese: 1) Preliminar de Cerceamento do Direito de Defesa do Recorrente 2) reafirma os pedidos já formulados na impugnação.

Foi apresentado, posteriormente à interposição do recurso, a Solução de Consulta nº 127 – COSIT, de 08.05.2024.

É o relatório

VOTO VENCIDO

Conselheiro **João Ricardo Fahrion Nüske**, Relator

Sendo tempestivo e preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

I. PRELIMINAR

I.I. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO RECORRENTE

Sustenta o recorrente a ocorrência de nulidade do julgamento da DRJ por cerceamento de defesa por supostamente deixar de manifestar-se sobre pontos relevantes veiculados pelo ora recorrente em sua impugnação, os quais seria, sob a ótica do recorrente, suficientes para o cancelamento da exigência fiscal.

Em que pese a alegação da recorrente, entendo não haver nulidade na decisão recorrida.

Isto porque a mesma se mostra devidamente fundamentada, em sentido contrário buscado pelo contribuinte, mas ainda assim, sem vícios.

Sobre a necessidade, sob pena de nulidade, da decisão analisar todos os argumentos trazidos pelo contribuinte em sede de impugnação este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já se manifestou:

Número do processo: 15956.720005/2017-97 Turma: Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção Câmara: Quarta Câmara Seção: Segunda Seção de Julgamento Data da publicação: Wed Feb 19 00:00:00 UTC 2020 Ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Ano-calendário: 2014 PRELIMINAR DE NULIDADE. DECISÃO DA DRJ.

Não há que se falar em nulidade por ausência de fundamentação quando foram examinadas todas as questões necessárias para a resolução da controvérsia, sendo manifesta a pretensão de rediscutir a matéria quando a decisão da DRJ está fundamentada de forma clara e objetiva, mas em sentido contrário aos interesses do recorrente.

ATIVIDADE RURAL. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. Caracterizam-se como omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97 a Lei 9.430/96 no seu art. 42 autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular não comprove a origem dos recursos utilizados nessas operações.

INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA. POSSIBILIDADE. SÚMULA CARF Nº 108. A Súmula CARF nº 108 determina que incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Número da decisão: 2402-008.081 Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. (documento assinado digitalmente) Denny Medeiros da Silveira - Presidente (documento assinado digitalmente) Ana Claudia Borges de Oliveira - Relatora Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira (Relatora), Denny Medeiros da Silveira (Presidente), Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Luís Henrique Dias Lima, Márcio Augusto Sekeff Sallem, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos e Renata Toratti Cassini.

Nome do relator: ANA CLAUDIA BORGES DE OLIVEIRA Número do processo: 10813.000503/2010-54 Turma: Terceira Turma Extraordinária da Primeira Seção Seção: Primeira Seção de Julgamento Data da publicação: Jul 27 00:00:00 UTC 2020 Ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2008 ACÓRDÃO.

NÃO APRECIÇÃO DE TODOS OS ARGUMENTOS DA RECORRENTE. NULIDADE. NÃO HÁ NECESSIDADE DE ANÁLISE DE TODOS OS ARGUMENTOS, QUANDO OS FUNDAMENTOS SÃO SUFICIENTES PARA DECISÃO.

A decisão combatida não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça de defesa, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

SIMPLES. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIA ORIUNDA DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO . EXCLUSÃO.

Há que se manter a exclusão de contribuinte do SIMPLES Nacional que não logra afastar acusação fiscal de comercialização de mercadoria oriunda de contrabando ou descaminho.

Número da decisão: 1003-001.742 Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a nulidade arguida e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário. (documento assinado digitalmente) Carmen Ferreira Saraiva - Presidente (documento assinado digitalmente) Wilson Kazumi Nakayama - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Bárbara Santos Guedes, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Wilson Kazumi Nakayama e Carmen Ferreira Saraiva(Presidente)

Nome do relator: WILSON KAZUMI NAKAYAMA Número do processo: 11634.000123/2008-76 Turma: Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da

Segunda Seção Câmara: Segunda Câmara Seção: Segunda Seção de Julgamento
Data da publicação: Fri Oct 23 00:00:00 UTC 2020 Ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Data do fato gerador: 29/10/2007
NULIDADE DO ACÓRDÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO APRECIÇÃO DE
TODOS OS ARGUMENTOS DA IMPUGNAÇÃO A análise sucinta dos argumentos
apresentados na impugnação não significa que os mesmos não foram analisados
pela autoridade julgadora, não ensejando cerceamento de defesa.

NULIDADE. FALTA DE CLAREZA NA DESCRIÇÃO DA SUPOSTA INFRAÇÃO Não há
falta de clareza na descrição da infração quando o contribuinte extrai do
lançamento os motivos que levaram à autuação, seus fundamentos legais e
mesmo as eventuais formas pelas quais poderia corrigir a falta apurada para fins
de relevação da penalidade aplicada.

NULIDADE. INTIMAÇÃO PRÉVIA PARA CORREÇÃO DA FALTA O lançamento de
ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em
que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito
tributário.(Súmula CARF nº 46)

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS Data do fato gerador: 29/10/2007 OMISSÃO
DE FATOS GERADORES EM GFIP/GRFP. Determina a lavratura de auto-de-infração
a omissão de fatos geradores previdenciários na declaração prestada pela
empresa em GFIP/GRFP, conforme art.32, inciso IV, § 5 0, da Lei nº 8.212/91.

MULTA CONFISCATÓRIA. PENALIDADE APLICADA CONFORME PRESCRIÇÃO LEGAL
Não é confiscatória a penalidade aplicada em perfeita consonância com a
prescrição legal, não competindo à esfera administrativa apreciar alegações de
inconstitucionalidade da exigência legalmente determinada.

APLICAÇÃO DE PENALIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA.
PORTARIA PGFN/RFB Nº 14 DE 04 DE DEZEMBRO DE 2009. Na aferição acerca da
aplicabilidade da retroatividade benigna o cálculo da penalidade deve ser
efetuado em conformidade com a Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de
2009, se mais benéfico para o sujeito passivo.

Número da decisão: 2202-007.383 Decisão: Vistos, relatados e discutidos os
presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos,
em negar provimento ao recurso. (documento assinado digitalmente) Ronnie
Soares Anderson - Presidente (documento assinado digitalmente) Caio Eduardo
Zerbeto Rocha - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros:
Mario Hermes Soares Campos, Martin da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de
Lima, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Caio Eduardo Zerbeto Rocha, Leonam
Rocha de Medeiros, Juliano Fernandes Ayres e Ronnie Soares Anderson
(Presidente).

Nome do relator: JULIANA RODRIGUES DOS SANTOS

Por fim, quanto a alegação de que o lançamento foi mantido com base no art. 1º da Lei nº 13.043/14 entendendo que também não há nulidade.

De fato, o referido dispositivo legal não é aplicável ao caso em concreto, por ter sua vigência iniciada somente em 01 de janeiro de 2015. Todavia, assim como ocorrido no Termo de Verificação Fiscal, somente foi feita a referência a mudança legislativa ocorrida, sem que isso fundamentasse o lançamento e a decisão recorrida.

Assim, em que pese a decisão recorrida ter sido em sentido contrário ao buscado pela recorrente, não se vislumbra cerceamento de defesa.

I.II. DA NULIDADE DO AUTO DE LANÇAMENTO

Sustenta o recorrente a ocorrência de nulidade do auto de lançamento por manifesto erro na fundamentação legal, o que por via de consequência teria gerado erro na sistemática da tributação, da alíquota e do sujeito passivo da obrigação tributária.

Entende o contribuinte que, no caso em tela, a legislação aplicável é o art. 65 da Lei nº 8.981/95, de forma contrária ao aplicado pela fiscalização (art. 21 da Lei nº 8.981/95).

A previsão do art. 21 da Lei nº 8.981/95

O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza se sujeita à incidência do Imposto de Renda, à alíquota de quinze por cento.

Por sua vez, o art. 65 da Lei nº 8.981/95 dispõe;

Art. 65. O rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa, auferido por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, a partir de 1º de janeiro de 1995, sujeita-se à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de dez por cento.

Saliento que, conforme bem mencionado pelo recorrente, a aplicação de um, ou de outro dispositivo legal não possui tão somente como diferença a alíquota aplicada, mas também a sistemática de tributação pelo IRPF ou pelo IRRF e pela identificação do sujeito passivo, se o recorrente, ou a fonte pagadora.

Em análise do auto de lançamento, os dispositivos legais sob os quais se fundamentam o mesmo foram:

- Art. 153, III e §2º, I, da Constituição Federal c/c art. 43, II e §1º, do Código Tributário Nacional
- Artigos 117, 118, 120 a 125, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 136, 138 a 142, todos do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99); Revogados pelos Artigos 128, 129, 131 a 142, 148, 153 todos do

Decreto nº 9.580, de 22 de Novembro de 2018 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/18); °

- Art. 21 da Lei nº 8.981/95;
- Arts. 1º, 2º, 3º e §§, 16, 19, 20 da Lei nº 7.713/1988;
- Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 8º, 19, 27 e 30 da IN SRF 84/2001;
- Art. 17 da Lei nº 9.249, de 26/12/1995;
- ADI RFB nº 07 de 24/05/2007

Entendo que merece razão o recorrente quanto a alegação de erro na fundamentação legal do lançamento.

A Lei nº 8.981/1995 possui duas previsões legais distintas, sendo a primeira, prevista no art. 21, referente a todo e qualquer ganho de capital auferido por pessoas físicas decorrentes da alienação de bens e direitos de qualquer natureza, constante da Seção IV “Tributação dos Ganhos de Capital das Pessoas Físicas”.

Por outro lado, insere a previsão específica da tributação de operações financeiras no Capítulo VI e, em especial, do Mercado de Renda Fixa, na Seção I, através do disposto no art. 65.

Em que pese o caput do referido artigo seja específico com relação ao rendimento produzido por aplicação financeira, os seus parágrafos 2º e 1º versam de forma específica da incidência de Imposto de Renda na fonte nos casos de alienação, esta sendo considerada como *qualquer forma de transmissão da propriedade, bem como a liquidação, resgate, cessão ou repactuação do título ou aplicação*.

Art. 65. O rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa, auferido por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, a partir de 1º de janeiro de 1995, sujeita-se à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de dez por cento.

§ 1º A base de cálculo do imposto é constituída pela diferença positiva entre o valor da alienação, líquido do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF), de que trata a Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994, e o valor da aplicação financeira.

§ 2º Para fins de incidência do Imposto de Renda na fonte, a alienação compreende qualquer forma de transmissão da propriedade, bem como a liquidação, resgate, cessão ou repactuação do título ou aplicação.

§ 3º Os rendimentos periódicos produzidos por título ou aplicação, bem como qualquer remuneração adicional aos rendimentos prefixados, serão submetidos à incidência do Imposto de Renda na fonte por ocasião de sua percepção.

Salienta-se, aqui, se tratar o presente caso da utilização de CDBs na integralização de cotas de Fundo de Investimentos, caracterizando-se como a transmissão da propriedade dos

referidos certificados e, ainda, em uma aplicação financeira onde, através da integralização de cotas do Fundo com CDBs objetiva-se um retorno financeiro futuro.

As disposições legais acima foram complementadas pelas previsões da Instrução Normativa nº 1022/2010 e posteriormente pela Instrução Normativa nº 1585/2015.

Consta de seus preâmbulos que:

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 261 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 125, de 4 de março de 2009, e **tendo em vista o disposto** no art. 16 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, no art. 13 da Lei nº 7.766, de 11 de maio de 1989, no art. 55 da Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989, no § 14 do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, no art. 29 da Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992, nos arts. 10 e 16 a 19 da Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, **nos arts. 65 a 82 da Lei nº 8.981**

RESOLVE:

Art. 1º **Esta Instrução Normativa disciplina a cobrança e o recolhimento do imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos e ganhos auferidos nos mercados financeiros e de capitais**, por investidores residentes ou domiciliados no País e no exterior, em 3 (três) Capítulos assim dispostos:

I - o CAPITULO I dispõe sobre a tributação das aplicações em fundos de investimento de residentes ou domiciliados no País;

II - o CAPITULO II dispõe sobre a tributação das aplicações em títulos e valores mobiliários de renda fixa ou de renda variável de residentes ou domiciliados no País;

III - o CAPITULO III dispõe sobre a tributação das aplicações em fundos de investimento e em títulos e valores mobiliários de renda fixa ou de renda variável de residentes ou domiciliados no exterior.

Posteriormente, e de forma mais cristalina quanto a incidência do art. 65 no presente caso, adveio a Instrução Normativa nº 1585/2015 prevendo que:

Art. 42. Na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, fica o administrador que receber os ativos a serem integralizados responsável pela cobrança do imposto sobre a renda devido sobre o ganho de capital para cada ativo utilizado na integralização e pelo recolhimento até o 3º (terceiro) dia útil subsequente ao decêndio de ocorrência dos fatos geradores, utilizando-se o código de receita 5029.

§ 1º Em relação aos ativos financeiros sujeitos a retenção do imposto sobre a renda na fonte, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto será da instituição ou entidade que fizer o pagamento ao beneficiário final, ainda que não seja a fonte pagadora inicial.

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

5029 Ganho de Capital – Integralização de Cotas com Ativos Financeiros Ganho de capital decorrente da integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros.

As disposições Comuns às Operações de Renda Fixa e de Renda Variável da IN nº 1.022/2010 assim determinam

Art. 57. Está dispensada a retenção do imposto sobre a renda na fonte sobre rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, quando o beneficiário do rendimento declarar à fonte pagadora, por escrito, sua condição de entidade imune.

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, a entidade deverá apresentar à instituição responsável pela retenção do imposto declaração, na forma do Anexo Único, em 2 (duas) vias, assinada pelo seu representante legal.

§ 2º A instituição responsável pela retenção do imposto arquivará a 1ª (primeira) via da declaração, em ordem alfabética, que ficará à disposição da Secretaria da Receita Federal do Brasil, devendo a 2ª (segunda) via ser devolvida ao interessado, como recibo.

Ainda, consta da IN nº 1.022/2010 - *CAPITULO I - DA TRIBUTAÇÃO DAS APLICAÇÕES EM FUNDOS DE INVESTIMENTO DE RESIDENTES OU DOMICILIADO NO PAÍS.*

Seção I

Da Tributação dos Rendimentos Auferidos na Aplicação em Fundos de Investimento Regidos por Norma Geral

Art. 17. É responsável pela retenção e o recolhimento do imposto:

I - o administrador do fundo de investimento; ou

II - a instituição que intermediar recursos, junto a clientes, para aplicações em fundos de investimento administrados por outra instituição, na forma prevista em normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II, a instituição intermediadora de recursos deverá:

I - ser, também, responsável pela retenção e recolhimento dos demais impostos e contribuições incidentes sobre as aplicações que intermediar; II - manter sistema de registro e controle, em meio magnético, que permita a identificação de cada cliente e dos elementos necessários à apuração dos impostos e contribuições por

ele devidos; III - fornecer à instituição administradora do fundo de investimento, individualizado por código de cliente, o valor das aplicações e resgates, bem como o valor dos impostos e contribuições retidos; IV - prestar à Secretaria da Receita Federal do Brasil todas as informações decorrentes da responsabilidade prevista neste artigo.

§ 2º O recolhimento do imposto sobre a renda retido na fonte deverá ser efetuado até o 3º (terceiro) dia útil subsequente ao decêndio de ocorrência dos fatos geradores.

Neste sentido, considerando a previsão legal específica do art. 65 e seus parágrafos da Lei 8.981/95 sobre a tributação de alienações e rendimentos das operações financeiras, entendo que a base legal aplicada pela fiscalização (art. 21 da Lei nº 8.981/95) mostra-se incorreta. Mormente quando há no ordenamento jurídico previsão legal específica, complementada por uma Instrução Normativa (1022/2010) corroborando a determinação de uma tributação pelo Imposto de Renda Retido na Fonte.

Não há como corroborar o auto de lançamento que busca realizar a cobrança de Imposto de Renda sobre o ganho de capital quando, em verdade, se trata de uma operação sujeita ao Imposto de Renda Retido na Fonte com normas próprias.

Desta forma, acolho a preliminar no sentido de anular o auto de lançamento.

II. MÉRITO

O mérito do presente recurso possui diversos aspectos principais, com diversos argumentos cada, quais sejam:

II.I. DA NÃO TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE PERMUTA

No caso concreto, houve integralização de quotas de fundo de investimento (Positivo Fundo de Investimento Multimercado Longo Prazo Crédito Privado – Positivo FIM) com Certificados de Depósitos Bancários (CDB) do Banco Pan S.A.

Essa situação atrai o conceito de alienação veiculado no §3º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, in verbis:

Lei nº 7.713, de 1988.

Art. 3º (...)

§3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda,

permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

A fiscalização fundamenta esse procedimento também nas disposições do Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7, de 24/05/2007, publicado no DOU de 25/05/2007, abaixo transcrito:

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL SUBSTITUTO, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art.224 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 95, de 30 de abril de 2007, e tendo em vista o disposto nos arts. 3º, 16, 19 e 20 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, e no art. 23 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e o que consta do processo nº10168.001281/2007 43, declara:

Artigo único. O imposto de renda devido sobre o ganho de capital apurado na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimentos por meio da entrega de títulos ou valores mobiliários deve ser pago até o último dia útil do mês subsequente à data da integralização à alíquota de 15% (quinze por cento).

§1º Na hipótese de que trata o caput, considera-se ganho de capital a diferença positiva entre o valor de mercado dos títulos ou valores mobiliários alienados, na data da integralização das cotas, e o respectivo custo de aquisição.

§ 2º A Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante processo regular, arbitrará o valor ou preço informado pelo contribuinte, sempre que não mereça fé, por notoriamente diferente do de mercado.

Como se pode observar, esse ato normativo trata de situação idêntica à que ora se analisa, qual seja, a apuração do ganho de capital na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimentos por meio da entrega de títulos ou valores mobiliários.

Observe-se que, ao contrário do que defende o impugnante, esse ato expressamente considera como uma forma de alienação a entrega de títulos ou valores mobiliários para a integralização de cotas de fundos ou clubes de investimentos.

Registre-se ainda que não se faz ali nenhuma distinção quanto ao fato de a integralização ser feita por pessoa física ou jurídica. Nem poderia ser diferente, uma vez que não faria sentido a operação ser considerada como alienação quando se tratar de pessoa jurídica, mas ser considerada de maneira diversa quando se tratar de pessoa física.

Neste mesmo sentido trago os seguintes precedentes:

Processo nº 10469.722498/2010 00 Recurso nº Voluntário Acórdão nº 2401 006.230– 4ªCâmara/1ªTurma Ordinária Sessão de 7 de maio de 2019 Matéria IRPF – GANHO DE CAPITAL – ALIENAÇÃO DE AÇÕES/DEPÓSITO BANCÁRIO Recorrente FRANKLIN DE SÁ BEZERRA Recorrida FAZENDA NACIONAL ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF Ano - calendário: 2006 GANHO DE CAPITAL. OPERAÇÕES COM AÇÕES. INTEGRALIZAÇÃO DE QUOTAS DE

FUNDO DE INVESTIMENTO. ALIENAÇÃO. Para fins de apuração do ganho de capital é considerada alienação a operação de integralização de ações com o recebimento de quotas de fundo de investimento.

Considera-se ganho de capital a diferença positiva entre o valor de mercado dos valores mobiliários alienados, na data da integralização das quotas, e o respectivo custo de aquisição.

GANHO DE CAPITAL. VALORES MOBILIÁRIOS. CUSTO DE AQUISIÇÃO ZERO.

O custo de aquisição dos valores mobiliários alienados pela pessoa física será arbitrado em valor zero quando não possa ser determinado em razão da falta de comprovação do preço ou valor pago pelo contribuinte, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, ou pela inexistência de dados suficientes para estabelecer, na ausência daquele, o valor corrente das ações na data de sua aquisição.

GANHO DE CAPITAL. MULTA DE OFÍCIO. EXCLUSÃO. INAPLICABILIDADE. Inaplicável a exclusão da multa de ofício no lançamento de omissão de ganho de capital na integralização de quotas de fundo de investimento quando a falta de recolhimento do imposto, no caso concreto, é decorrente da própria inobservância pelo contribuinte da legislação tributária vigente à época do fato gerador.

Processo nº 10980.724012/2018-28 Recurso Voluntário Acórdão nº 2401-011.490 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária Sessão de 07 de novembro de 2023 Recorrente JOSE CARLOS GRUBISICH FILHO Interessado FAZENDA NACIONAL ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Data do fato gerador: 30/09/2013 SUSTENTAÇÃO ORAL.

A sustentação oral por causídico é realizada nos termos dos arts. 58 e 59 do Anexo II do RICARF, observado o disposto no art. 55 desse regimento.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O atendimento aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, a presença dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972 e a observância do contraditório e do amplo direito de defesa do contribuinte afastam a hipótese de nulidade do lançamento.

IRPF. GANHO DE CAPITAL. FUNDO DE INVESTIMENTO.

A integralização de quotas de fundo de investimento pela entrega de quotas de fundo de investimento configura alienação de bens ou direitos, sujeitando-se à apuração do ganho de capital, não sendo aplicável a regra do art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995, por não se tratar de integralização de capital de pessoa jurídica.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA. Não é de ser aplicada a multa de ofício agravada se o sujeito passivo atendeu as intimações da fiscalização, ainda que de forma considerada incompleta.

Desta forma, mantido o lançamento quanto a cobrança de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física nas operações de permuta.

Com relação à Solução de Consulta nº 127, de 08.05.2024, entendo que as conclusões nela constantes se identificam com as aqui apresentadas, qual seja, a incidência do art. 21 da Lei 8.981/95 no presente caso:

Solução de Consulta nº 127 Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS. GANHO LÍQUIDO. MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS. ALÍQUOTAS DISTINTAS.

A incidência do ganho de capital decorre da alienação de bens e direitos de qualquer natureza, e diferencia-se dos ganhos líquidos auferidos em alienações ocorridas nos mercados à vista, em operações liquidadas nos mercados de opções e a termo e em ajustes diários apurados nos mercados futuros. No primeiro caso, sujeitam-se ao imposto sobre a renda às alíquotas previstas no art. 21 da Lei nº 8.981, de 1995. No segundo caso, à alíquota de 15% (quinze por cento), nos termos do inciso II do caput do art. 2º da Lei nº 11.033, de 2004.

II.II. DA INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO LEGAL DE REALIZAR O APORTE DOS ATIVOS A VALOR DE MERCADO E DA INEXISTÊNCIA DE VALOR DE MERCADO À ÉPOCA DA INTEGRALIZAÇÃO

Com relação específica a obrigação legal de realizar o aporte dos ativos a Valor de Mercado a discussão cinge-se a alegação de inexistência de valor de mercado dos ativos, uma vez que inexistiria mercado à época. Entende o recorrente, com isto, que os ativos deveriam ser avaliados pelo seu valor de custo, enquanto entende a Fiscalização que os mesmos devem ser mensurados por Marcação à Mercado.

O próprio relatório fiscal afirma a necessidade de se realizar a integralização com base no valor de mercado.

Oportuno destacar que, conforme § 2º do Art. 1º do regulamento (replicado abaixo), desde sua constituição até os últimos regulamentos emitidos, o fundo é destinado a receber recursos de investidores qualificados, conforme definido pela Instrução nº 409/2004, da CVM e, por isso, admite utilização de títulos e/ou valores mobiliários na integralização de cotas. No caso em comento, os Certificados de Depósito Bancários – CDB, desde que o valor integralizado seja apurado com base no valor de mercado. Não é, portanto, uma opção!

Está descrito, literalmente, no regulamento replicado abaixo: (títulos de renda fixa). (Art. 1º §3º, b / Art. 16º § 4º, II).

Referida exigência consta expressamente do Regulamento do Fundo de Investimento em seu art. 16º, 4º, II

II. A integralização das cotas do FUNDO poderá ser realizada, desde que o valor a ser integralizado seja apurado com base no preço de mercado dos títulos e valores mobiliários utilizados na integralização.

Conforme afirma o recorrente em sua peça recursal, de fato a integralização foi realizada pelo valor de custo, tendo sido corrigido posteriormente o valor de mercado utilizando-se da marcação à mercado:

“Assim, na presente situação, os títulos (CDBs) do Sr. ADALBERTO foram incorretamente entregues, para integralização de cotas no fundo, em 29/12/2014, pelo valor de custo, conforme boletins de subscrição (Doc075). Tal erro foi corrigido no dia seguinte ao da integralização, 30/12/2014, quando os CDBs foram corretamente avaliados a valor de mercado, pelo administrador, conforme nota técnica apresentada (Doc076/099/107) e conforme veremos no tópico 5 ‘Valor de Mercado’.” (fl. 25 do TVF – g.n.)

Com relação a tal fato, o Fundo de investimento em Doc. de fls 76, ao utilizar a Marcação à Mercado é clara ao afirmar que não levou em consideração qualquer disputa judicial referente ao ativo em relação a taxa de remuneração praticada, pois não há parâmetro, norma ou precedente existente para um banco líquido deixar de pagar uma obrigação por acreditar que a taxa de juros estava elevada.

Tal fato mostra-se relevante uma vez que restou desconsiderado pela fiscalização quando afirmou no Termo de Verificação Fiscal que:

Como à época não havia um mercado balizador para os CDBs integralizados, o administrador do fundo, utilizando critérios matemáticos conforme determina a CVM e conforme esclarecido na nota técnica avaliou os CDBs por R\$ 185.685.543,67, com base no spread de crédito esperado para CDBs de mesmo prazo e na interpolação da curva de juros futuro.

Ou seja, se houvesse um mercado ativo para os CDBs ele estaria pagando algo em torno de R\$ 185.685.543,67 pelos títulos (que na data valiam, pela curva, R\$ 108.617.782,86) para receber em seus vencimentos a totalidade de R\$ 414.510.650,82 (Doc076/107).

Restringe-se, assim, a discussão sobre os cálculos se utilizarem do valor de custo, do valor decorrente de Marcação à Mercado, ou se do valor de mercado do título.

Entendo, neste caso, não ser cabível a utilização do valor de custo, considerando a previsão expressa do Fundo no sentido de que a integralização somente poderia ocorrer com base no preço de mercado dos títulos.

Com isso, resta analisar a possibilidade de se utilizar os critérios matemáticos de marcação a mercado, ou o valor de mercado do título.

Quanto a marcação à mercado, o próprio fundo de investimento afirma de forma expressa que desconsiderou qualquer disputa judicial referente ao ativo o que, a meu ver, mostra-se manifestamente equivocado, especialmente em se tratando de uma disputa judicial que impacta diretamente na liquidez e valor de negociação do título.

Isto porque, o próprio banco emissor (Banco PAN) ajuizou ação cautelar e ação ordinária para questionar a validade e eficácia dos CDBs, tendo sido inclusive vedada a negociação ou transferência dos títulos, tendo sido autorizado somente em sede de Agravo de Instrumento que obrigou a informação sobre discussão judicial sobre o título:

Isso faz com que se possa permitir o resgate dos 4 (quatro) CDBs bloqueados, bem como a negociação dos CDBs ainda não vencidos, mantendo-se apenas o controle das eventuais negociações pelo CETIP (acrônimo para Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos, CETIP S.A.), que cientificará os envolvidos em cada negociação, evitando-se futura alegação de ignorância da pendência existente sobre tais títulos por terceiros.” (fl. 24 da decisão)

Tal fato, de forma inconteste, impacta no valor de mercado do título uma vez que há um gravame judicial sobre os títulos negociados.

Os valores apurados pela fiscalização partiram, conforme TVF, dos mesmos parâmetros adotados pelo Fundo, ou seja, desconsiderando a judicialização das CDBs;

Considerando-se que o administrador apurou o valor de mercado dos CDBs em 30/12/2014, foi necessário refazer os cálculos, com as mesmas premissas usadas. Por meio de procedimento de diligência aberto junto a ICLA, administradora do fundo desde sua constituição até 12/04/2017, obtivemos a planilha utilizada para os cálculos, que se encontra no anexo “MTM_CDB_PAN_Original” (Doc099 e 107).

Para correta interpretação da planilha importante analisar o Doc095.

Com base nela criamos a planilha “MTM_CDB_PAN_Ref_291214” (Doc107), com data focal de 29/12/2014, com as mesmas premissas consideradas na planilha original. Obtivemos, assim, todos os valores de referência (tais como CURVA do PAPEL, VALOR MTM – Mercado etc.) para apuração correta do fato gerador do imposto devido sobre o ganho de capital.

Para chegar aos valores de mercado em 29/12/2014, basicamente alteramos a data base da planilha “MTM”. Na planilha “Curva atual” mudamos a data atual para 29/12/2014. Alteramos a data de referência dos ajustes de cada contrato de DI futuro, de 30/12/2014 para 29/12/2014, utilizando a série histórica obtida na BM&F.

Com isso a planilha interpolou os contratos de DI futuro (chegando a novas taxas de DI futuro ou Curva Futura de Juros e foram aplicados os mesmos spread de crédito.

Os ajuste de DI utilizados nos dias 30/12/14 e 29/12/14 e que serviram de base para a interpolação da curva de juros e conseqüentemente das taxas efetivas

MTM podem ser confirmados no site da BMF no seguinte link selecionando a data de referência e a mercadoria “DI DE 1 dia” :

Desta forma, a adoção de critérios matemáticos para apuração do valor do título, que não considerem o principal aspecto do mesmo, qual seja, a existência de discussão judicial capaz de restringir sua circulação e liquidez, não serve como forma de apuração do valor de mercado.

Da mesma forma que a fiscalização realizou os ajustes que entendeu necessário para apuração do tributo devido, discordando do cálculo realizado pelo Fundo de Investimento, deveria também ter considerado o aspecto de disputa judicial das CDB, que de forma direta impacta em seu valor de mercado. Tanto é assim que restou consignado expressamente pelo Fundo que o mesmo deixou de considerar tal aspecto.

O valor de mercado, exigido no Regulamento do Fundo de Investimento em seu art. 16º, 4º, II deverá ser apurado e observado.

O fato de o título em específico não ser negociado em mercado, não impede sua valoração de mercado. O Banco Central do Brasil em Circular nº 3086 (art. 2º, §1º, I) estabelece critérios para registro e avaliação contábil de títulos e valores mobiliários, prevendo hipótese de apuração de valor de mercado:

Art. 2º Os títulos e valores mobiliários classificados nas categorias referidas no artigo anterior, incisos I e II, **devem ser ajustados pelo valor de mercado**, no mínimo por ocasião dos balancetes e balanços, computando-se a valorização ou a desvalorização em contrapartida:

Parágrafo 1º Para fins do ajuste previsto no caput, **a metodologia de apuração do valor de mercado é de responsabilidade da instituição e deve ser estabelecida com base em critérios consistentes e passíveis de verificação, que levem em consideração a independência na coleta de dados em relação às taxas praticadas em suas mesas de operação, podendo ser utilizado como parâmetro:**

I - o preço médio de negociação no dia da apuração ou, quando não disponível, o preço médio de negociação no dia útil anterior;

II - o valor líquido provável de realização obtido mediante adoção de técnica ou modelo de precificação;

III - **o preço de instrumento financeiro semelhante, levando em consideração, no mínimo, os prazos de pagamento e vencimento, o risco de crédito e a moeda ou indexador.**

Ainda, **a Instrução CVM nº 438/2006 que aprova o Plano Contábil dos Fundos de Investimentos assegura a avaliação à valor de mercado e determina critérios para avaliação nas hipóteses ausência de mercado de negociação do ativo:**

Disposições Gerais 1 – Os ativos integrantes das carteiras dos fundos de investimento devem ser registrados pelo valor efetivamente contratado ou pago,

e ajustados, diariamente, ao valor de mercado, reconhecendo-se contabilmente a valorização ou a desvalorização em contrapartida à adequada conta de receita ou despesa, no resultado do período.

2 – Considera-se preço de mercado o valor que se pode obter com a negociação do título ou valor mobiliário em um mercado ativo, em que comprador e vendedor sejam independentes, sem que corresponda a uma transação compulsória ou decorrente de um processo de liquidação. Por sua vez, define-se mercado como aquele em que o ativo é negociado de maneira habitual e frequente, devendo ser selecionado, dentre os eventuais mercados disponíveis, aquele em que ocorrer o maior volume de negociações do ativo.

3 – Na ausência de mercado de negociação para um determinado ativo, sua contabilização deve ser feita utilizando-se um dos critérios abaixo:

a) pelo valor que pode se obter com a negociação de outro ativo de, no mínimo, natureza, prazo, risco e indexadores similares;

b) pelo valor presente dos fluxos de caixa futuros a serem obtidos, ajustados com base na taxa de juros vigente no mercado, na data da demonstração contábil; ou

c) pelo valor líquido de realização obtido por técnica ou modelo matemático-estatístico de precificação.

Desta forma, a apuração de eventual montante devido à título de IRPF deverá levar em consideração o valor de mercado do título podendo, eventualmente, o mesmo ser igual a zero, a depender do risco de crédito existente e a aceitação do mesmo em mercado.

Na hipótese de ausência de mercado ativo, como sustenta o recorrente, deve ser observado os critérios previstos pela CVM para determinação do valor de mercado, conforme hipóteses a, b e c acima elencados.

Salienta-se que a Marcação à Mercado não consta das hipóteses de critério para determinação de valor de mercado, inviabilizando a apuração dos valores realizados no presente processo administrativo.

Ainda que se cogite pela utilização de Marcação à Mercado para apuração dos valores das CDBs, registro a real necessidade de incluir a judicialização das CDBs no critério de risco inerente ao cálculo.

Assim, entendo ser necessária a valoração das CDBs à valor de mercado, como previsto expressamente no regulamento do Fundo de Investimento em seu art. 16º, 4º, II, levando em consideração os requisitos previstos no Ofício Circular nº 3.086 do Banco Central do Brasil e em observância ao disposto na Instrução CVM nº 438/2006.

Conclusão.

Ante o exposto, acolho a preliminar de nulidade do lançamento por erro na fundamentação legal e, no mérito, dou provimento ao recurso para anular o lançamento por erro nos critérios de apuração.

Assinado Digitalmente

João Ricardo Fahrion Nüske

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Marcus Gaudenzi de Faria, redator designado

Preliminares de Cerceamento de Defesa

Tais preliminares foram devidamente afastadas pelo Conselheiro Relator, sem qualquer reparo ou complementação necessária

Preliminares de Nulidade

Em que pese as, como de praxe, muito bem lançadas razões apresentadas pelo eminente relator, ousou discordar da tese apresentada pela recorrente, que sustenta a ocorrência de nulidade do auto de lançamento por manifesto erro na fundamentação legal, o que por via de consequência teria gerado erro na sistemática da tributação, da alíquota e do sujeito passivo da obrigação tributária. Repiso que a questão central reside na aplicação dos artigos a seguir mencionados

Entende o contribuinte que, no caso em tela, a legislação aplicável é o art. 65 da Lei nº 8.981/95, de forma contrária ao aplicado pela fiscalização (art. 21 da Lei nº 8.981/95).

A previsão do art. 21 da Lei nº 8.981/95

O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza se sujeita à incidência do Imposto de Renda, à alíquota de quinze por cento.

Por sua vez, o art. 65 da Lei nº 8.981/95 dispõe;

Art. 65. O rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa, auferido por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, a partir de 1º de janeiro de 1995, sujeita-se à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de dez por cento.

Neste ponto, conforme mencionado pelo recorrente, a aplicação de um, ou de outro dispositivo legal **não possui tão somente como diferença a alíquota aplicada**, mas também a sistemática de **tributação pelo IRPF ou pelo IRRF e pela identificação do sujeito passivo**, se o recorrente, ou a fonte pagadora.

Em análise do auto de lançamento, os dispositivos legais sob os quais se fundamentam o mesmo foram:

- Art. 153, III e §2º, I, da Constituição Federal c/c art. 43, II e §1º, do Código Tributário Nacional
- Artigos 117, 118, 120 a 125, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 136, 138 a 142, todos do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99); Revogados pelos Artigos 128, 129, 131 a 142, 148, 153 todos do Decreto nº 9.580, de 22 de Novembro de 2018 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/18); °
- **Art. 21 da Lei nº 8.981/95; (grifei)**
- Arts. 1º, 2º, 3º e §§, 16, 19, 20 da Lei nº 7.713/1988;
- Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 8º, 19, 27 e 30 da IN SRF 84/2001;
- Art. 17 da Lei nº 9.249, de 26/12/1995;
- ADI RFB nº 07 de 24/05/2007

No caso em discussão, houve a integralização de quotas de fundo de investimento (Positivo Fundo de Investimento Multimercado Longo Prazo Crédito Privado – Positivo FIM) com Certificados de Depósitos Bancários (CDB) do Banco Pan S.A

Essa situação atrai o conceito de alienação veiculado no §3º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, *in verbis*:

Lei nº 7.713, de 1988.

Art. 3º (...)

§3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem **alienação, a qualquer título, de bens ou direitos** ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

A autoridade lançadora fundamentou tal procedimento também nas disposições do Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7, de 24/05/2007, publicado no DOU de 25/05/2007, a seguir transcrito:

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL SUBSTITUTO, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art.224 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 95, de 30 de abril de 2007, e **tendo em vista o disposto nos arts. 3º, 16, 19¹ e 20 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988**, e no art.

¹ Art. 19. Valor da transmissão é o preço efetivo de operação de venda ou da cessão de direitos, ressalvado o disposto no art. 20 desta Lei.

Parágrafo único. Nas operações em que o valor não se expressar em dinheiro, o valor da transmissão será arbitrado segundo o valor de mercado.

Art. 20. A autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará o valor ou preço, sempre que não mereça fé, por notoriamente diferente do de mercado, o valor ou preço informado pelo contribuinte, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial

23² da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e o que consta do processo nº10168.001281/200743, declara:

Artigo único. **O imposto de renda devido sobre o ganho de capital apurado na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimentos por meio da entrega de títulos ou valores mobiliários deve ser pago até o último dia útil do mês subsequente à data da integralização à alíquota de 15% (quinze por cento).**

§1º Na hipótese de que trata o caput, **considera-se ganho de capital a diferença positiva entre o valor de mercado dos títulos ou valores mobiliários alienados, na data da integralização das cotas, e o respectivo custo de aquisição.**

§ 2º **A Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante processo regular, arbitrará o valor ou preço informado pelo contribuinte, sempre que não mereça fé, por notoriamente diferente do de mercado**

Como se pode verificar dos pontos acima destacados, esse ato normativo trata de situação análoga à que ora se analisa, qual seja, a apuração do ganho de capital na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimentos por meio da entrega de títulos ou valores mobiliários.

Observe-se que, ao contrário do que defende o ora recorrente, esse ato expressamente considera como uma forma de alienação a entrega de títulos ou valores mobiliários para a integralização de cotas de fundos ou clubes de investimentos.

Registre-se ainda que não se faz ali nenhuma distinção quanto ao fato de a integralização ser feita por pessoa física ou jurídica. Nem poderia ser diferente, uma vez que não faria sentido a operação ser considerada como alienação quando se tratar de pessoa jurídica, mas ser considerada de maneira diversa quando se tratar de pessoa física

Para corretamente **entendermos a possibilidade de aplicação do Artigo 65 ao caso em tela, seria necessário que o recorrente realizasse, se prevista, a liquidação antecipada (possibilidade existente para determinados tipos de CDB³) do CDB e posteriormente, com o valor recebido, seria feita a integralização no fundo de investimento desejado.**

Portanto, para o caso analisado, quanto ao art. 65 da Lei nº 8.981/95 considero não aplicável as hipóteses de integralização de quotas de fundo de investimento, como no caso em concreto. Ao integralizar os CDBs no fundo **houve a transmissão da propriedade de ativos, sendo comprovada esta transmissão através do Boletim de Subscrição de 23.12.2014, não se tratando de rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa.**

² Vincula-se diretamente a caso de Incorporação, Fusão e Cisão

³ CDBs são títulos emitidos pelos Bancos para a captação de recursos junto aos clientes, proporcionando-lhes rentabilidade durante um prazo previamente combinado, e segundo determinadas condições definidas no ato da aplicação. Se previsto em contrato, podem ser liquidados antecipadamente, situação em que a incidência de Imposto de Renda ocorre somente no resgate ou no vencimento, conforme a Tabela Regressiva. Por se tratar de um título, o CDB pode ser negociado, mediante transferência.

Desse modo, tendo ficado claro que o caso em análise corresponde exatamente à situação prevista no Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7, de 24/05/2007, e tendo o ganho de capital e respectivo imposto de renda sido apurado em consonância com suas disposições, não há reparos a fazer no procedimento fiscal a esse respeito.

Neste sentido que considero escoreita e válida a aplicação do disposto no art. 21 da Lei nº 8.981/95, que, ainda que genérico, em conjunto com os demais dispositivos legais trazidos no Auto de Lançamento corresponde aos fatos narrados no Termo de Verificação Fiscal

Do mérito

O mérito do presente recurso possui diversos aspectos principais, com diversos argumentos cada, quais sejam:

- a) a não tributação das Operações de Permuta, afastada no voto do Conselheiro Relator
- b) Inexistência de Disponibilidade para incidência de IRPF no momento do aporte;

Da Alegação de Inexistência de Disponibilidade que Suporte a Incidência de IRPF no Momento do Aporte

Neste item, adoto como razão de decidir o fundamento da decisão recorrida, conforme voto condutor a seguir transcrito,

O Impugnante alega que “enquanto não houver o resgate da participação que detém no fundo de investimento, eventual ganho não possui a necessária disponibilidade jurídica que pressupõe a sua tributação”.

Ocorre que como já explanado, a apuração do ganho de capital considera as operações que importem em alienação a qualquer título, ou seja, envolve toda e qualquer transmissão de bens ou direitos para outrem e, sendo assim, **o conceito de alienação também envolve a integralização de cotas em fundos de investimento, uma vez que ela, na esteira de outros contratos listados no § 3º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 1988, também implica a transferência de um bem ou direito para o domínio de outrem.**(grifei)

Desta forma não pode a autoridade administrativa se abster de apurar e cobrar o imposto incidente sobre o ganho de capital visto que é a Lei que exige que nestas operações, quais sejam, na integralização de cotas de fundos de investimentos por meio da entrega de ativos financeiros, que se apure o imposto sobre o ganho de capital (vide o art. 1º da Lei 13.043, de 13 de Novembro de 2014).

O exposto acima também vale para a alegação de que o aporte dos CDB levado a efeito assemelha-se a uma permuta e que, em tal caso, inexistiria realização de qualquer ganho passível de tributação

Como bem destacado pelo relator na análise das questões preliminares, a menção à lei 13.043/2014 pelo julgador de piso em nada atinge o cerne da discussão, dada a correta fundamentação da autuação.

Inexistência de Obrigação Legal de Realizar o Aporte dos Ativos a Valor de Mercado e da inexistência de valor de mercado à época da Integralização

Acerca deste item, para melhor explicitar nossa divergência em relação ao detalhado voto do conselheiro relator, transcrevo o voto condutor do acórdão recorrido:

De acordo com o exposto no Termo de Verificação Fiscal, não obstante o Impugnante entenda que a integralização dos ativos na carteira do fundo deveria se dar pelo valor de aquisição, porquanto entende que era o único valor mensurável naquele momento, o regulamento do fundo exige que o valor a ser integralizado seja apurado com base no preço de mercado de títulos e valores mobiliários. Assim, tendo em vista o fato de que os títulos não possuíam mercado secundário com liquidez imediata e de que as taxas pactuadas na data de emissão do ativo estavam sendo questionadas judicialmente, a NSG Capital precificou o ativo de acordo com os critérios e parâmetros expressos no Manual de Marcação a Mercado – Manual de MaM.

De fato, os conceitos de valor de mercado e marcação a mercado são conceitos distintos, entretanto, uma vez que não havia mercado secundário com liquidez imediata para a avaliação e que era necessário, como consta do TVF, que se precificasse os ativos, utilizou-se de critérios e parâmetros expressos no Manual de MaM.

As considerações a respeito da marcação a mercado feitas pelo Impugnante não alteram a necessidade de se valorar os títulos no momento da integralização ao fundo de investimento e, como bem citado no TVF pela autoridade fiscal, o legislador ao definir o fato gerador do imposto não se reportou à disponibilidade financeira, e sim à disponibilidade econômica ou jurídica (art. 43 do CTN).

Como exposto no TVF, na ausência de mercado balizador para os CDBs integralizados, o administrador do fundo, utilizando critérios matemáticos conforme determina a CVM e conforme esclarecido na nota técnica avaliou os CDBs por R\$ 185.685.543,67, com base no spread de crédito esperado para CDBs de mesmo prazo e na interpolação da curva de juros futuro. (grifei)

Ou seja, se houvesse um mercado ativo para os CDBs ele estaria pagando algo em torno de R\$ 185.685.543,67 pelos títulos que na data valiam, pela curva, R\$ 108.617.782,86. Portanto, um valor expressivamente maior que o valor na curva.

As cotas dos fundos de investimento são marcadas a mercado para que os cotistas recebam a remuneração correta no resgate, sem que haja transferência de lucro ou prejuízo entre eles. Ela garante que as cotas sejam sempre negociadas por seu valor de mercado. Esse é o fundamento maior para justificar a marcação a mercado de ativos integralizados em um fundo. (Grifei)

O cálculo da cota de um fundo leva em conta o preço de mercado de cada ativo que compõe sua carteira. Somam-se os valores diários de todos os ativos da carteira e divide-se o resultado pelo número de cotas.

Ressalte-se que a marcação a mercado existe para que os cotistas do fundo obtenham a mesma rentabilidade independentemente do momento em que seja feita a aplicação naquele fundo ou de qualquer alteração nas taxas de juros do mercado.

Independentemente de ter um mercado líquido ou não, a marcação a mercado deve existir, pois nesses casos deve-se adotar critérios matemáticos para se ter uma estimativa adequada de preço que o ativo teria em uma eventual negociação feita no mercado. Este foi o procedimento correto adotado pelo administrador do fundo e que deveria ter sido adotado pelo Impugnante na ocasião.

Em relação ao argumento de que não aceitando as razões expostas, o único valor pelo qual a Autoridade Fiscal poderia sustentar o presente lançamento fiscal seria com base no valor da curva do papel, consigna-se que se deve levar em consideração o cálculo efetuado pelo administrador do fundo à época, que se utilizou do spread de crédito esperado para CDBs do mesmo prazo e a interpolação da curva de juros futuro.

Ressalte-se que o Fisco não está a alterar a realidade dos fatos, inversamente quem o faz é o Impugnante que, ao ver seu pleito não acatado, pretende aplicar ao caso a sistemática que lhe seja mais benéfica.

Sobre a alegação de que o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 07/2007 carece de embasamento legal, insta destacar que enquanto vigente deve ser cumprido pela administração por força do ato administrativo vinculado.

Importante destacar que, diferente da pretensão da recorrente, a inexistência de um mercado balizador para um título não decorre de qualquer depreciação do mesmo. No caso em tela significa tratar-se de um fundo diferenciado, criado para atender demanda de clientes prestigiosos atendidos pelas instituições financeiras⁴. Para tanto, conforme explicitado no acórdão recorrido e destacado nos excertos do relatório fiscal (TVF)a seguir, observaremos que tal questão fora devidamente enfrentada ainda na etapa de lançamento:

Adotando a equivocada premissa de que os ativos (CDBs) de emissão do Banco Pan, descritos na tabela abaixo e integralizados no fundo em 29/12/2014, seriam diferentes dos demais ativos de crédito registrados no ambiente de negociação da CETIP - já que, além de não possuírem mercado secundário com liquidez imediata, eram pré-fixados com taxas de emissão questionadas na justiça pelo emissor dos CDBs (Ação Cautelar nº 0227667-85.2011.8.26.011 e Ação Ordinária nº 0105657-05.2012.8.26.0100 em tramite na 19ª Vara Civil de SP) - o contribuinte integralizou-os, repita-se, equivocadamente, pelo custo de aquisição, conforme declarado nos boletins de subscrição em anexo (Doc075).

⁴ Denominados Investidores Qualificados, conforme INSTRUÇÃO CVM N.º 409, DE 18 DE AGOSTO DE 2004. Conforme extrato do relatório fiscal destacamos: **“Dessa maneira o contribuinte, investidor qualificado, conforme determina os incisos VI a IX do Art. 8º e Art. 9º do regulamento do fundo, antes de decidir efetuar as aplicações: tinha ciência de todos os riscos e repercussões tributárias envolvidas nas integralizações ocorridas”**

Não obstante a declaração do cliente, expressa no referido boletim de subscrição, o administrador do fundo, conforme determina a Instrução CVM nº 438 de 12/07/2006, o próprio regulamento do fundo e o manual de marcação a mercado, precificou, como deveria, os referidos ativos a valor de mercado (Tópico 5.4): (Doc076/099/107).

Em virtude disso, o Sr. Adalberto deixou de efetuar o recolhimento do ganho de capital obtido nesta integralização, cuja base de cálculo seria a diferença positiva entre o valor de mercado, em 29/12/2014, dos CDBs integralizados e seus respectivos custos de aquisição. Dando continuidade, em 23/10/2015, já após a integralização dos CDBs, foi elaborado um 6º regulamento, sem repercussões, cujo objeto era mudança do nome da NSG CAPITAL para ICLA TRUST que desde a constituição até 13/04/2017 foi a administradora do fundo. (Doc012)

(...)

Reforçando ainda mais o exposto, analisaremos o disposto no boletim de subscrição, assinado pelo, INVESTIDOR QUALIFICADO, Sr. Adalberto em 23/12/2014 (Doc075): Ora, ao assinar o boletim de subscrição (Do075), o contribuinte declara, no item (i) do termo de adesão, que os CDBs integralizados estavam LIVRES E DESEMBARAÇADOS DE QUAISQUER ONUS, REINVIDICAÇÕES, OPÇÕES, DIREITOS SOBRE OPÇÕES, ENCARGOS OU GRAVAMES DE QUALQUER NATUREZA. **E, então, de maneira totalmente infundada, durante todo procedimento fiscal, justifica o não recolhimento em virtude de suposta iliquidez e conseqüente valor de mercado “nulo” causada por uma discussão judicial?** Fato no mínimo curioso. (grifei)

Dadas tais considerações, cabe aqui buscar informação trazida pelo recorrente, de que o banco emissor (Banco PAN) ajuizou ação cautelar e ação ordinária para questionar a validade e eficácia dos CDBs, tendo sido inclusive vedada a negociação ou transferência dos títulos, tendo sido autorizado somente em sede de Agravo de Instrumento que obrigou a informação sobre discussão judicial sobre o título:

Isso faz com que se possa permitir o resgate dos 4 (quatro) CDBs bloqueados, bem como a negociação dos CDBs ainda não vencidos, mantendo-se apenas o controle das eventuais negociações pelo CETIP (acrônimo para Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos, CETIP S.A.), que cientificará os envolvidos em cada negociação, evitando-se futura alegação de ignorância da pendência existente sobre tais títulos por terceiros.” (fl. 24 da decisão)

Tal fato, de forma inconteste, tal situação impactaria no valor de mercado do título uma vez que há um gravame judicial sobre os títulos negociados.

Conforme destaca a própria recorrente, quando da valoração, a avaliação feita pela ICLA Trust DTVM S.A. **para fins meramente regulatórios não poderia ser aceita como valor de mercado desses títulos.**

Ademais, cabe destacar que, na nota técnica da avaliação feita para fins de marcação a mercado, foi devidamente alertado que não se levou em consideração, naquela ocasião, a disputa judicial existente em relação à taxa de remuneração dos CDB

Entretanto, é fato incontestável que, sem levar em consideração a disputa judicial, os CDBs foram precificados⁵ na data de 30/12/2014 pela NSG CAPITAL e o recorrente recebeu as cotas correspondentes a tal precificação.

Inclusive destaca a autoridade lançadora no TVF que, no vencimento dos títulos, os debatidos CDBs mencionados (que tiveram a titularidade transferida quando da integralização das cotas do fundo de investimento) foram precificados e aceitos, de acordo com as notas de negociação (item 14 do quadro) juntadas no item 6 do TVF, foram normalmente liquidados.

Se, na contabilização para a conversão em cotas do fundo, com base nos normativos, foram precificados na data de 30/12/2014, o auditor fiscal, utilizando-se da mesma técnica (descrita em minúcias no item 5 do TVF), em respeito aos normativos já destacados no processo, realizou a regressão para a data de 29/12/2014, onde obteve um valor a menor da ordem de R\$ 99.007,37 (diferença de precificação para um dia).

Descabida pois a alegação, com fundamento em argumentos que não foram metrificados quando da precificação dos ativos para a integralização (e é este o momento determinado para a incidência da tributação) por parte do recorrente, de sorte que os mesmos não podem ser utilizados como fundamento para negar um ganho de capital que de fato ocorreu.

Neste contexto, considerando a metodologia utilizada correta e aderente ao ganho de capital tributado, com a devida vênia, entendo pois desnecessário a realização de nova precificação, uma vez que vislumbro plenamente atendidos (vide TVF item 5) os dispositivos das Instruções da CVM citadas, de sorte que nada resta a prover que promova alteração no acórdão recorrido.

Adicionalmente, apenas para fins de esclarecimento, em relação à informação trazida pela recorrente acerca de recolhimento de IR Fonte, conforme disposto no artigo 28 da Lei 14.754/2023, destaco tratar-se de tributação sobre os rendimentos de aplicação em fundos, que não se confundem com o tema em análise neste recurso voluntário.

Conclusão.

⁵ VIDE RESOLUÇÃO CGPC Nº 04 , DE 30 DE JANEIRO DE 2002/ Vide Instrução CVM 438/2006

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso voluntário, afastando as preliminares suscitadas ainda não afastadas pelo relator e, no mérito, negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Marcus Gaudenzi de Faria

Redator designado

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Matheus Soares Leite

Aproveito a oportunidade de manifestar minha declaração de voto, com o intuito de agregar elementos ao voto proferido pelo Ilmo. Relator.

Pois bem!

Em relação ao mérito, entendo que assiste razão ao recorrente.

A começar, cabe pontuar que da análise dos documentos constantes nos autos, extrai-se a conclusão de que a operação questionada pela fiscalização, qual seja, a integralização de quotas do Positivo FIM com CDBs (títulos de renda fixa) emitidos pelo Banco Pan, pelo seu valor de custo, não promoveu nenhuma alteração na situação patrimonial do recorrente, tendo havido tão somente uma "troca" de ativos.

Na integralização de cotas em um fundo de investimento com a entrega de bens pelo seu custo de aquisição, ocorre um fenômeno semelhante ao das permutas. Os ativos integralizados podem ter um custo inferior ao valor de mercado, mas esse ganho é apenas potencial e não tributável até que haja o resgate das cotas por um valor superior ao custo. Portanto, trata-se de um ganho não realizado. Apenas haverá ganho de capital quando o preço for superior ao custo de transição, de modo que, tendo sido o bem recebido registrado pelo mesmo valor do bem dado em troca, mantendo-se o custo de aquisição, não há ganho de capital e, portanto, não há exigência de Imposto de Renda.

Sobre o tema, confira-se a seguir os valiosos ensinamentos de Ricardo Mariz de Oliveira, em livro intitulado Incorporação de ações no direito tributário (São Paulo: Quartier Latin, 2014), e cuja **ratio entendo ser inteiramente aplicável ao caso dos autos:**

[...] Todos estes aspectos em torno de valores nos fazem retornar ao conceito de causa, que nos ajuda a compreender que na permuta, negócio jurídico autônomo e tipificado, as partes não buscam necessariamente este ou aquele valor, pois a causa do mesmo é a troca de coisa por coisa, nele existindo duas obrigações contrárias cujos objetos são sempre coisas, o que confere ao contrato seu caráter sinalagmático.

Portanto, nesse contrato, independentemente do valor das coisas trocadas, a causa se manifesta pela troca 'res' por 'res', e não 'res' por 'pretium', e, mesmo quando as partes procuram equalizar valores, tal equalização não representa a fixação de um preço, mas a verificação de valores com vistas à comutatividade das obrigações recíprocas.

Na permuta pode ocorrer que a valorização dos bens acabe não sendo expressa no respectivo instrumento contratual, mas nada impede a declaração de valores, assim como pode ocorrer que seja necessário identificá-los para efeito de incidência de tributos sobre a transmissão da propriedade. De todo modo, de permuta se tratará, e ganho não haverá.

Já na incorporação de ações, ato jurídico distinto mas em que, por sua substância jurídica, para o acionista o fenômeno (efeito) patrimonial é o mesmo verificado na permuta, a atribuição de valor às ações é requisito do ato, como vimos pelos dispositivos legais que o disciplinam. Porém, a fixação do valor do aumento de capital e da suficiência da quantidade de ações incorporadas não representam a fixação de um preço para estas, mas avaliação para os específicos fins societários, nem mesmo se confundindo com os fundamentos econômicos de ágios e deságios, fixados no art. 20 do Decreto-lei nº 1598 para outras finalidades tributárias, inclusive porque na incorporação de ações os critérios de avaliação são livremente eleitos, requerendo a lei que o protocolo de incorporação apenas indique qual tenha sido o adotado no caso concreto (Lei n. 6404, art. 224, inciso III).

Destarte, tal e qual na permuta, a troca de coisa por coisa (ação incorporada por ação emitida no ato) não acarreta para o acionista a realização do valor atribuído à suas ações, na mesma medida em que na permuta não há realização de qualquer ganho pelo simples fato de haver identificação de valores dos bens permutados.

Apenas se trata de troca de objetos pelo mesmo custo daquele que foi dado.

Nem há como ser diferente.

A admitir como procedente a exação consubstanciada no presente lançamento há que se reconhecer como decorrência lógica, ao arrepio da legislação de regência, que juridicamente, poderia haver realização de hipótese de incidência do Imposto de Renda mesmo não tendo ocorrido acréscimo patrimonial, bem como que o aspecto temporal do tributo seria antecipado para o momento da troca.

Cabe pontuar, pois, que a **Lei nº 7.713, de 1988, em seu art. 2º, determina que o Imposto de Renda da Pessoa Física é devido pelo regime de caixa, à medida que o ganho de capital for percebido**. E a partir da Lei nº 7.713/88, é que se extrai a regra matriz do art. 38, parágrafo único, do RIR/99, que dispõe sobre o regime de tributação das pessoas naturais: “Os rendimentos serão tributados no mês em que forem recebidos, considerado como tal o da entrega de recursos pela fonte pagadora, mesmo mediante depósito em instituição financeira em favor do

beneficiário.” No mesmo sentido dispõe o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 9.250/95: “O imposto de que trata este artigo será calculado sobre os rendimentos efetivamente recebidos em cada mês”.

Assim, a legislação em vigor é suficientemente clara ao fixar, quanto ao aspecto temporal, que o IRPF deve ser balizado pelo regime de caixa, de modo que, **se não houve nenhum pagamento, na data do fato gerador considerado pela autoridade fiscal lançadora, este não pode ser considerado como percebido pelo Contribuinte, em respeito ao Princípio da Entidade, pois não ingressou em sua disponibilidade jurídica ou econômica, não implicando em fato gerador do Imposto de Renda. A tributação desses rendimentos, quando for o caso, depende da efetiva entrega dos valores ao contribuinte.**

Significa dizer, pois, que o ganho de capital está diferido para o momento em que o contribuinte efetivamente alienar os seus bens (cotas do fundo de investimento). Somente nesta ocasião é que o tributo passa a ser devido pelo contribuinte em homenagem à regra geral do regime de caixa aplicável às pessoas físicas. Trata-se de harmonizar a regra geral prevista em inúmeros diplomas legais (aplicação do regime de caixa para as pessoas físicas) com a implementação da faculdade outorgada pela IN SRF 84/01 (a pessoa física pode optar pela adoção do valor histórico ou qualquer outro valor distinto para fins de apuração de eventual ganho de capital).

O Ato Declaratório Interpretativo nº 07/2007, utilizado pela fiscalização para fundamentar a exigência consubstanciada no presente Auto de Infração, sob o pretexto de apenas interpretar os dispositivos contidos nas Leis n.º 7.713/88 e 9.249/95, findou por incorrer em patente ilegalidade, tendo em vista que desbordou de suas respectivas raias de competência, veiculando, em realidade, novas obrigações tributárias não previstas nos diplomas legais interpretados. É de se ver o seu teor, conforme abaixo transcrito:

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL- SUBSTITUTO, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 224 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 95, de 30 de abril de 2007, e tendo em vista o disposto nos arts. 3º, 16, 19 e 20 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, e no art. 23 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e o que consta do processo nº 10168.001281/2007-43, declara:

Artigo único. O imposto de renda devido sobre o ganho de capital apurado na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimentos por meio da entrega de títulos ou valores mobiliários deve ser pago até o último dia útil do mês subsequente à data da integralização à alíquota de 15% (quinze por cento).

§ 1º Na hipótese de que trata o caput, considera-se ganho de capital a diferença positiva entre o valor de mercado dos títulos ou valores mobiliários alienados, na data da integralização das cotas, e o respectivo custo de aquisição.

§ 2º A Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante processo regular, arbitrará o valor ou preço informado pelo contribuinte, sempre que não mereça fé, por notoriamente diferente do de mercado.

Cabe pontuar, pois, que o artigo 23 da Lei n. 9.249/95, que autoriza a pessoa física a transferir à pessoa jurídica, bens e direitos, a título de integralização de capital, faculta a opção de realizar a transferência "pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos" "constante da declaração de bens" ou "pelo valor de mercado". É de se ver:

Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.

Consoante se apreende da leitura do artigo 23 da Lei n. 9.249/95, vislumbra-se a possibilidade de a pessoa física realizar o aporte dos bens e direitos pelo valor constante de sua declaração de bens, não se apurando qualquer ganho de capital, bem como em importância superior àquela, de modo que a diferença a maior será tributável como ganho de capital.

Em outras palavras, a pessoa física que integralizar quotas de capital em pessoa jurídica, por meio da transferência de bens e direitos, poderá fazê-lo pelo valor em que constante de sua declaração de rendimentos, não incorrendo em ganho de capital, como ainda por importância superior, caso em que a diferença a maior será tributável a título de ganho de capital.

Infere-se, então, que: (i) as pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, como integralização de capital, bens e direitos de sua propriedade; (ii) ao transferir bens e direitos para integralização de capital da pessoa jurídica, a pessoa física poderá entregar os bens pelo mesmo valor com que constem em sua declaração de rendimentos, hipótese em que não haverá ganho de capital a ser apurado; (iii) ao transferir bens e direitos para a integralização de capital da pessoa jurídica, a pessoa física poderá entregar tais bens por valor superior ao consignado em sua declaração, hipótese em que se apurará ganho de capital com base na diferença a maior encontrada.

O artigo 23 da Lei n. 9.249/95 contempla ainda uma faculdade destinada ao contribuinte de efetivar esta transferência de bens e direitos, tanto por seu valor histórico, como em montante além deste. Contudo, o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 07/2007, nada obstante a expressa faculdade legal do art. 23, da Lei nº 9.249/95, no sentido de que o ganho de capital tanto poderá ser apurado no momento da integralização das quotas de capital, como em

período de apuração posterior, peremptoriamente obrigou os contribuintes que integralizassem quotas em fundos de investimento a auferir, já naquele exato marco temporal, o respectivo ganho de capital, ante a diferença entre o valor de aquisição e o valor de mercado das ações ou títulos mobiliários transferidos.

Tem-se, portanto, que o Ato Declaratório Interpretativo nº 07/2007 inova no ordenamento jurídico, criando obrigações tributárias não previstas na legislação pertinente, restringindo direitos legítimos dos contribuintes, bem como erigindo novel hipótese de incidência para o ganho de capital, eis que a integralização de capital nas pessoas jurídicas (art. 23, da Lei nº 9.249/95) absolutamente não pode se confundir com a integralização de quotas em fundos ou clubes de investimentos (ADI RFB nº 07/2007).

A propósito, conforme visto, o Ato Declaratório Interpretativo RFB, sobre o qual se assenta o presente lançamento, foi promulgado em 2007, quando se achava em pleno vigor a Lei nº 9.249, de 1995, que faculta, expressamente, às pessoas físicas, contribuírem bens e direitos pelo valor constante da respectiva DAA, para fins de integralização de capital, exatamente como procedeu o recorrente.

Tratando-se de ato interpretativo de diversos diplomas legais, incluindo a Lei n. 9.249, de 1995, não poderia ele, enquanto norma infralegal, revogar ou derogar a faculdade prevista naquele diploma legal. Não pode, pois, o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7, de 24 de maio de 2007 impedir o exercício da apontada faculdade, falecendo ao Erário, por mais essa razão, o direito de exigir tributo sobre ganhos não realizados.

A esse respeito, cabe pontuar que o Supremo Tribunal Federal, na ADI 536 MC/DF, fixou entendimento no sentido de que *“os atos normativos expedidos pelas autoridades fazendárias têm por finalidade interpretar a lei ou o regulamento no âmbito das repartições fiscais.”* Como consequência, não há como receber guarida jurídica a disposição infralegal que impõe a obrigação de o contribuinte que integralizar quotas de fundo de investimento apurar ganho de capital no momento da integralização, eis que o art. 23, da Lei nº 9.249/95 atribui ao sujeito passivo o direito de eleger o período de apuração do Imposto de Renda Pessoa Física devido sobre o ganho de capital, o que poderá ocorrer no momento da integralização, como posteriormente.

Logo, o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 07/2007, sob a escusa de singelamente interpretar a norma legal encartada no art. 23, da Lei nº 9.249/95, findou por efetivamente desvirtuar a disposição supostamente interpretada, ao escamotear sob a sua égide fatos novos que não guardam qualquer liame de pertinência com a hipótese de incidência do ganho de capital veiculada pelo texto legal em análise.

Destaca-se, pois, a ilegalidade do Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 07/2007, ao prescrever como hipótese de incidência do IRPF devido sobre o ganho de capital a integralização de quotas de fundos de investimentos, visto que redundou por definir um novo fato gerador da obrigação tributária.

Em interpretação conforme a lei, necessário se faz concluir que o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7, de 24 de maio de 2007 cuida da apuração do ganho de capital de pessoas jurídicas – que diferentemente das pessoas físicas estão fora do regime de caixa – no processo de integralização de cotas de fundos ou clubes de investimentos por meio da entrega de títulos ou valores mobiliários. Não se trata de alterar o alcance de ato administrativo infralegal, mas de adequá-lo à legislação que lhe serve de fundamento.

Destaco, ainda, que caso similar ao dos autos foi examinado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tendo sido exarado o seguinte acórdão, conforme ementa abaixo:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE POR ATO NORMATIVO DA RECEITA FEDERAL. POSSIBILIDADE DE INTEGRALIZAÇÃO DE FUNDO DE INVESTIMENTO PELO VALOR DECLARADO NO AJUSTE ANUAL E NÃO PELO VALOR DE MERCADO. FACULDADE CONFERIDA AO CONTRIBUINTE. 1. O Supremo Tribunal Federal, na ADI 536 MC/DF, fixou entendimento no sentido de que "os atos normativos expedidos pelas autoridades fazendárias têm por finalidade interpretar a lei ou o regulamento no âmbito das repartições fiscais." 2. A ADI RFB nº 7/2007 desviou-se de seu propósito interpretativo ao estabelecer hipótese de exação não prevista na Lei n. 9.249/95. Tal ato normativo viola o princípio da legalidade ao negar a possibilidade de que o investidor adquira cotas de fundo de investimento com a utilização de ativos financeiros (ações) com valores fixados em declaração de ajuste anual de imposto de renda, conquanto tal faculdade encontra-se presente no art. 23 da Lei n. 9.249/95, quando dispõe que "as pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado". Contrária, ademais, o espírito da aludida lei, que teve em mira facilitar e ampliar acesso das pessoas físicas ao mercado financeiro e não restringi-lo. 3. À vista do que dispõe o art. 14 do CPC/2015, publicada a sentença/decisão na vigência do CPC/1973, a verba honorária deve ser fixada de acordo com o código revogado. 4. Apelação dos autores provida.

(TRF-1 - AC: 00521745420104013400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NOVÉLY VILANOVA, Data de Julgamento: 01/10/2018, OITAVA TURMA, Data de Publicação: 09/11/2018)

E ainda que assim não o fosse, conforme defendido pelo recorrente, constato que o procedimento adotado pela fiscalização contrariou o próprio o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 7, de 24 de maio de 2007, eis que levou em consideração o valor de **marcação a mercado**, oriundo da avaliação feita pela ICLA Trust DTVM S.A, arbitrando, com isso, não o valor das quotas, mas o próprio valor de mercado, utilizando critério destituído de **razoabilidade** e da **proporcionalidade**.

Nos expressos termos do Ato Declaratório Interpretativo nº 07, de 24 de maio de 2007, sem uma quarta opção, o ganho de capital é apurado, uma de três: com base no valor de mercado do título alienado; com base no valor de alienação do título atribuído pelo contribuinte;

ou, ainda, mediante arbitramento pela autoridade fiscal, quando o valor atribuído não merecer fé pela notória diferença entre esse valor e o valor de mercado do título. Inexiste, portanto, previsão atribuindo competência para que a autoridade arbitre o próprio valor de mercado ao adotar o valor de **marcação a mercado**, tendo sido este, exatamente, o procedimento adotado no presente lançamento. E o pressuposto lógico para o arbitramento é equivocado, eis que a própria fiscalização reconhece a inexistência de valor de mercado no caso dos autos.

Os conceitos de valor de mercado e **marcação a mercado** são distintos e, nas situações nas quais inexiste mercado ativo de negociação, como no caso concreto, a marcação a mercado representa, tão somente, um cálculo matemático. A marcação a mercado se presta a precificar os ativos detidos pelo fundo de investimento conforme estimativa de valor que seria obtido em eventual negociação. Tal instrumento tem por objetivo evitar discrepâncias no custo das cotas e sua remuneração entre cotas subscritas em momentos distintos, não podendo ser confundido com o valor de mercado. O quadro abaixo, trazido pelo sujeito passivo em seu apelo recursal, bem elucida a questão:

	Marcação a Mercado	Valor de Mercado
Conceito	Registro de ativos de acordo com cálculos matemáticos para estimativa de preço em eventual negociação	Valor obtido em operação entre partes independentes, em situação de mercado (condições comutativas)
Objetivo	Evitar inconsistências entre os investimentos realizados e os resultados auferidos pelos cotistas em momentos distintos	É o valor do ativo em efetiva negociação
Características Específicas (in casu)	Comparação com ativos de natureza, prazo, remuneração semelhantes, mas desconsidera discussão judicial sobre validade dos títulos	Considera critérios objetivos e subjetivos e, inclusive, o risco atinente à discussão judicial sobre os títulos
Formação	Cálculo matemático	Livre negociação entre partes independentes
Efetividade	Estimativa	Valor efetivo de negociação

Conforme demonstrado pelo recorrente, aceitar a avaliação feita pela ICLA Trust DTVM S.A como valor de mercado desses títulos seria o mesmo que assumir que um terceiro independente, ao negociar a aquisição desses ativos financeiros, não levaria em consideração, na

precificação, a existência de uma ação judicial na qual se discute a própria existência/legitimidade desses CDBs, o que não é razoável. Caso os títulos em questão fossem avaliados levando em consideração a existência das ações judiciais, o seu valor seria muito inferior àquele considerada pela Autoridade Fiscal para fins de apuração do ganho de capital.

Ademais, na ocasião em que as quotas foram integralizadas, não havia que se falar em valor de mercado, daí o fato de terem sido informadas na Declaração de Ajuste Anual pelo de custo de aquisição, exercendo a faculdade prevista no artigo 23 da Lei n. 9.249/95, não havendo que se falar em acréscimo patrimonial.

Pelos motivos expostos, entendo que a acusação fiscal não merece prosperar.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário para rejeitar a preliminar e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, a fim de reconhecer a improcedência do lançamento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite